

DE LA PREMODERNIDAD A LA POSMODERNIDAD EN LA JUSTIFICACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

Héctor CHINCOYA TEUTLI

1. Delimitación del ámbito temático y descripción del problema.

Desde nuestros primeros estudios en la facultad de derecho se nos ha enseñado que tradicionalmente el derecho penal suele dividirse en un derecho penal objetivo o conjunto de normas penales y un derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, como el derecho que corresponde al Estado para crear y aplicar el Derecho penal objetivo o, más sencillamente como el Derecho que tiene el Estado a castigar. Si bien es cierto que cuando se es estudiante se tienen pocos recursos teóricos como para cuestionar afirmaciones tan categóricas y aparentemente tan inobjectables, la experiencia acumulada por el ejercicio de la profesión, así como las lecturas que se van también acumulando a lo largo de los años, nos proveen de mayores elementos para intentar una aproximación más crítica a aquellas instituciones jurídicas que constituyen el aparato jurídico básico con el que se ha levantado la construcción de lo que hoy todavía llamamos *derecho penal moderno*.

Esta postura nos parece acorde con la actitud posmoderna que afirma el agotamiento de la modernidad y, por ende, de su legado institucional que, en el caso concreto, implica el cuestionamiento tanto del discurso como de la legitimación del ejercicio del poder instituido y, consecuentemente, del propio derecho penal, a partir de su función de legitimación del poder punitivo del Estado.¹ En este sentido, asumo, como premisa principal del presente texto, el postulado del profesor Zaffaroni en el sentido de que "...el poder punitivo debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político (...) La pena (y todo poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar, porque no alcanza para eso."² Aunque la propuesta del profesor Zaffaroni, a partir

¹ En tal sentido, niego tajantemente que tengamos que aceptar su existencia y justificación, tal como lo señala el profesor Francisco Muñoz Conde al decir "...el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada (Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 69).

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª reimpression corregida, Buenos Aires, ILANUD/ Università degli Studi di Bologna/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 59.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de la premisa señalada, es la de construir una teoría del derecho penal cuya función sea acotar poder punitivo, de manera de poder legitimar y ampliar el poder jurídico y no el poder de los políticos, en el presente trabajo, utilizó dicha premisa porque me interesa desarrollar el vínculo entre poder punitivo y Estado o, dicho en otras palabras, la forma particular que adoptan las instituciones punitivas dentro del desarrollo del Estado como en su forma histórica de organización política. En tal sentido, considero que la idea que se tiene del castigo en una sociedad históricamente determinada, depende del tipo de Estado que se tenga, porque el castigo como tal no tiene una realidad ontológica universal e inmutable, lo que hay, como dicen Rush y Kirchheimer, son sistemas concretos de castigo que son funcionales con los intereses de determinados grupos sociales en el contexto del enfrentamiento de clases, de la lucha por el poder política y su justificación ideológica.³ En esta lógica conceptual, la pena es entendida como un elemento consubstancial en la conservación del poder por parte de los grupos socialmente dominantes, como parte del aparato represor, desempeñando el castigo un papel destacado como una institución ideológica que se ocupa de encarnar a los símbolos de legitimación y de justificación del grupo que tiene el control de las instituciones y del aparato del Estado. Por ello el profesor Bustos Ramírez señala que "...la función simbólica de la pena no es la retribución del mal ni la prevención del delito, sino la autoafirmación del Estado. Con la pena el Estado se autoafirma como poder coercitivo ante la relación social."⁴

Lo anterior no pasaría de ser un mero planteamiento teórico, si no fuera porque en la actualidad la forma que ha asumido el Estado, proclive a la defensa de los intereses del mercado (grupos de empresarios, empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etcétera.), ha hecho del Estado neoliberal y de sus instituciones, incluyendo las punitivas, un instrumento para la protección de dichos intereses, aún y cuando con ello se tenga que violentar los mismos principios limitadores del *ius puniendi*, (principio de intervención mínima, principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, principio de culpabilidad, de proporcionalidad.).

En consecuencia, a continuación me propongo llevar a cabo una revisión de la trayectoria del Estado como forma histórica de organización política y las formas que, a su vez, ha asumido la pena, la idea del castigo, por las principales etapas de su desarrollo.

2. La pena en la premodernidad: de la Alta Edad Media a los Estados Absolutos.

En la Alta Edad Media no se podía decir que existiera un sistema penal estatal, ya que no existía un poder estatal fuerte y centralizado. No obstante, es posible

³ Cfr. Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, tr. Emilio García Méndez, Bogotá, Ed. Temis, 1984, p. 3.

⁴ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 56.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

distinguir la existencia de un *poder absoluto*, con la capacidad de poder definir conductas e imponer castigos: la Iglesia. Efectivamente, durante la Alta Edad Media la Iglesia católica, organizada en torno a una estructurada jerarquía con el Papa como cabeza principal, constituyó la más sofisticada institución de gobierno en Europa occidental, quedando, bajo esta forma de organización político religiosa, las categorías sociopolíticas subordinadas a categorías jurídico-religiosas. En este contexto, de acuerdo con el profesor Zaffaroni, hace su aparición un texto que constituye el discurso legitimante del poder punitivo de la Iglesia: el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas* (1484),⁵ una obra que, al decir, del mismo profesor Zaffaroni, racionaliza con un lenguaje teológico crueldades inimaginables, y que representa la aparición del primer discurso de emergencia penal: la lucha contra el diablo, que perdía las almas llevándolas a disentir con la autoridad de la Iglesia, que se personifica en la figura de *la mujer*, la bruja, inferiorizada a una condición subhumana, tomando como punto de partida que la mujer *es naturalmente* y por esencia un ser malo y pecador, para poder explicar, de acuerdo con la “teoría oficial” de la Iglesia Católica, la razón por la que conspiraba con el diablo. En este discurso, los actos de brujería (el mal) se explicaban por la inferioridad genética de la mujer, atribuida a que ésta fue hecha a partir de una costilla que, por curva, se contraponen a la rectitud propia del hombre. Esta inferioridad genética la hacía más débil que el hombre en la fe, lo que se sostenía con una dolosamente falsa etimología de *femina* derivada de *fe* y *minus*.⁶ Aunque el profesor Zaffaroni solamente hace énfasis en la necesidad del mantenimiento y pureza de la ideología religiosa judeocristiana como explicación del surgimiento de la inquisición europea (1215) y del *Malleus Maleficarum*, para eliminar de esta manera toda competencia en materia de fe y, al mismo tiempo, suprimir cualquier amenaza en contra de la verticalidad eclesiástica, considero que no debe perderse de vista que la satanización de la mujer ocultaba también el temor de la pérdida de hegemonía del modelo patriarcal dominante y la conservación/reproducción de una sociedad piramidal, estamental, jerarquizada, autoritaria, androcéntrica y falocrática, que hace posible el sometimiento de la mujer a los deseos del hombre y que conceptualiza lo humano de acuerdo con un sistema de valores propios del hombre, basada en una supuesta e irracional superioridad del hombre sobre la mujer. Prejuicios patriarcales de una época en la que el marido puede matar a su esposa adúltera después de perseguirla a latigazos, desnuda, a través del pueblo, y en la que, además de la persecución de las brujas, se impone a la mujer el cinturón de castidad y el *derecho de pernada*.⁷

Algunos autores han llamado a ésta la etapa expiacionista de la pena, en la que la imposición de castigos corporales (mutilación, despedazamiento, etcétera.),

⁵ Zaffaroni, E., *Op.Cit.*, p. 202.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. Rucquoi, Adelina, “La mujer medieval: fin de un mito”, en *Historia*, No. 16, año 1978, (consultado el 20 de marzo de 2006) en <http://www.vallenajerilla.com/berceo/florilegio/rucquoi/mujermedieval.htm>.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ejemplificantes (suspensión mediante ganchos, colgamientos por las costillas) y exacerbados (empalamiento, aserradura por entrepierna, descuartizamiento, destripamiento.) estaban legitimados por la idea de que debía aplicarse una pena que permitiera la purificación del alma; y la Iglesia -y posteriormente el Estado Absoluto-, la responsable de imponer dicha pena en nombre de Dios. No en vano las penas por excelencia impuestas por el Tribunal de la Santa Inquisición fueron la hoguera (el suplicio del fuego) y el embudo (el suplicio del agua), ya que con el fuego o con el agua se pensaba que el alma era purificada. En tal sentido, la pena era considerada como expiación (castigo) de un pecado (delito) cometido como una ofensa en contra de la divinidad. En este contexto teológico religioso, no era necesario garantizar la imparcialidad del proceso inquisitorial, porque no había lucha entre partes, sino lucha entre el bien (en manos de la Iglesia) y el mal (enemigos de la Iglesia: herejes, apóstatas, cismáticos, idólatras, brujas, etcétera.). Y dado que el gran inquisidor siempre estaba del lado del bien, no podía imponérsele limitación alguna en su lucha contra el mal. No eran necesarios acusadores ni defensores, porque se trataba de un modelo penal inquisitorio sin acusador, sin prueba y sin defensa. En esta búsqueda del bien, se justificaba que el poder punitivo pudiera arrancarle la verdad al sospechoso del mal, y era natural que si éste no quería responder se hiciera uso de la tortura, por su propio bien (trataban de salvarle el alma, aunque le destruyesen el cuerpo, que era menos importante).

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que detrás de los castigos brutalmente ejemplificantes que ya se mencionaron, se encontraban las primeras expresiones de las así llamadas teorías preventivo-generales, fundadas sobre la base de la intimidación para la prevención de delitos futuros, es decir, una concepción utilitarista de la pena que la considera como necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. En el caso que nos ocupa no hay tal, ya que la única justificación de la pena es servir como mero castigo del mal, es decir, como una exigencia de justicia análoga al castigo divino, como pura respuesta retributiva, y no como un instrumento dirigido a *prevenir delitos futuros*. La idea implícita es que se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito, que atenta contra el orden establecido. De esta posición retribucionista se desprende una concepción absolutista de la pena, ya que con ella se pretende la realización de la justicia, entendida como valor absoluto.⁸

Paralelamente al poder de la Iglesia durante la Alta Edad Media, en 1453 ocurre un acontecimiento que provoca cambios importantes en el *ius puniendi*: los turcos conquistan Constantinopla. Este acontecimiento precipita la búsqueda de nuevas rutas hacia las Indias orientales y abre en Europa la época de los grandes descubrimientos geográficos y los procesos de conquista y colonización que provocan la progresiva descomposición del régimen feudal y de las relaciones de servidumbre, y al mismo tiempo provocan un incremento de las actividades comerciales,

⁸ Citado por Bustos Ramírez, Juan, *Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 53.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

comenzando a gestarse las condiciones decisivas que causaron la transición de la sociedad medieval, teológico/escolástica, a la sociedad mercantil, capitalista/burguesa, y con ella, la aparición de la forma de organización política que hoy conocemos como “Estado”, misma que funcionaría como el eje alrededor del cual se articularía el mundo moderno. El Estado Absoluto que surge de este proceso, constituye una forma de organización política sustantivamente distinta a las anteriormente conocidas (Estado-nación griego, Imperio carolingio, monarquías feudales, etcétera.) En España surge con la unión de los Reyes Católicos; en Francia, con Luis XI; en Inglaterra, con el advenimiento al trono de Enrique VII y la dinastía de los Tudor; y en Austria con Maximiliano I. Se trata de una forma de organización política que, a diferencia de las monarquías medievales y de los señoríos feudales, ejerce un poder unitario y un control centralizado sobre un amplio territorio. Esta “unificación territorial” se constituyó como un elemento fundamental de la construcción estatal, ya que el Estado se constituyó, ante todo, como una “entidad territorial”, esto es, como un espacio dentro del cual pueden ejercerse sus facultades de regulación.⁹ Quizás la característica principal de los Estados Absolutos, fue el hecho de que el titular del poder estatal, el soberano, concentraba en sus manos un poder que no tiene limitación alguna, por emanar de Dios,¹⁰ y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa.¹¹ Se trata de un poder absoluto, sintetizado en la famosa frase del Rey Luís XIV de Francia, “*El Estado soy yo*”, en la que no sólo dejaba ver su soberbia, sino dejaba en claro quién era el único poseedor del poder. De acuerdo con el profesor Bustos Ramírez, esta estructura vertical de dependencia personal centralizada, permitió legitimar el orden social organizado existente, al unir al soberano con Dios y, a través de ello, soberano con moral, derecho y justicia.¹² Desde otra perspectiva, el surgimiento del Estado Absoluto estuvo históricamente ligado al establecimiento de las condiciones que permitieron el desarrollo del capitalismo. Esto es, la función territorial del Estado estuvo íntimamente ligada a su función económica, pues al erradicar el poder de las instituciones feudales, mantener

⁹ López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. Una explicación sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*, México, UNAM/IIJ, 2004, p. 24

¹⁰ Desde San Agustín hasta Sto. Tomás de Aquino los ideales religiosos y filosóficos del cristianismo elaboraron el fundamento teórico, teológico/escolástico, de la organización social, proporcionando la base de explicación del orden político que debía cifrarse en el mandato divino, concepción ésta que quedaría sintetizada en la *Teoría del Derecho Divino de los Reyes*, es decir, una justificación del poder y de la monarquía basada en argumentos religiosos y teológicos. La doctrina del *Derecho Divino* no descansaba en meros absurdos o proposiciones aisladas, sino que se sustentaba en un aparato filosófico, teológico y religioso que en su momento fue de gran autoridad para poder justificar no solo al Estado monárquico y el poder del Rey, sino para poder elaborar una explicación teológica de la sociedad, así como los principios que debían guiar a los hombres de aquella época para defender y creer en el orden divino establecido.

¹¹ Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, 18^o ed., México, Siglo XXI, 1979, p. 204.

¹² Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, Barcelona, Ed. Península, 1983, p. 11

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

un sistema jurídico ordenado, promover el comercio y organizar impuestos y subsidios, estableció las condiciones para el desarrollo del mercado y el capitalismo,¹³ y con ello permitió el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y consecuentemente la necesaria gran acumulación de capital.

El auge del mercantilismo y los cambios en las condiciones generales económicas de la sociedad contribuyeron a incrementar el valor de la vida humana, determinando que el Estado hiciera uso práctico de la fuerza de trabajo. Esta circunstancia dio lugar al surgimiento de las denominadas casas correccionales, en las cuales se obligaba a trabajar a aquellas personas que habían cometido algún delito, estableciéndose la primera de ellas en Bridewell, Londres, en 1555. Su objetivo principal era transformar la mano de obra ociosa o rebelde en trabajadores socialmente útiles. Los prisioneros adquirían hábitos laborales, a fin de que, una vez en libertad, se incorporaran al mercado de trabajo. El imputado, de esta forma, le devolvía a la sociedad en forma tangible el perjuicio que le había ocasionado. En el fondo, el establecimiento de las casas correccionales formaba parte de la dinámica misma del desarrollo capitalista, ya que constituían establecimientos manufactureros que producían mercancías a un costo muy bajo como consecuencia de la reducción de los costos de producción por la explotación de la fuerza de trabajo que empleaban.¹⁴

Otra de las formas a las que más se recurrió para aprovechar el trabajo de los prisioneros fueron las Galeras, es decir, el trabajo forzado como remeros en los buques que realizaban travesías comerciales, la cual fue introducida como forma de pena tanto para los delitos mayores como para la mendicidad y vagabundez. Con lo cual se pretendía encontrar un empleo útil a los criminales, reduciendo considerablemente el costo del transporte. En el siglo XVIII la galera fue sustituida en algunas ciudades italianas por los trabajos forzados realizados para la construcción y/o mantenimiento de puertos. Lo cual se vio beneficiado por los adelantos técnicos en el arte de la navegación. También se utilizó la fuerza de trabajo de los convictos por medio de las deportaciones hacia las colonias e instalaciones militares. Ello fue motivado por la escasez de mano de obra en las colonias. Esta pena era un sustitutivo en casos de los condenados a muerte, siempre que se tratase de personas que estuviesen en condiciones de trabajar, práctica que disminuyó considerablemente con el incremento del comercio de esclavos negros traídos de África.

En síntesis, en la premodernidad el poder del soberano estaba legitimado por Dios, lo que le permitía imponer las penas en su nombre como una facultad otorgada por voluntad divina. En este derecho divino, supralegal y supraterrrenal, es donde se encuentra el fundamento del derecho a castigar. En este contexto, hay una simbiosis

¹³ Camilleri, Joseph A. Y Jim Falk, *The End of Sovereignty. The politics of a shrinking and fragmenting world*, en López Ayllón, Sergio, *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁴ Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Op.cit.* p. 58.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

entre derecho y moral y poder divino y secular, de manera que resultó perfectamente coherente asimilar el delito al pecado y, por tanto, ambos como una ofensa a Dios y al soberano, debiéndose aplicar una pena de carácter expiacionista, con la finalidad de la purificación del alma a través del castigo del cuerpo, y con ello conseguir la justicia (valor absoluto). Con la llegada del mercantilismo, la necesidad de aprovechar la fuerza de trabajo y la consolidación del Estado Absoluto, erigido como fin en sí mismo, la pena se vuelve aún más un instrumento ilimitado para lograr el sometimiento de los súbditos, aún incluso mediante el terror penal, consecuencia de la atribución a la pena de una embrionaria función de prevención general. Lo que, sin embargo, no excluye la aplicación de otro tipo de penas, más de carácter retributivo (casas correccionales, galeras, trabajos forzados, deportación a colonias penales, etcétera.) que se explican por la necesidad del desarrollo económico y la expansión de los mercados, en el contexto del auge del modo de producción capitalista comercial. Esta incipiente concepción retributiva de la pena constituirá el primer paso hacia su secularización, es decir, la separación de la hasta entonces unidad Iglesia/Estado y la disolución de la idea de que el poder del soberano emana de Dios, lo que ocurre bajo el Estado Liberal, cuando la razón divina es reemplazada por la razón de estado y la ley de Dios por la ley de los hombres.

3. La pena en los albores de la modernidad: el *ius puniendi* en el Estado Liberal.

A finales del siglo XVIII, la Revolución Industrial, el movimiento iluminista y la Revolución Francesa marcan la transformación socio económica, política, cultural y jurídica de la época, y anuncian el advenimiento de la modernidad y con ella de una nueva forma de Estado en la que él mismo ya no puede ser ligado ni al soberano ni a Dios. A esta nueva forma de Estado se le ha dado diversos nombres: Estado liberal, Estado moderno, Estado democrático, Estado burgués, Estado guardián, Estado de Derecho, etcétera. Personalmente considero, por la ideología filosófico política y económica, de corte liberal, que prevaleció a principios del siglo XIX, que se debería de llamar Estado Liberal, razón por la cuál será el término que preferentemente será utilizado.

Ante todo, me parece importante señalar que en esta etapa se da todavía la lucha por el poder entre la nobleza terrateniente y la burguesía comercial e industrial en ascenso. La burguesía necesitaba limitar el poder de la nobleza y sacudírsela definitivamente. Por un lado, se veía amenazada por las masas hambrientas desplazadas del campo y concentradas en las ciudades, que cometían crímenes y ponían en peligro su riqueza. Pero por otro lado, sabía que el ejercicio de un control punitivo indiscriminado podía enardecer a las masas, pudiendo utilizar la nobleza ese descontento en su propia defensa contra el Estado burgués. De ahí que la burguesía tuviese que buscar una fuente de legitimación al *ius puniendi* distinta del derecho divino, y para ello se acudió a la idea del contrato social, como el paradigma de justificación a la coacción punitiva por parte del Estado,¹⁵ oponiendo, a un

¹⁵ Zaffaroni, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Op.Cit. p. 207 y s.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

modelo social naturalista-organicista, que había prevalecido hasta entonces, un modelo artificial contractualista.

La idea del contrato social, sustentado por Rousseau, como depositario de una amplia tradición contractualista existente en la premodernidad, partía de la idea básica de que en el proceso de transición entre el estado natural y el estado civil, hay un pacto social en el que las distintas voluntades de los hombres coinciden para el establecimiento de un poder único y soberano: el Estado.¹⁶ De esta manera, el Estado nace como un producto artificial, como una gigantesca ficción creada y mantenida por las distintas voluntades individuales (la voluntad general del pueblo), para lograr los fines de la relación contractual y, en primer lugar, garantizar y defender los intereses y derechos de los gobernados, a cambio los hombres renuncian a su libertad para ejercer su propia seguridad, en esa lucha de todos contra todos del estado de naturaleza, y se someten a la voluntad y al imperio del Estado, quién queda como responsable de resolver y al mismo tiempo evitar los conflictos sociales.

En consecuencia, el Estado liberal, en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales, justifica el derecho a castigar, fundamentando esta facultad punitiva con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social, quiénes debían retribuir (pagar) el daño causado con su violación al contrato social, para lo cual se le expropiaba cierta cantidad de trabajo o tiempo que podía ofrecer en un hipotético mercado laboral, lo que constituye una de las razones que explica la reducción de todas las penas a tiempo de privación de libertad. En este contexto, el *ius puniendi* por parte del Estado tiene que ser ejercido precisamente para que funcione el contrato social.¹⁷

Sin embargo, a diferencia del Antiguo Régimen, el *ius puniendi* del Estado liberal, es un poder racional de castigar, que se apoya en la creencia en la legalidad de los ordenamientos establecidos y, más específicamente, en el sometimiento del poder al Derecho. De manera que se impone una limitación jurídica a la potestad punitiva del Estado, que sólo podía castigar según lo establecido en los ordenamientos jurídicos. Sin este control de carácter jurídico que se ejerce sobre el poder y la actividad del Estado, no hay Estado de Derecho, sino Estados absolutos. Las limitaciones de carácter religioso, ético o iusnaturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho, éste sólo surge con los controles y regulaciones marcados al Estado por la ley positiva. El Estado de derecho comienza lógicamente e históricamente con el *imperium de la ley*.¹⁸

En este orden, como podemos ver, el derecho penal moderno surge con la *intencionalidad política de poner límites* al poder coactivo ilimitado, característico de los estados absolutistas. Limitación que es llevada a la práctica bajo el principio de

¹⁶ Touchard, Jean, *Historia de las Ideas Políticas*, México, Ed. Siglo XXI, 1987, p. 261.

¹⁷ Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, op.cit. p. 14.

¹⁸ Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 6ª ed., Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 29.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

legalidad, cuyo fundamento se encuentra en la famosa frase de Ludwig Feurbach (1775-1833) de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que expresa el principio de estricta legalidad que garantiza a cualquier persona la seguridad de no ser tratado como delincuente en tanto no infrinja una ley penal vigente. El anterior principio consagraba la legalidad formal referente a los delitos y a las penas establecidas por una ley anterior al hecho, y la legalidad material que es el que se cumpla la exigencia de que las penas deben ser proporcionales al delito cometido, ciertas y determinadas. De esta manera, los códigos penales liberales del siglo XIX, expresión de la burguesía europea que procuraba asentarse en el poder, se basaron en la idea de delito como hecho, de exigir la lesión como requisito inexcusable de la punición, de restaurar el proceso de partes y la proporcionalidad de las penas.

A Feurbach le corresponde también el mérito de darle contenido conceptual a la noción de prevención general. En su sentido moderno la teoría de la prevención general alude a la prevención *frente a la colectividad*. Concibe a la pena como medio para evitar que se cometan delitos. Bajo el absolutismo monárquico, cuyo derecho penal, como ya se analizó, se inspiró en la idea de la intimidación por medio del terror, la prevención general se basó en la *ejemplaridad* de la ejecución –a menudo brutal- de la pena, para intentar contrarrestar la frecuencia de su realización. Con Feurbach, atendiendo al liberalismo de la época, esta prevención general opera mediante la “conminación penal” contenida en la ley, esto es, la coacción psicológica, para que los individuos no delincan. De esta manera, la brutalidad del castigo, no deseado por su incompatibilidad con el Estado de derecho, se neutraliza por la esencia racional del Estado que evita los excesos penales, de modo que la pena se establecería en la justa medida para que el individuo cohibido por el miedo, no delinquiese.

Detrás de las teorías de la prevención que asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales, esta la visión que atribuye a la pena una finalidad, una función utilitaria, como necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justifica como mero castigo del mal en una metafísica búsqueda de la justicia, como pura respuesta retributiva frente al delito, sino en una más terrena inspiración que la concibe como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros¹⁹ y, en tal sentido, útil y adecuada para la organización social. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. A este tipo de teorías, sostenida por ejemplo por Bentham y Schopenhauer, se les ha llamado “relativas”, debido a que, a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

Un último aspecto que me interesa destacar del *ius puniendi* bajo el Estado liberal, tiene que ver con la pena por excelencia que se impuso en la naciente sociedad

¹⁹ Para los profesores Bustos y Hormazabal el carácter inhibitorio de la pena es completamente indemostrable y acientífico. (Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.*, p. 55).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

industrial: la prisión. El industrialismo necesitaba previsibilidad, orden, disciplina, domesticación para el trabajo fabril, sobriedad, ahorro, es decir, no buscaba conquistar sino explotar, no buscaba eliminar enemigos sino disciplinar a las masas. El humanismo del derecho penal moderno consistió en el abandono de las penas aterradoras y su sustitución por penas de domesticación, fundamentalmente la prisión, que se consagró casi como única pena.

4. El peligrosismo del Estado Intervencionista.

En el último tercio del siglo XIX la estructura material del Estado sufre grandes transformaciones por cuanto se ve alterada la forma de la libre competencia del mercado. Las antiguas formas separadas de capital industrial, comercial y bancario se unieron bajo la forma de capital financiero, que fue la base para el inicio de una nueva fase del capitalismo, la del imperialismo, que iniciaron las grandes potencias. En este nuevo escenario, el Estado se subordina a la lógica de valorización del capitalismo imperialista, surgiendo lo que algunos autores han dado en llamar el *Estado intervencionista*, esto es, un Estado que interactúa en los diferentes ámbitos de valorización del capital. No nos interesa, por supuesto, la forma de intervención del Estado en la economía, sino el proceso de legitimación del *ius puniendi*, dado que, al cambiar la forma de Estado, cambia también la forma del castigo, misma que necesariamente requiere de una nueva justificación.

Para entender el giro en la concepción del *ius puniendi* bajo el Estado intervencionista, es necesario retomar las contradicciones que surgieron en la sociedad industrial. No se debe de olvidar que en Europa el desarrollo acelerado del industrialismo durante el siglo XIX, condujo a grandes masas campesinas empobrecidas a las ciudades, que no podían insertarse laboralmente por su baja productividad, y que vinieron a sumarse a la población desempleada de las mismas ciudades producto de la sustitución de la fuerza de trabajo por máquinas. Este dinámico creó la marginalidad de grandes grupos de población, que fueron consideradas como “clases peligrosas”, por la burguesía, con la que convivían en el estrecho espacio geográfico urbano. Es innecesario señalar la tensión que se fue creando por la polarización entre poseedores y marginados, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, expresión de las profundas contradicciones del sistema capitalista. A ello debe agregarse que las revoluciones burguesas de 1789, 1830, 1848, daban la sensación de una gran agitación y descomposición social, cuyo momento culminante lo representa la Comuna de París de 1871. En esta coyuntura, el Estado no solamente se veía precisado a abandonar su función de guardián del mercado, para intervenir en su regulación,²⁰ sino que además requería urgentemente de un discurso que pudiera explicar las disfunciones sociales provocadas por el sistema capitalista, sin responsabilizar al propio sistema.

²⁰ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.* p. 105 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Bajo estas circunstancias, no debe extrañarnos que apenas cinco años después de los sangrientos hechos de 1871 en Francia, Lombroso publicara su célebre obra “El Hombre Delincuente” (1876), en la que consideraba al delincuente como un ser regresivo, atávico, salvaje, semejante a un aborigen, nacido en medio de una civilización superior: la *cultha Europa*, y responsable principal del desorden e inestabilidad social. Junto con Lombroso no tardó en surgir un discurso reduccionista, biologista, jerarquizante de seres humanos, racista, convertido en discurso jurídico-penal, por obra de la alianza, de acuerdo con el profesor Zaffaroni, “...de una corporación nueva sin discurso (la policía) y una corporación vieja sin poder (los médicos).”²¹ Los médicos ofrecieron su discurso a las policías y éstas pasaron a comandar el sistema penal con la nueva bandera del positivismo penal y criminológico. Este discurso resultó perfectamente funcional a las dos exigencias básicas de la burguesía: a) en los países que se iban industrializando (centro y norte de Europa), para contener a las masas miserables que se concentraban en las ciudades y disciplinarlas para el trabajo; y, b) en los países periféricos, para sostener la producción de materias primas y medios de pago y unas elites dirigentes (oligarquías) que cumplieren las condiciones impuestas por los países importadores de esos insumos.²² De esta manera, con la aparición del discurso del positivismo penal y criminológico, dentro del Estado intervencionista, se pretendió resolver las contradicciones sociales ocasionadas por el desarrollo del capitalismo y la aparición del proletariado.

Como puede observarse, en el fondo, el surgimiento del paradigma del positivismo criminológico y penal se explica en buena medida por la necesidad de la burguesía de borrar todo límite al poder punitivo. La misma burguesía liberal había puesto límites al poder punitivo durante su ascenso en la dirección de la sociedad, pero en la segunda mitad del siglo XIX, una vez que hubo logrado la hegemonía del poder político, la burguesía europea reclamaba la remoción de los límites colocados por los viejos liberales al *ius puniendi* y, al mismo tiempo, necesitaba legitimar discursivamente un poder punitivo sin límites para, por una parte, facilitar la explotación de las clases subalternas, pero, de manera principal, ejercer el control disciplinante no ya de los enemigos de la Iglesia o del soberano, sino de los enemigos de la burguesía: la creciente población urbana, lumpenproletarizada, de desempleados y marginados; así como el número en aumento de los disidentes políticos, verdaderos enemigos del sistema (socialistas, anarquistas y sindicalistas).

La consecuencia principal de la irrupción del discurso del positivismo penal y criminológico fue el giro en el *ius puniendi*. Ahora, en lugar de la prevención general, se comenzó a prestar atención a la función de prevención especial de la pena, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.* p. 222.

²² *Ibidem.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

igualdad ante la ley como una de las principales fórmulas del liberalismo. A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. La prevención especial opera en el momento de la imposición y ejecución de la pena, de manera que no se dirige a la colectividad, sino a individuos determinados. Una de las principales consecuencias de esta concepción, es que la pena ya no es compatible con los mecanismos de control social dirigidos a prevenir el delito, razón por la cual se crean las medidas de seguridad, es decir, una pena que se formula “a la medida” (por eso las denominan medidas) del delincuente, y cuyo propósito principal es que el individuo sea “rehabilitado” con la ejecución de la pena, de manera que no vuelva a delinquir y pueda reintegrarse a la sociedad, es decir, resocializarse.

Sin duda este planteamiento introduce dentro de las teorías de la pena un punto de vista diferente, ya que ahora ya no se trata de aislar al delincuente de la sociedad, sino de actuar sobre de él para facilitarle su reinserción social y, de esta manera, facilitarle una futura vida en libertad.²³ Es decir, el fin de la pena sigue siendo la prevención de los delitos, solo que ahora, bajo esta prevención especial, la pena esta dirigida a surtir efectos en el individuo concreto. De esta forma, se deja de lado la expiación, la retribución y la intimidación a la sociedad (prevención general), tratando ahora de incidir sobre el individuo en particular (prevención especial). Rechazando la idea del libre albedrío y optando por defender un criterio determinista biologicista del delincuente, que por su proclividad al crimen esta naturalmente inclinado a delinquir, dando pie, como hemos dicho, al auge del positivismo criminológico, que brinda al intervencionismo su verdadera legitimación.²⁴ En este contexto conceptual, el delito ya no es solamente la contravención al orden jurídico o la oposición al contrato social, sino que principalmente es un daño social: el delincuente es quien con su conducta ocasiona un daño a la sociedad por lo tanto representa un peligro social.

Esta teoría se puede identifica con la corriente correccionalista en España, la Escuela Positiva en Italia y la dirección moderna de von Liszt en Alemania, quién consideró que la pena sólo podía justificarse por su *finalidad preventiva*. Y así señaló en su famoso “Programa de Marburgo” que la finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta de acuerdo a la categoría propia del delincuente, ya sea que éste fuera un delincuente ocasional (corrección), un delincuente no ocasional pero corregible (resocialización) o bien un delincuente habitual incorregible (inocuidación).²⁵

5. El *ius puniendi* bajo los Estados Totalitarios

²³ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Op.Cit., p. 56

²⁴ Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, op.cit. p. 16

²⁵ Von Liszt, Z., p 1, en Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Montevideo, Uruguay, Ed. B. de F., 2005, p. 94

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En el siglo XX, en el período entre las dos guerras mundiales, apareció en Europa central y del Este el *Estado Totalitario*. Sus formas históricas fueron la Italia fascista de Mussolini; la Alemania nacionalsocialista de Hitler; así como el comunismo en la Rusia de Stalin y la Yugoslavia de Tito. Se trató de una forma de Estado en la cuál éste amplió de forma desmesurada su esfera de intervención e, inversamente, se dio una restricción al máximo de las libertades individuales, quedando dividida la sociedad entre “elite gobernante” y “masas dominadas”. Otras características propias del Estado totalitario son que la concentración del poder sustituye a la liberal separación de poderes. Los actos legales dentro del Estado de Derecho (expresión de las ideas, manifestaciones públicas, crítica a las decisiones y políticas del Estado) se convierten en actos políticos realizados en contra del Estado o del Partido y, en consecuencia, son criminalizados, por el derecho subjetivo que tiene el Estado a castigar, como delitos políticos. Asimismo, las instituciones tienden a subsumirse a los intereses del grupo dirigente; son suprimidos todos aquellos mecanismos que en el estado de Derecho posibilitan una convivencia humana capaz de legitimar la discrepancia y el pluralismo (elecciones libres, partidos políticos, sindicatos libres); careciendo, igualmente, los gobernados de las garantías jurídicas mínimas frente a las actuaciones de quien o quienes detentan el poder (partido, dictador, etcétera).²⁶

Lo anterior solamente es posible mediante un férreo control de los medios de comunicación, así como por la difusión de una doctrina ideológico político de carácter transpersonal, donde el hombre individual (el individualismo liberal) desaparece absorbido en un todo, el Estado o la Nación, por lo cuál el nacionalismo se vuelve una característica central de los Estados Totalitarios, mismo que es resaltado por la exaltación retórica de la raza o de la comunidad nacional. Sin embargo, la nota más característica del Estado Totalitario es el uso y la exaltación de la violencia y el terror mediante el fortalecimiento del aparato represivo del Estado (policía, ejército, servicios secretos, fuerzas paramilitares), incluyendo, por supuesto, el *ius puniendi*, esto es, del derecho penal subjetivo, entendido, al decir de los profesores Juan Bustos y Hernán Hornazabal, no sólo como la facultad que tiene el Estado de definir cuáles conductas habrán de ser consideradas como delitos (*ius puniendi*, en estricto sentido) sino también como la posibilidad de perseguir al infractor (*ius persequendi*).²⁷

Así, por ejemplo, en 1922 al ser sancionado el primer Código Penal Ruso, quedo establecido expresamente que la función de la punición era la defensa del Estado durante la transición al comunismo; se eliminó la palabra *pena* y los jueces quedaron en libertad para construir analógicamente los tipos penales conforme a su *conciencia socialista*.²⁸ Con ello, se abrió la puerta para permitir la creación de figuras de delito elásticas o indeterminadas, idóneas para connotar en términos valorativos, modelos

²⁶ Díaz, Elías, *Op.Cit.*, p. 48-57

²⁷ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.*, p. 26

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 256.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

vagos de criminalidad y desviación, fácilmente punibles; conductas principalmente atribuidas a todas aquellas personas contrarias el régimen político en figuras tales como: disidentes políticos, escándalo público, desacato, asociación subversiva, alteración del orden público, ofender la moral pública. En vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminales empíricamente determinables. De esta manera, primero bajo la dictadura de Lenin y luego de Stalin, con el objetivo declarado de detener la amenaza del capitalismo imperialista en el exterior y luchando por la eliminación de los valores no proletarios hacia el interior de la sociedad, el Estado soviético se convirtió en un Estado Totalitario, en el que el derecho penal subjetivo se encuentra fuera de discusión, ya que en este tipo de Estado el individuo se encuentra subordinado coactivamente al poder del Estado, resultando completamente arbitrarias las leyes penales.²⁹

Otro ejemplo notable es el estado nacionalsocialista alemán, cuyo discurso se nutria de las ideologías premodernas por un lado y del positivismo racista por otro, combinando las vertientes más reaccionarias del spencerianismo, con los aportes del pensamiento de Carl Schmitt. El poder punitivo del nacionalsocialismo aunque no se materializó en un código, llegó a extremos no conocidos por el comunismo soviético ni por el fascismo italiano. Basada en la comunidad del pueblo, las leyes penales nazis defendían la pureza racial contra la contaminación de genes inferiores. En este escenario, la pena no tenía contenido preventivo, sino sólo de defensa a ultranza de los ideales del pueblo alemán, y en consecuencia prácticamente cualquier conducta que a juicio de los dirigentes nazis atacara al pueblo alemán o a sus ideales, era considerada un delito severamente castigado. Así, por ejemplo, se penó el sexo y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos públicos, que era juzgado por el *tribunal del pueblo* (establecido en 1934). En 1933, incluso, se introdujo la esterilización como medida de seguridad para la protección de la pureza de la raza aria y la castración para algunos delitos sexuales.³⁰

Una característica de los esquemas punitivos anteriormente descritos consiste en que la hipótesis normativa de desviación suele ser “sin acción” y “sin hecho ofensivo”. La ley penal, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura status subjetivos directa y fácilmente incriminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena; no es observable o violable por la omisión o la comisión de hechos contrarias a ella, sino que es constitutivamente observada o violada por condiciones personales conformes o contrarias. Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías

²⁹ En Italia la legislación penal de autor fue impulsada por Enrico Ferri, quién en 1921 elaboró un proyecto de Código Penal Italiano sobre la base de la neutralización y domesticación de individuos *peligrosos*. Finalmente el fascismo terminaría por concretar su ideología penal en el famoso Código de Rocco de 1930.

³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 251.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

penales y procesales resultan neutralizadas. Se trata, como bien señala el profesor Ferrajoli, de una técnica punitiva que criminaliza la identidad subjetiva del reo, bajo un derecho penal de autor y que, por lo mismo, tiene un carácter explícitamente sustancialista, subjetivista y completamente discriminatorio; inmerso dentro de un proyecto político disciplinario, correccionalista, policial, antiliberal y antigarantista. El *ius puniendi* de los Estados Totalitarios, expresión del moderno oscurantismo penal que nos hace recordar la persecución de los herejes y las brujas, esta representado por el modelo nazi del tipo normativo de autor, por el estalinista del enemigo del pueblo y por la concepción positivista antropológica del delincuente nato.³¹

6. Minimización económica y maximización punitiva del Estado neoliberal.

En las últimas décadas del pasado siglo XX presenciamos un conjunto de transformaciones a nivel mundial, en muy diferentes ámbitos, cuya vertiginosidad provocó una cadena de cambios cualitativos, multiplicados rápidamente de forma exponencial, mismos que llevaron al advenimiento de una nueva etapa en la historia de la humanidad. Esta nueva época marca el surgimiento de un nuevo tipo de sociedad posindustrial en los países desarrollados, que cuestionó severamente los valores y paradigmas de la modernidad, con sus conceptos clave de progreso, desarrollo, iluminismo, emancipación, metarrelatos, vinculada al proceso de globalización económica mundial. La *globalización*, sin embargo, no debe ser entendida solamente como un proceso económico, sino también como la *estrategia y la voluntad política* del capital financiero internacional para poder consumir dicho proceso. Se trató de una forma nueva de capitalismo que transformó completamente el papel del Estado³² y, en consecuencia, del *ius puniendi*. Ya que si cambia la forma del Estado, cambia la forma del castigo y cambia también el discurso que se utiliza para justificarlo.

El cambio principal que operó en relación con la forma de Estado fue el abandono del *Estado Benefactor* keynesiano, para volver a retomar la fórmula del libre mercado y, con ello, el surgimiento de lo que se ha dado en llamar del Estado neoliberal, como el anclaje ideológico político de la globalización. Bajo el Estado neoliberal aumentaron sustancialmente los conflictos sociales, derivados de las políticas económicas implantadas por el referido modelo, dando lugar a la llamada *sociedad de riesgo*.

En ella se pretende crear la sensación de seguridad mediante un *derecho penal de riesgo*, de corte autoritario, que desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. Se convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo*

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 101.

³² Hirsch, Joachim, *Globalización, Capital y Estado*, México, Universitario Autónoma Metropolitana/Unidad Xochimilco, 1996, p. 45.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cuando no se puede probar la producción del resultado. El derecho penal de riesgo se legitima aduciendo que cuando la sociedad se alarma es necesario hacer leyes penales. La diferencia radica en que hoy se lo legitima sabiendo que sólo sirve para calmar a la opinión coyuntural.³³

Este embate autoritario se monta sobre una nueva emergencia, la inseguridad urbana frente al delito. La violencia urbana aumenta en las sociedades que adoptan el modelo del fundamentalismo de mercado, puesto que polariza riqueza, aumenta la tasa de desempleo, deteriora los servicios sociales, difunde valores culturales egoístas, divulga la tecnología lesiva, genera vivencias de exclusión y, en definitiva, potencia toda la conflictividad social. Si bien la seguridad es un problema real, es tomado como pretexto para legitimar una clara tendencia al control total de la población. La creciente violencia urbana proporciona el mínimo de realidad necesario para la construcción paranoica de un nuevo objeto amenazante, tematizado en un discurso de emergencia que legitima el estado policial. De este modo se desarrolla una confusa ideología de seguridad total que anuncia una nueva forma de aparición del Estado totalitario.

Para el profesor Zaffaroni, parte fundamental de esta ideología es la llamada *criminalidad organizada*, pseudoconcepto útil para introducir institutos inquisitoriales propios de los viejos estados policiales con los mismos procedimientos extraordinarios que siempre se ordinarizaron: penas desproporcionadas; funciones judiciales a las policías; tipos de autor; analogía; jueces, testigos y fiscales anónimos; procesos inquisitivos; desprecio por los principios liberales; militarización social; ampliación de ámbitos de corrupción; etcétera.³⁴

Frente a este panorama, destacan algunos destellos de humanismo penal, tales como la propuesta del profesor *Alessandro Baratta*, quien propone un *derecho penal mínimo*, en el que la ley penal respetase los derechos humanos; y, desde el ámbito estrictamente de lo jurídico-penal, sobresale la propuesta del profesor *Luigi Ferrajoli*, para quién la deslegitimación del poder punitivo, sólo alcanza a su actual ejercicio, pero no puede abarcar un futuro en que puede ejercerse de modo mucho más racional. Por ello, entiende que la única deslegitimación que merece ese nombre, sería la del abolicionismo, o sea, la de quienes sostienen la imposibilidad radical de legitimar cualquier sistema penal, presente o futuro, por mínimo que sea.

Reflexión Final.

Como hemos visto en el presente trabajo, la pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. Sin embargo, la retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones históricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al *ius*

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 266.

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 268.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

puniendi. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado. De esta forma, el derecho penal subjetivo, entendido como la facultad del Estado de imponer castigos, dependerá del tipo de Estado que se tenga. La norma penal no puede ser desconectada del sistema social, político, económico y jurídico en el que se desenvuelve. Ya que, con independencia de cuál sea el contenido, sentido y fin que se asignen a los distintos elementos integrantes de la norma penal, el Derecho penal ha cumplido históricamente siempre la función de coadyuvar en el mantenimiento y protección de un sistema de dominación y sólo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse el *ius puniendi*. En tal sentido, la función simbólica de la pena no es la retribución del mal ni la prevención del delito, sino la autoafirmación del Estado, cuyos fundamentos varían según sea la forma de Estado de que se trate.