

## ¿CÓMO LEGITIMAMOS LA PENA? A PROPÓSITO DE UNA REVISIÓN DE SUS FINES Y FUNCIONES A LA LUZ DE LA MISIÓN DEL DERECHO PENAL DE HOY

**Francisco A. Valdez Silva<sup>1</sup>**

*Alumno del 5º Año de la Facultad de  
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

**SUMARIO:** I.- Estado de cuestión. II.- Metodología. III.- Cuestiones Fundamentales. a) Concepto de pena. b) Fines de la pena. c) Función de la pena. IV.- Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Miembro del Departamento de Derecho Penal del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), Miembro del Consejo Editorial de la Revista Electrónica: «Cuadernos de Criminología y Ciencias Penales» (CCCC), Coordinador del Departamento de Derecho Penal del Instituto de Investigación de Derecho Público (IIDP), Miembro activo del taller de Ciencias Penales (UNMSM).

## I. ESTADO DE CUESTIÓN

A través de los tiempos el Derecho penal siempre se ha ocupado de estabilizar las reglas esenciales de convivencia o las normas elementales de la vida social; en otras palabras, las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano. Sin embargo no existe acuerdo sobre cómo el Derecho Penal cumple determinada misión; ello debido a que ésta (la pena) depende de diversas coordenadas fundamentales para su entendimiento. La pena no se agota en un problema estrictamente penal, pues para su comprensión se debe buscar sus raíces en la idea que se tiene sobre Sociedad, Persona y Estado.

GARCÍA-PABLOS menciona al respecto: «Es incorrecto examinar las diversas teorías y concepciones de la pena y del *ius puniendi* al margen del contexto histórico en el que tales fenómenos deben encuadrarse, de sus coordenadas históricas». «La concepción que integre el marco espiritual de cada momento histórico, perfilan y matizan los contornos del fenómeno de la pena»<sup>2</sup>. FEIJOÓ agrega: «Cada una de las teorías que han marcado hitos en esta evolución es siempre fruto de un determinado contexto cultural, histórico, social y político, y que las variaciones en las concepciones sobre la pena van siempre acompañadas de cambios sociales y políticos»<sup>3</sup>.

Por tanto la cuestión relativa a la fundamentación de la pena y con ello de su legitimación, no es un tema que debe resolverse y mucho menos escudriñarse en la Ciencia del Derecho Penal exclusivamente, sino también es algo que ocupa a la Filosofía y a la teoría del Estado.

El presente trabajo intentará explicar el porque hoy en día no existe esa unanimidad en la doctrina con respecto a los fines que debe perseguir la pena; al igual que se

---

<sup>2</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2005. p. 230.

<sup>3</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Montevideo. Editorial BdeF. 2007. p. 2. Para una mayor profundidad con respecto a la evolución paralela entre concepción del Estado o época histórica en la que son formuladas las diversas teorías de la pena, véase MIR PUIG, Santiago. *La función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. Editorial Bosch. 1982, p. 15 («La primera condición para resolver el problema es reconocer abiertamente la vinculación axiológica entre función de la pena y función del Estado») y BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona 1987. p. 53 («La pena, su sentido, funciones y finalidad no pueden entenderse si al mismo tiempo no se analiza dentro de un sistema socioeconómico y la forma de Estado imperante»).

esbozará una posición con respecto a la misma acorde al marco histórico sobre el cual nos encontramos, ya que el problema debe abordarse en nuestros días a la luz de los conocimientos actuales sobre el hombre y la sociedad; es decir, hoy, una idea de hombre libre y digno que se comprende a sí mismo desde que se reconoce como un partícipe del tráfico social y una sociedad Pluralista y Democrática, ambos acogidos en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Las preguntas que se hacen constantemente con respecto a la pena, son cuestionamientos no de carácter inmutable, sino todo lo contrario, que van originándose de acuerdo a las necesidades que la sociedad en su devenir, vaya unas problematizando y otras desechando. Por ejemplo hoy, ya nadie discute que los injustos deben ser reprochados a través de penas privativas de libertad; antes era la muerte, la expiación, o el envió a las casas de corrección o casas de trabajo<sup>4</sup>. la idónea respuesta; sin embargo, hoy las penas privativas de libertad y el ser conducidos a cárceles han tomado la posta y ¿mañana?, sólo la sociedad en su evolución nos dará la respuesta; pues las formas de violencia institucionalizadas como respuesta por parte del Estado son distintas, son hijas de su tiempo, como muy bien señala MUÑOZ CONDE: «No toda violencia es siempre juzgada o valorada por igual. La violencia es, desde luego, un problema social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o defendida»<sup>5</sup>.

También últimamente, la preocupación por resolver preguntas como ¿Qué es la pena? ¿Cuáles son sus fines? ¿Significa lo mismo fin de la pena y funciones de la pena? ¿Es idéntico hablar de legitimación y justificación de la pena?, no ha sido sólo problema de filósofos o investigadores acuciosos de la ciencia penal; sino, también de personajes participantes del «día a día» con el derecho penal, tales como abogados, fiscales, jueces, e incluso estudiantes de leyes.

Para resolver tales interrogantes, es menester, reconducirnos a una cierta y determinada metodología, pues así, de esa manera podremos comprender el verdadero significado de la pena en su conjunto y a su vez, saber sobre que perspectiva se esta adoptando.

---

<sup>4</sup> Las casas de corrección o casas de trabajo, antecedente de la prisión y con ello el paralelo de la manufactura o fábrica, tuvieron por objetivo entregar mercancía a muy bajo precio y con ello promover la economía nacional. Lo fundamental de la casa de trabajo, y por ello sus subsistencia y transformación posterior en la cárcel, es el de convertir el trabajo también en una mercancía y, por tanto, constituirse en un instrumento de regulación del mercado de trabajo.

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 15.

Como diría FEIJÓO: «Un estudio sobre la pena se puede abordar desde diversas perspectivas, todas ellas correctas. Lo único que cabe hacer, en un trabajo que merezca el calificativo de científico, es exponer la perspectiva que se ha adoptado de partida en la medida en la que ella condiciona el discurso de la obra y las conclusiones a las que se llegue»<sup>6</sup>.

## II. METODOLOGÍA

Ahora bien, para evitar confusiones metodológicas en el desarrollo del presente trabajo, es de importancia hacer la siguiente distinción a efectos de entender la pena tanto en su esencia (fundamentos) como en sus manifestaciones (consecuencias); por ello siguiendo al maestro FERRAJOLI<sup>7</sup> quien señala como presupuesto de cualquier investigación correspondiente a este tema, que la pregunta ¿Por qué castigar?, puede ser entendida desde 2 maneras:

- a) Uno es entendido referido al **porque existe la pena o también al porque se castiga**. Este «porqué» hace alusión exclusivamente a un problema científico, empírico; por lo tanto, las respuestas serán en forma de proposiciones verificables y falsificables, en pocas palabras, o bien son verdaderas o falsas. Por ejemplo: La pena existe o se utiliza para castigar comportamientos para reducir las tasas de delincuencia; resocializar, rehabilitar al delincuente, etc.
- b) La segunda manera de entender el «porqué», es cuando hacemos alusión al **porque se debe penar o bien al porque se debe castigar**. Ahora ya no estamos frente a un problema de corte científico, sino uno de filosofía moral o política; por ende las respuestas serán de corte ético-político<sup>8</sup> formuladas de manera normativa, las cuales sin llegar ha alcanzar ser verdaderas o falsas, si pueden

---

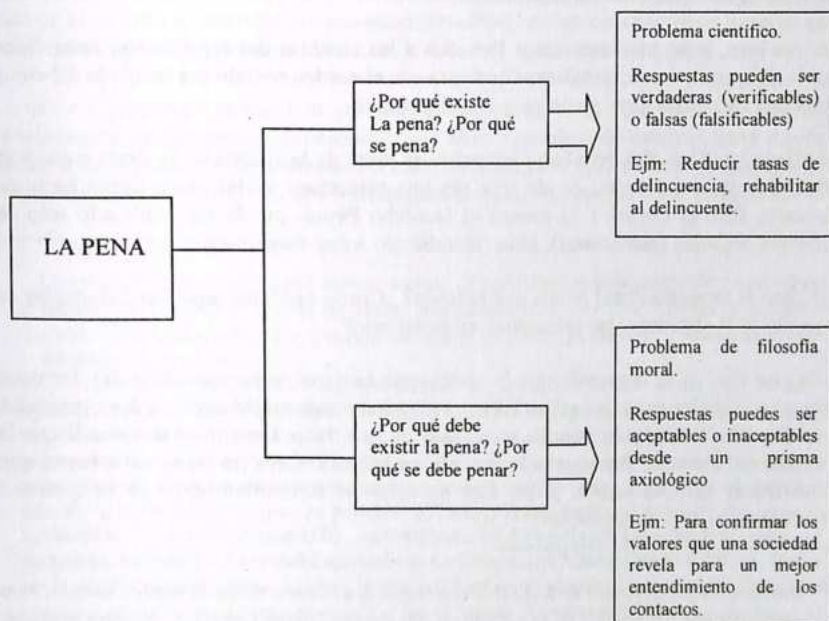
<sup>6</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Ob. cit. *Retribución*. p. 22.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 1995. [Capítulo 6- El fin y los límites del Derecho Penal. Un utilitarismo reformado] pp.321 y ss. «Muchos de los equívocos que afectan a las discusiones teóricas o filosóficas en torno a la pregunta «¿por qué castigar?», dependen, en mi opinión de la frecuente confusión de los significados que cabe asociar a la misma, los diferentes problemas que expresa, los diferentes niveles del discurso y universos del discurso a los que pertenece las respuestas que admiten».

<sup>8</sup> Una pregunta que se genera Usted lector es la siguiente: ¿Qué relación guarda la ética con la política?; ¿Qué es lo ético-político?.. Es la ética propia del Estado o la organización social, la cual estará constituida por las normas que efectivamente permiten la convivencia, cooperación social y mejor coordinan las acciones individuales para fomentar el bienestar general.

ser aceptables o inaceptables desde un *prima axiológico*. Por ejemplo: Se debe penar o se debe castigar los comportamientos para confirmar los valores que la sociedad revela para un mejor entendimiento de sus contactos.

Sentado esto último, podemos distinguir nítidamente cuando se nos plantea o bien nos formulamos una pregunta con respecto a la pena en un nivel empírico; es decir, tanto el problema como sus respuestas lo hallamos a nivel del mundo real; o ante un nivel filosófico, donde no sólo es necesario observar el mundo sensorial para encontrar satisfacción a nuestras inquietudes, sino hay que adentrarnos en el mundo de los valores que se representa nuestra sociedad.



Después de haber identificado y señalado los planos en donde la pena muestra su semántica, ya sea empírica o ético-política; debemos dejar en claro que el presente trabajo transcurrirá por la segunda opción. Lo que —a mi juicio— pretendo en estas líneas es que se entienda mi punto de partida, remarcando que ésta no es la única, pues existen muchas para abordar este tema tan complejo.

Como punto de partida, señalo, que mis premisas con respecto a la pena, toman postulados de la teoría funcional de la pena, siendo estos no idénticos a la metodología seguida por el Prof. Günther Jakobs; pues ésta resulta ciega a ciertos aspectos notables para desarrollar una teoría global de la pena<sup>9</sup>.

Mis bases aún reposan en algunos presupuestos funcionalistas, pues considero que para la explicación y entendimiento del «orden social» **debemos acudir a las relaciones que existen entre las estructuras de la sociedad y las funciones que realizan**. Las funciones, son las aportaciones otorgadas por tales estructuras a la satisfacción de las exigencias de la sociedad; éstas últimas, se reconducen a mantener el sistema o el ámbito de las relaciones en equilibrio.

Ahora bien, estos planteamientos llevados a las ciencias del espíritu son entendidos de la siguiente manera: Señalamos que para que el «orden social» sea revelado debemos vincular las estructuras sociales y sus funciones.

El Derecho –Derecho Penal en particular- es parte de la sociedad; es decir, nace y se fundamenta socialmente, de ahí que sea una estructura social, pues forma parte de aquella. Pero el Derecho –y menos el Derecho Penal- puede ser explicado sólo de manera orgánica (estructural), sino atendiendo a sus funciones.

¿Cómo el Derecho Penal presta esa función? ¿Cómo satisface aquellas exigencias de mantener el sistema o las relaciones en equilibrio?

Alguien dijo en su momento que la «pena» era la carta de presentación del Derecho Penal; y consideramos que así es. La pena es quien puede mejor expresar los contenidos del Derecho Penal, pues aquella no es más que su fruto. De ello se desprende que la misión del Derecho Penal estará presente en la pena. **Ésta no tiene otra tarea que confirmar tal contenido**, pues, éste «presta» al funcionamiento de la sociedad (satisfacción de las exigencias).

---

<sup>9</sup> Discrepo los presupuestos de JAKOBS con respecto a como concibe el «orden social». Pues este autor la hace reposar en la sociología del alemán Niklas Luhmann. Nuestra posición, en cambio, descansa sobre los presupuestos de Jürgen Habermas.

«La teoría de los Sistemas» de Niklas Luhmann gira alrededor de la «Comunicación», es ésta la única que define y mantiene a la sociedad de manera estable independientemente quien la integre (auto-poiesis). En cambio Habermas, en su «Teoría de la acción comunicativa», afirma que «la comunicación» no es la que permite que el orden social se mantenga estable, sino aquellos que hacen de la comunicación un fenómeno social: las personas. Son los sujetos y sus procesos de organización –entendidos de manera dialéctica- y no razones ajenos a ellos los que permiten «autocomprender» el orden social.

Ahora bien ¿Cuál es ese contenido que la pena recoge para coadyuvar a la funcionalidad de la sociedad? Considero que Jakobs no ha sido claro con ello por la fuerte influencia «luhmanniana» que adolece; es decir, por dejar de lado el marco institucional (contexto social, político y normativo) de una determinada sociedad y darle mayor énfasis a la descripción de los procesos comunicativos de la sociedad, por ejemplo: La pena es confirmar la vigencia de la norma, o coloquialmente entendido «volver todo a como antes». Pero las preguntas, ¿Qué confirmamos? ¿Sólo el que los ciudadanos vuelvan a confiar en la vigencia de las expectativas que fueron defraudadas? ¿O valores y principios que configuran una determinada sociedad?, no pueden ser respondidas desde una teoría que sólo atiende a la descripción de las funciones: la pena es confirmación de las expectativas defraudadas (legitimidad externa) pero no a cual es el sentido y finalidad de esa «confirmación» en un ordenamiento jurídico en concreto (legitimidad interna)<sup>10</sup>.

Lo que me propongo es plantear una teoría legitimante de la pena, tomando algunas aportaciones de las teorías funcionales, de ahí el nombre de mostrar «una teoría jurídica de la pena posfuncional». La característica principal de ésta, es que intenta desarrollar una teoría de la pena válida para un ordenamiento de las características

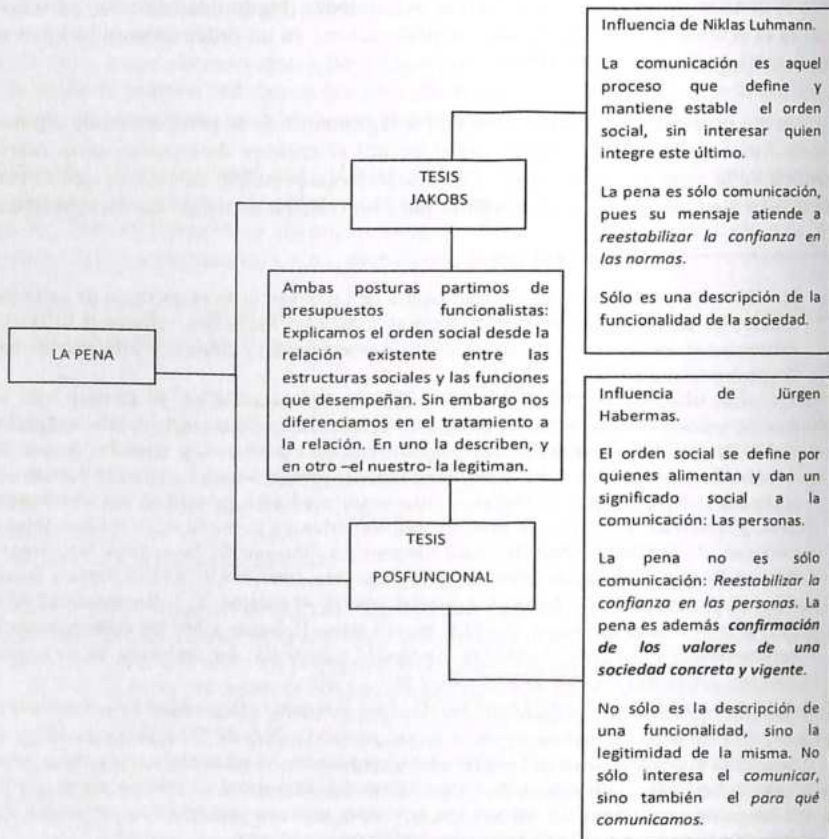
- 
- La principal característica del «orden social» de Luhmann es su «pretensión de universalidad», en cambio el aporte de Habermas radica en hacer una referencia al marco institucional, es decir, esta condicionada, por el contexto cultural e histórico de una determinada sociedad.

Sobre estas ideas véase. FEIJÓO SÁNCHEZ. Retribución. Ob.cit. p. 40 (81): <En su oposición metodológica a Luhmann, Habermas ha señalado que si el objeto de la investigación social es la realidad «preestructurada simbólicamente» producida y reproducida por los sujetos hablantes y actuantes, el científico social sólo puede acceder a ella comprendiendo significados. Esto no puede lograrse solamente mediante la actitud del observador descomprometido, sino que es precisa una experiencia comunicativa de los objetos simbólicos...>. GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1997. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid. Editorial Taurus. 4ª edición. T. I: Racionalidad de la acción y racionalización social, p.499 y ss. (El tomo II, versa sobre las críticas hacia el funcionalismo). LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema: La ambición de la teoría*. Barcelona. Ediciones Paidós. 1990, p. 23 y ss.

<sup>10</sup> Señala de igual forma, GARCÍA AMADO. Juan Antonio. *¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*. DOXA. N° 23 (2002), p. 247 y ss. «Para hacer dogmática de un sistema jurídico-penal concreto y no limitarse a una descripción en clave funcional o sistémica de todo sistema jurídico-penal es preciso jugar con los presupuestos normativos del tal sistema concreto, que son presupuestos materiales que tienen que ver con una determinada concepción de la sociedad...».

vigentes; es decir, desplegar una teoría que abarque el marco actual del sistema político, social y jurídico.

Sin embargo, la tesis propuesta no puede ser entendida sin antes no referirme a conceptos fundamentales de los cuales hay que partir para un cabal entendimiento de la teoría de la pena de manera íntegra. Por todo esto, es de mucha importancia dejar sentado —como parte de la metodología propuesta— dos pilares fundamentales en cualquier construcción dogmática de la pena: Uno es precisar ¿Cuál es el concepto de pena?, y ¿Cuál es el fin de la pena?, pues ambas respuestas se respaldan en criterios de orden distinto.



## III.- CUESTIONES FUNDAMENTALES

## a) Concepto de pena.

Sólo dejando de manera explícita cual es el concepto de pena, es posible construir una teoría completa de la pena. Antes de preguntarse para qué sirve la pena es preciso aclarar qué se entiende por pena. A pesar de que esto es conocido por muchos, lamentablemente entran en confusión al momento de definirlos, pues el concepto y la finalidad de pena responden a construcciones y elaboraciones dogmáticas y filosóficas distintas. En pocas palabras, como señala FEIJOÓ<sup>11</sup>: «El concepto de pena tiene que ver con lo que la pena posee duradero o de constante, mientras que los fines de la pena son fluidos, variables y ligados a las circunstancias históricas».

Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria ha venido definiendo a la pena como un mal<sup>12</sup>, pues constituye una limitación y/o privación de nuestros derechos. A pesar que se busque con la pena intimidar a la colectividad, resocializar al delincuente, o confirmar las expectativas y por ende, que la identidad normativa siga vigente; la pena siempre será una «*capitis diminutio*». Por lo tanto, a efectos de poder entender el concepto de pena, no debemos apoyarnos en las finalidades, o justificaciones de ésta; sino en aquello que la identifica en cualquier contexto histórico: «*malum passionis*». La pena, aunque sea entendida como comunicación (enfoque funcional) o como desaprobación (enfoque instrumental), es, en abstracto, comunicación o desaprobación mediante ejercicio de la violencia<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ, Ob.cit. *Retribución*, p. 38.

<sup>12</sup> Doctrina absolutamente mayoritaria, véase, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp.33 y ss, también publicada inicialmente en ADPCP Tomo 51, 1998, pp. 378 y ss. GARCIA- PABLOS. Ob. cit, *Introducción*, pp. 233 y ss. LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *Alcance y función del Derecho Penal*. ADPCP Tomo 42, Enero-Abril 1989, pp 23 y ss. EL MISMO, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas, Madrid, 1999, 54 y ss. MAPELLI/TERRADILLOS. *Las consecuencias jurídicas del Delito*. 3ª edición, editorial CIVITAS, 1996, pp. 29 y ss. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 2ª edición, Editorial BdeF, Montevideo, 2003, pp. 79. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*. 11º edición (4ª edición al castellano) Traducción de Bustos Ramírez/Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 281.

<sup>13</sup> FEIJOÓ SÁNCHEZ. Ob. cit. *Retribución*, p. 46.

Sin embargo, debemos tener muy en cuenta, que la pena no es cualquier mal; muy por el contrario, es un mal impuesto por los órganos jurisdiccionales competentes<sup>14</sup>.

Esto queda plasmado en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú que reza:

*«La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. No hay proceso por comisión o delegación».*

De manera mucho más precisa y completa, lo señala la Constitución española en su artículo 3. inciso 1:

*«No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o Tribunal competente, de acuerdo a las leyes procesales».*

Esta última afirmación, aclara que el concepto de pena se va perfilando hacia una definición estatal, y ello responde a que el Derecho Penal de hoy es, en esencia, Derecho Público, y por lo tanto, la pena no es mas que una expresión estatal. Quedan superadas las etapas de la venganza privada y la composición<sup>15</sup>, épocas en donde la discrecionalidad y el famoso «*bellum omnium contra omnes*» caracterizaban principalmente aquellas; tal vez a nivel de las relaciones entre los individuos tengan alguna relevancia, pero no en las relaciones de un Estado Social y Democrático de Derecho con sus ciudadanos; **por ello un concepto extensivo de pena no conduce a una correcta salida, sólo debe ser entendida como aquella impuesta por el Estado en un proceso formalizado**. A decir de Schopenhauer: «Fuera del Estado no existe derecho penal alguno»<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Véase, MAPELLI/TERRADILLOS, Ob.cit. *Consecuencias*, p. 32. MIR PUIG. Ob. cit. *Introducción*, p. 97 y ss. EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*. 6ª edición. Editorial Reppertor, p. 119.

<sup>15</sup> En este sentido, véase, DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *La Racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 155, 162-163. «Con este principio – monopolio estatal de la exigencia de responsabilidad estatal- la sociedad rechaza que sean los directamente afectados, o colectivos o grupos a ellos vinculados, los que determinen la responsabilidad concurrente. Prefiere desplazar la competencia hacia un tercero institucionalizado, el Estado,...». MAPELLI/TERRADILLOS. Ob.cit. *Consecuencias*, p. 32.

<sup>16</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *El Mundo como voluntad y su Representación*. Madrid. Editorial Trotta. 2003. También en su versión original. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Frauenstädt, 1873, p. 432. «Aus dem Staat existiert ein Strafrecht nicht».

Sin embargo, conformarnos con una definición de la pena como «*un mal impuesto por el Estado en un proceso público a través de órganos competentes*», tan solo ayudaría a precisar una definición de sanción, mas no de pena; pues, si bien es cierto, señala una de las características de éstas, son también similares en las medidas de seguridad, e incluso en las sanciones administrativas. El elemento distinto frente a otras sanciones es su *carácter «retributivo»*. La pena es retribución<sup>17</sup>.

Consideramos que la definición de la pena dada hace siglos, exactamente en 1625 en la obra «*De iuri belli ac pacis*» por Grocio: «*Poenā est malum passionis quod infligitur propter malum actionis*» (La pena es un mal que se debe padecer por lo malo de la acción) parece aún tener vigencia hoy en día. Sin embargo conviene encuadrar en ésta algunas «correcciones» que acerquen esta noción vulgar a la acepción técnica: «*Pena no es, cualquier mal, sino sólo aquel que tiene su origen y fundamento en una conducta delictiva*».

La pena, conceptualmente, *es un mal que se atribuye por intermedio de una instancia competente a una persona, como reacción o consecuencia ante un comportamiento desaprobado o reprochable de esa misma persona*, es por ello, que la pena tiene como presupuesto necesario una infracción penal culpable. Estas afirmaciones consideramos encuentran también un respaldo en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: «*Castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta*», pues toma en cuenta la conexión que debe existir entre la pena y el delito (carácter retributivo).

---

<sup>17</sup> Sobre la retribución, véase, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Honrar al delincuente como ciudadano*. Michael Pawlik responde a la pregunta de por qué pena el Estado, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, Editorial Grijley, Lima, 2004, pp.455-458. Este texto constituye una recensión crítica de la obra de Michael Pawlik, «*Person, Subjekt, Bürger. Zur legitimierung von Strafen*» (Persona, sujeto, ciudadano. Sobre la legitimación de la pena). Schriften zum Strafrecht, Heft 153, Verlag Duncker & Humboldt, Berlin, 2004. COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 797-798. «...la pena es, conceptualmente, retribución, esto es, una suerte de *precio* que se paga por el delito cometido». (subrayado en original). FEIJÓO SÁNCHEZ, Ob.cit. *Retribución*, pp. 48 y ss. «*La única diferencia conceptual de la pena con otras sanciones, con las que comparte las características de ser un mal impuesto intencionadamente por un órgano estatal, es su carácter retributivo*» GARCIA-PABLOS, Ob. cit. *Introducción*, p. 233 y ss. «*La pena es retribución, pero retribución in malam partem: es aplicación de un mal como respuesta a un mal previo. Pero además —y a diferencia de la venganza, que también es un mal retributivo que tiene su origen, o puede tenerlo, en la comisión de un delito— la pena se ejecuta en una determinada forma social y culturalmente reconocida, y dentro de una medida que no toma como criterio de referencia el sentir del lesionado, sino el de la ley*».

Existe la posibilidad de infligir un mal sin el elemento retributivo, pero eso ya no será una pena; tal vez, alcance ser una medida de seguridad o inclusive una sanción administrativa. La retribución representa la «pieza distinta» del armazón «pena» frente a otras consecuencias penales o de otro orden normativo (administrativo, civil, etc.), pues, la justificación de un mal por su vínculo con un reproche o desvalor por un hecho que ha sucedido sólo ocurre con la pena.

En conclusión la pena –conceptualmente hablando– es: *«Un mal que se atribuye por intermedio de una instancia competente a una persona, como reacción o consecuencia ante un comportamiento desaprobado o reprochable de esa misma persona».*

Hoy en día, cualquier iniciativa de formular una teoría de la pena, no puede estar ajeno a este concepto; **pues el carácter retributivo de la pena no es decisivo sólo para teorías que defiendan una postura retributiva, también para las preventivistas e incluso para las mixtas.** Por lo tanto, todas las teorías de la pena serán examinadas como teorías que presuponen la imposición de la pena a un culpable.

Vale aclarar, que el llegar a la conclusión que la pena es retribución, no puede adelantar algún pronunciamiento acerca de los fines de la misma, pues esto se discute y analiza en un plano distinto al plano conceptual. Estas últimas afirmaciones tienen sentido debido a que sólo hemos abordado el carácter retributivo de la pena en un sentido normativamente neutral, independiente de las características de una sociedad concreta, de nuestra sociedad. Lo que quiero decir, es que aún no nos hemos cuestionado la legitimidad de la retribución: ¿Cómo se entiende? Y ¿Cuál es su sentido en un Estado Social y Democrático de Derecho?

Una pregunta que inmediatamente usted se formulará después de leer tales interrogantes será: ***¿Las teorías retributivas no eran propias de las tesis absolutas de la pena, en la cual estaban ajenas a cualquier fin o sentido?*** Esta incógnita que usted se plantea es por una incorrecta información recibida; al considerar la identificación entre: retribución = teorías absolutas. La afirmación del carácter retributivo (concepto) de la pena no tiene nada que ver exclusivamente con la defensa de una tesis absoluta. La retribución no solo puede ser explicada a partir de las tesis de Kant y de Hegel acerca sobre la pena, aquella tiene más de un sentido.

*El elemento retributivo no es propio de la teoría absoluta, muy por el contrario es propio del concepto de pena;* entendiendo esto último, podemos ahora sí, cuestionar su legitimidad (sentido, finalidad); es decir, porque atiende alcanzar la justicia (KANT), a la confirmación del Derecho (HEGEL), a la intimidación de la

colectividad (Feuerbach-Prevención general negativa), resocialización del delincuente (VON LISZT-Prevención Especial), tal vez a la fusión de estos últimos (ROXIN-Tesis de la unión) o a la confirmación de las expectativas vigentes para afirmar la identidad normativa de la sociedad y los contactos se puedan seguir orientando (JAKOBS-LESCH).

### b) Fines de la pena

Si una teoría de la pena no especifica los «motivos» de su retribución, no se podrá entender de manera íntegra; ya que sólo hará referencia a su concepto (retribución) y ello trae como principal consecuencia: el no poder distinguir las unas de las otras.

La historia nos ha demostrado que las «teorías de la pena» se legitimaban desde ciertos fines; es decir, podían obtener el «título» de pena porque servían para algo: alcanzar la justicia (Kant), confirmar el Derecho (Hegel), intimidar a la colectividad (Feuerbach), resocializar al delincuente (Von Lizst), para la fundición de estos últimos (Roxin), confirmación de las expectativas vigentes para afirmar la identidad normativa de la sociedad y los contactos se puedan seguir orientando (Jakobs-Lesch), e incluso posiciones como la de Hassemer, Lüderssen o Albrecht que componen la escuela de Frankfurt o la de Taylor, Walter o Young que pertenecen a la escuela de Criminología Crítica, se mueven por un fin: Interés crítico del Derecho penal vigente. No existe ninguna construcción teórica de la pena que este ajena a desarrollar su «*leit motiv*» para legitimar su intervención.

Ahora bien, la pregunta es: **¿Cual es el fin legitimante de la pena en nuestra sociedad?**

Metodológicamente —tomado de una racionalidad comunicacional<sup>18</sup>— partimos —como teórico del Derecho Penal<sup>19</sup>— de la existencia de un sistema político y social

---

<sup>18</sup> Entendemos por «Racionalidad» como la capacidad de desarrollar procedimientos para justificar discursivamente determinadas pretensiones de validez. Una «Racionalidad Comunicacional» es, aquella racionalidad que tiene como pretensión el «legítimar» la interacción social. Su principal aporte radica en señalar que *el discurso teórico o el práctico serán racionales si sólo si responden a las exigencias ineludibles del comunicar humano*. Para esto, las construcciones que se lleven a cabo bajo esta racionalidad, se erigirán sobre la base de una serie de presuposiciones tácitas. Éstas hacen alusión a los valores ganados históricamente (la libertad, la dignidad, etc) a través de los procesos de interacción dialécticos que se dan entre los seres humanos. Sólo de esa manera, el legislador puede llegar a un cabal entendimiento del comunicar humano en una sociedad concreta y determinada.

con un mínimo de legitimidad, dentro del cual, debemos tener en cuenta la tarea del Derecho Penal<sup>20</sup>.

El papel que cumple el derecho penal en una sociedad moderna como la nuestra se encuentra demasiado vinculada al sentido de la pena estatal<sup>21</sup>. El fin o sentido que la pena plasme dentro del ordenamiento jurídico a todas las normas –jurídico penales– será la que defina la tarea del Derecho Penal. Ahora bien, este fin o

- <sup>19</sup> El dogmático el tema de la legitimidad le viene pre-dado –explicado (18)–, ello no significa que no podamos cuestionar tal legitimidad, pero desde ese momento abandonaríamos la dogmática para imbuirnos en temas de la política. Por lo tanto no hay otra salida –a nivel de la dogmática–: o desarrollar una labor en el marco de un sistema político y social con unos mínimos criterios de legitimidad, o debe renunciar a plantearse la cuestión de los fines legítimos de la pena en el marco de dicho orden social, ya que la legitimidad sólo es posible optando por un orden social alternativo. En este sentido véase, FEIJOÓ SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Editorial Colex, Madrid, 1997, p. 27. EL MISMO. Ob. cit. *Retribución*. p. 53-54.
- <sup>20</sup> Desarrolla la importancia de analizar la función de la pena dentro de una forma de Estado determinado, véase, BUSTOS RAMÍREZ, Ob. cit. *Control*, pp. 53 y ss, MIR PUIG, Ob. cit. *Función de la pena*. pp. 15.
- <sup>21</sup> Véase, en Alemania: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Traducción de Cancio Meliá/Feijoo Sánchez. Civitas, Madrid, 1996. p. 15, 17 y ss. EL MISMO. *Sobre la Teoría de la Pena*, en Bases para una teoría funcional del Derecho Penal. Editorial Palestra, Lima, 2000. p. 63. LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colección de Estudios Nº 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. pp. 13 y ss. En España, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ara, Lima, 2004, p. 29. «**función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal**». (negritas en original). MIR PUIG, Ob.cit. *Función de la pena*. p. 15. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad*, en L-H Prof. José Antón Oncea, Salamanca, 1982, p. 577. «Los conceptos de culpabilidad y pena se encuentran íntimamente unidos...», citado en, BELESTA SEGURA, LUIS. ¿Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995, nota 136, octubre-2000, <http://noticias.juridicas.com>; ZUGALDÍA ESPINAR. *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*. ADPCP 1984, tomo 37, Fasc.II, p. 324, nota 9. «...**a concepciones distintas de la pena, deben corresponder, lógicamente, conceptos distintos del delito**» (negritas en original), EL MISMO. *Recensión a Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna de Armin Kaufmann*. ADPCP 1978, Tomo 31, Fasc.III, p. 812 y ss. En contra de esto último, CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Respuesta a la recensión de la obra de Armin Kaufmann por Zugaldia Espinar. ADPCP 1982 Tomo 35, Fasc.II, p. 533 y ss.

sentido que la pena busca, no lo halla en principios trascendentes o presociales, mas bien, lo encuentra dentro del sistema jurídico, político y social vigente. Sin embargo, a diferencia de las tesis de Jakobs, que se mueven en un plano exclusivamente descriptivo de la normatividad; proponemos ese mismo proceso de normativización ligarla a un determinado contexto histórico.

La legitimidad de la pena –Derecho Penal– depende, como bien mencionamos al inicio, de la del orden constitucional al que sirve en atención a los valores que ésta se represente, y no puede ser más legítimo el Derecho Penal que el sistema al que sirve<sup>22</sup>. Lo que hace legítimo un sistema es si la «normatividad» encarna de manera

---

<sup>22</sup> Señalando como la legitimidad del Derecho Penal es un derivado de la legitimidad del Estado, véase, FEIJÓ SÁNCHEZ. Ob.cit. *El Injusto*. p. 27 «En la Constitución y en su papel constitucional es donde ha de encontrar el Derecho Penal su legitimación». EL MISMO, Ob. cit. *Retribución*, p. 53-54. «La racionalidad sistémica tiene razón en señalar que el Derecho Penal no puede aportarle legitimidad al sistema social, es éste el que aporta su propia legitimidad, la cual se puede compartir o no» (negritas son nuestras); JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, traducida por Cuello Contreras/Serrano Gonzalez de Murillo. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 21. «La pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden a favor de cuyo mantenimiento se pune», p. 44-45. «El derecho penal se legitima formalmente mediante las aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y el Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas –especialmente las jurídico constitucionales»; EL MISMO, Ob. cit. *Sociedad*. pp. 18. En contra, BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Cuadernos de Política Criminal (CPC) N° 24, 1984, pp.544 y ss., Desde otra perspectiva: La criminología crítica. Esta hunde sus raíces en un marxismo ortodoxo, y en las tesis del «labeling approach» (Teoría del etiquetamiento); lo primero porque ven el delito como un producto histórico, patológico de la sociedad capitalista. Contemplan el orden social como un conflicto de clases, donde una esta subyugada por la otra, sirviéndose del Derecho. Los «administradores de la criminalidad (Policía, Fiscales, Jueces) estaría organizados para luchar contra el crimen sino para «cosificar» a la población que no este alineada a las clases trabajadoras. Este conflicto, esta muy ligado a los modos de producción que son los auténticos determinantes de la evolución histórica (Comunismo Primitivo, Antiguo, Feudal, Capitalista, Socialista), que llenan de contenido a la «Infraestructura», pues es ella la que condiciona la economía y a la «superestructura» (conjunto de elementos de la vida social tales como, religión, moral, filosofía, arte, derecho, instituciones, etc.) El «labeling approach», teoría que es representada

fiel los valores de aquel. Por ejm: Nuestra sociedad en su devenir a través de los procesos de interacción entre los seres humanos ha ido ganando valores tales como la dignidad, la libertad, la justicia, la proporcionalidad, etc; los cuales deben verse reflejados en nuestra Carta Magna para ser garantizados, y ser reestablecidos –en última instancia– en caso de su lesión por el Derecho Penal. Si aquellos no son observados, nos encontraremos asentados sobre un sistema ilegítimo, ya que erige un «orden social» desde presupuestos desconocidos para la sociedad concreta y vigente en que se encuentran.

Si estamos atravesando una dictadura militar, una guerra civil, o estamos bajo las órdenes de un Estado Totalitario (Nacional-Socialista Alemán de Hitler, Fascista de Mussolini, Comunista de Lenin o Stalin, etc.), nos encontraremos frente a un sistema ilegítimo, por lo tanto, el Derecho Penal, como Derecho derivado del orden constitucional, desempeñara una función ilegítima<sup>23</sup>. En ese caso –que no

---

por Howard S. Becker, contempla el crimen como mero sub-producto del control social. El individuo se convierte en delincuente no porque haya realizado una conducta negativa, sino porque determinadas instituciones sociales le han etiquetado como tal, habiendo asumido dicho estatus criminal que las agencias de control social distribuyen de forma selectiva y discriminatoria. Véase, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la prevención de la criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2008, pp. 442-446; LARRAURI PIJOAN, Elena. *La herencia de la Criminología Crítica*. 2ª edición. Editores Siglo Veintiuno de España. Madrid, 2000, pp. 25-38, 54-63. En extenso sobre la historia de la criminología crítica y sus escuelas, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la Criminología*. Editorial Grijley, Lima, 2000, pp. 57-66, 91-119.

<sup>23</sup> Esta falta de legitimidad, no es exclusivamente un tema de «derivación» (del Constitucional al Derecho Penal) considero que ello es la consecuencia de un tema mucho mas profundo, y esto lo hallamos a nivel de la «Racionalidad» que impere en este sistema, es decir un tema epistemológico o metodológico. Como acertadamente señalamos líneas atrás (nota 16), el tipo de racionalidad que involucra al ser humano en su interactuar diario, es la «Racionalidad sistémica o comunicacional», aquella relación intersubjetiva que entablan sujetos capaces de lenguaje y de acción cuando se entienden entre sí; en pocas palabras, **sujetos que se entienden sin necesidad de conocerse pues para entenderse hacen referencia algo común que los vincula (comunicación)**, y ello es posible porque están en un contexto con legitimidad, a diferencia de los Estados Totalitarios y otros en donde la «Racionalidad Instrumental» es la que prima, pues ven al ser humano como un sujeto solitario con algo en el mundo objetivo, que pueda representarse y manipularse; en pocas palabras, **sujetos que son definidos de forma natural, como seres errantes que su único patrón de orientación son las leyes del mas fuerte, o aquella que amilane sus necesidades**

es el nuestro, sino no tendría sentido este trabajo- si el sistema carece de un mínimo de legitimidad, la única vía que queda es la crítica del ordenamiento vigente y la revolución o transformación de los principios y fines de un determinado sistema político y social.

Queda manifiesto, que los cometidos del derecho penal no son más que parte integrante de la concepción de Estado<sup>24</sup>. Es por atención a esto, que —respondiendo a la interrogante planteada— los fines de la pena, sólo pueden ser averiguadas atendiendo sólo a las coordenadas históricas. La pena obtiene el «título» de tal por la finalidad que ostenta: «Confirmar los valores que definen e integran a la sociedad concreta y vigente de la cual es parte»; en pocas palabras, coadyuvar a evitar la desintegración social.

FEIJOÓ —muy característico en él— condensa todo lo dicho líneas arriba: «Si bien es cierto que la teoría de los fines de la pena sólo puede ser analizada como un apartado de la teoría del Estado y que el concreto orden normativo-social de referencia la condiciona; sin lugar a dudas, el papel del Derecho Penal, desde una perspectiva jurídica no puede discutir la legitimidad del Estado o del sistema social de referencia»<sup>25</sup>.

---

*mas egocéntricas.* Véase, HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social.* Tomo I. Ediciones Taurus, Madrid, 1999. pp. 499 y ss.

<sup>24</sup> Este planteamiento ya vio la luz en España en los escritos de MIR PUIG al intentar revisar los fundamentos del Derecho penal desde las exigencias del modelo de Estado Social y Democrático. Véase en extenso, MIR PUIG, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

<sup>25</sup> FEIJOÓ, Ob.cit. *Retribución*. p. 54. A modo de ejemplo, en nuestro país en la década de los 90 vivimos continuas violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos para la persecución y juzgamiento de delitos, atentando contra: juez predeterminado por la ley, ya que existían militares que juzgaban a civiles que no eran exactamente del ámbito castrense; el derecho de defensa, pues en los casos de terrorismo, la defensa técnica se veía mermada pues los abogados eran objeto de persecución y amenaza; no había una diáfana y clara independencia de los jueces; se atentaba también contra el principio de inmediación con los «jueces sin rostro», pues no se sabía a cabalidad si el juez que dirigió el proceso, fue el mismo que sentencio; entre otros atropellos. Esto demuestra, que el sistema que imperó en tales épocas era ilegítimo, en consecuencia el Derecho Penal también lo era; por lo tanto la tarea del dogmático —en esa época— ya no era la de desarrollar su labor en un contexto con una mínima legitimidad —esta ya no existía— sino la de elaborar y reconstruir un orden social distinto. Sólo el podrá desarrollar su verdadera tarea en un contexto con una mínima legitimidad constitucional.

Queda claro, después de todo lo dicho, que para plantearnos cual es el fin de la pena, en primer lugar debemos asentarnos sobre un determinado sistema jurídico, político y social; y desde ella, podamos definir cual es el fin o sentido, en pocas palabras, encontrar su legitimación.

El fin de la pena son los efectos buscados por el Derecho Penal, sin embargo, es una orientación que nunca se consigue plenamente, pero encarna un programa normativo sobre la pena como instrumento de retribución. Ahora vale preguntarse *¿Cuál es ese fin buscado por el Derecho Penal? ¿Por qué este fin no es conseguido de manera plena?* Para responder ambas preguntas nos serviremos de todo el abanico teórico construido hasta el momento. Señalamos que la pena a manera de concepto, es en esencia, retribución. Este concepto debía ser considerado por cualquier intento de elaborar una teoría de la pena. Identificado el concepto de pena, podemos recién avanzar un peldaño más, el de la legitimidad.

En este plano —que nos encontramos ahora— es cuestionar la legitimidad de esa retribución. Anteriormente, muchos le otorgaban tal legitimidad al derecho penal —a través de la pena— en el aspecto retributivo (tesis absolutas), otras en el aspecto intimidatorio, otros en el afianzamiento de los valores ético-sociales, etc.

Hoy en día, ha ido cediendo terreno y desconveniendo a muchos las tesis de índole intimidatoria<sup>26</sup>. Esto se debe pues, a diferencia de un renuente sector de la doctrina, en ya no seguir considerando a la evitación de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos o a la disminución de la delincuencia como «fin o sentido» de la pena, es decir, aquello que le otorgue legitimidad al Derecho Penal, en cambio se toma hoy como criterio legitimador *el evitar la desintegración social*. El fin de

---

<sup>26</sup> Esta idea es compartida, véase, JAKOBS. Ob. cit. P.G. pp.9 y ss. EL MISMO. Ob.cit. *Sociedad*, pp. 18-19. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal, y el derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 28 y ss. En España: BACIGALUPO, Ob. cit, P.G. p. 38. «Las teorías preventivas tradicionales se habían apoyado en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención por medio de la coacción psicológica, tanto como la realización son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables...» FEIJOÓ SÁNCHEZ. Ob. cit. *Injusto*, pp. 36 y ss. «No se le puede negar cierta razón a los partidarios de la prevención general negativa en un sentido: la realidad nos demuestra como el legislador utiliza muchas veces el Derecho Penal como arma intimidatoria. Buscando el respeto por las normas a través del miedo. Pero estos autores reconocer que sólo la prevención general positiva logra limitar los excesos intimidatorios».

la pena es el impedir la desintegración social, pues es a través de ella (la pena), como consigue dicho efecto (no desintegración de la sociedad) mediante una estabilización de las normas de convivencia.

Entendido cual es el fin o sentido de la pena como criterio legitimante del Derecho Penal, queda por responder a la segunda de las interrogantes: *¿Por qué este fin no es conseguido de manera plena?* Consideramos desde esta tribuna, que el fin propuesto no es alcanzable de manera plena, pues «la misma existencia de tal institución (la pena)» demuestra que el evitar tal fin no será colmado en su totalidad. Me explico, la intervención de la pena no es para «erradicar» la delincuencia, o evitar «lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos»; sino el garantizar mínimamente los ámbitos de libertad de los ciudadanos, darles la suficiente confianza (normativa y no psicológica) en sus procesos de orientación y comunicación, estabilizando las mínimas normas de convivencia. La lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, las tasas de mayor o menor delincuencia siempre estarán presentes; es por ello que la pena para garantizar una mínima convivencia (pues lesiones y puestas en peligro de bienes jurídicos, tasas muy altas o muy bajas de delincuencia, existirán) que no lleven a una desintegración social, considera como «el prius legitimante» de su intervención.

### c) Función de la pena

Definido cual es el concepto de pena: **retribución**, y cual es el fin de la pena, es decir averiguar la legitimidad de esa retribución: como es **el evitar la desintegración social**; cabe preguntarnos ahora si hemos satisfecho a todas las inquietudes planteadas desde un inicio en este trabajo. Considero aún, que subsisten conceptos por definir para que quede explícito todo el armazón teórico de la pena y con ello se puedan explicar las distintas teorías de la misma. *¿Cuál es la función de la pena?* *¿Es lo mismo hablar de «fin» y «función»?* *¿Cuál es la justificación de la pena?* *¿Sería lo mismo hablar «justificación» y «legitimación» de la pena?* Son cuestiones que pasaremos a resolver a continuación.

La doctrina suele manejar indistintamente los términos «fin y función»; sin embargo, autores minuciosos han señalado que deberían utilizarse las expresiones «fines» y «funciones» de manera distinta<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Véase, ALCACER GUIRAO, Rafael. Facticidad y Normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal. ADPCP Tomo 52, 1999, p. 181 y ss. «En el ámbito de la teoría de la pena o fin del Derecho Penal, debe prestarse asimismo atención a la

Esta marcada diferencia entre ambas modalidades, se debe a la ubicación epistemológica que tiene cada una. Los «fines» son ubicados a nivel de la discusión axiológica, en cambio las «funciones» en el plano «empírico»; una esta a nivel del ámbito ético-político, y otra a nivel de la sociología; **los «fines» explican lo realmente propuesto por el orden social, en cambio las «funciones» no atienden a los fines diseñados por el sistema, sino son sólo descripciones, tal vez no queridas por el sistema, pero si reales.**

---

*distinción entre las bases argumentativas propias de las ciencias sociales, en las que domina la facticidad, y las de la ciencia jurídico-penal, ámbito propio de la normatividad. La contraposición entre los conceptos de fin y función permite resaltar tales diferencias. Así, las ciencias sociales permiten la constatación empírica del espectro de efectos que, de facto, produce la pena en el entorno social (funciones, en sentido lato), pero desde constatación meramente descriptiva no puede extraerse un criterio que permita valorar esos efectos, calificándolos como deseables o no deseables; para ello es preciso determinar previamente el fin que se pretenda hacer cumplir a la pena, fin que responde a la decisión subjetiva de un agente y basada en una ponderación de consideraciones de carácter valorativo». FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo. Traducción de Roberto Bergalli, en <http://neopanopticum.wordpress.com/>, p. 2 y ss. «La palabra función para indicar los usos descriptivos y la palabra fin para indicar los usos normativos... Diré que son teorías explicativas o explicaciones las respuestas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función (o las funciones) que de hecho cumplen el derecho penal y las penas; mientras son doctrinas axiológicas o de justificación las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas sobre el fin (o los fines) que ellas deberían perseguir.»; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.99. «Debe utilizarse los términos fines, misión, metas, para denominar las consecuencias buscadas oficialmente por el sistema como diferentes al término «función» para denominar las consecuencias no deseadas, pero reales, del sistema». PEREZ MANZANO, Mercedes. Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 229. «Función designa las consecuencias objetivas, queridas o no, de un elemento en relación a un sistema de referencia, mientras que fin se refiere a una consecuencia objetiva en relación con la disposición subjetiva de un agente hacia un objetivo. Si función se ubica en el mundo descriptivo del ser, fin pertenece al ámbito normativo del deber ser», p.283 «Conforme a la distinción de los términos función y fin, hay que hablar de funciones de la pena en el plano empírico social descriptivo, como efectos o consecuencias objetivas de la pena, y del fin en el plano valorativo, es decir, como resultado del proceso de confrontación de las funciones de la pena con un sistema valorativo concreto», SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p.298 y ss. «A estas funciones o efectos sociales empíricos del Derecho penal, que han de quedar fuera de toda teoría de legitimación».*

Esta distinción se retrotrae al aporte de un sociólogo norteamericano de inicios del siglo XX Robert K. MERTON<sup>28</sup>, quien es progenitor de la conocida distinción entre «funciones manifiestas» y «funciones latentes», muchas veces utilizada dentro y fuera de la sociología, siendo el Derecho Penal no la excepción.

- Las funciones manifiestas, son aquellas consecuencias objetivas que contribuyen al ajuste o adaptación del sistema y son buscadas y reconocidas por los participantes del sistema.
- Las funciones latentes están relacionadas con las consecuencias no buscadas de la acción.

Mas adelante, Knut AMELUNG<sup>29</sup> -profesor de la Universidad de Frankfurt- señala que hacer referencia a las «**funciones**» desde la perspectiva jurídica, cambia de contenido -por otorgarle juicios de valor- a lo meramente descriptivo que puede aportar el campo sociológico. Es por esto último, que los aportes del sociólogo estadounidense debemos vincularlos al campo jurídico, es decir, nos obligamos ligar al ámbito jurídico-penal las propuestas iniciales de MERTON acerca de las «funciones manifiestas y latentes». Para tal cometido debemos hacer la precisión entre fin de la pena, funciones manifiestas y latentes de la misma.

Ya sabemos que la pena cumple un **fin**, esto es, aquello que legitima tal institución, en nuestro caso, **es el evitar la desintegración social**, a través del mantenimiento de las mínimas normas de convivencia. Sin embargo, el que la pena cumpla determinado fin, no significa que no pueda cumplir otras funciones que escolten a ese fin esencial. Estas otras consecuencias, unas poseen relevancia normativa (manifiestas) y las demás (las latentes) carecen de relevancia desde un enfoque normativo.

Una **función latente**, no necesariamente sus efectos son negativos, también pueden incluirse efectos que a pesar de no ser considerados relevantes desde un punto de vista normativo, se perciben con una cierta aceptación.

---

<sup>28</sup> Su principal obra refiriéndose a esta conocida distinción, véase, MERTON, ROBERT K. *Social Theory and Social Structure*. 3ª edición, New York, 1968. Existe traducción al español, «*Teoría y estructura sociales*» 1ª edición. Traducción de Florentino M. Torner. Edición Fondo de Cultura Económica.

<sup>29</sup> AMELUNG, Knut. *El primer Luhmann y la imagen de la sociedad de los juristas alemanes. Una contribución a la historia del derecho alemán del siglo XX*, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (RPDJP) N° 3, 2002, p. 42. También véase, ALCACER GUIRAO, Ob.cit. *Facticidad*, p. 181.

Por ejemplo, «la intimidación» no es un fin o función manifiesta de la pena, pues consideramos que ésta —la pena— no se legitima a partir del temor que pueda influir en los individuos para que estos se alejen de la delincuencia; sin embargo, el que un «gran número» de sujetos no delinca por el miedo a ser castigados (función latente) con una pena privativa de libertad, es algo que no se percibe con enfado. En cambio, una función latente negativa sería generar una especie de estigmatización, distanciamiento social, desocialización del sujeto, etc.

Una **función manifiesta** es aquella que si bien es cierto no es el «*prius legitimante de la pena*», como es el «evitar la desintegración social», acompaña a ese fin esencial con alguna prestación, por ejemplo: evitar la pérdida de identidad del sujeto frente a la sociedad, como sujeto portador de derechos y deberes, en pocas palabras, evitar la desocialización<sup>30</sup>.

Como colofón, queda manifiesto que el tema del «**fin de la pena**» no lo es todo para afrontar todas las inquietudes del Derecho penal, creer que con lo señalado como **misión del derecho penal** podremos afrontar otro tipo de problemática como son la protección de bienes jurídicos, la resocialización del delincuente, etc., es generarle una «hipertrofia conceptual» a cual debe ser el objetivo trazado (fin de la pena); sino, debemos a partir de una «diferenciación conceptual» darle a cada uno el lugar que le corresponde.

Consideramos correcta una tesis de la pena postfuncional, porque parte de presupuestos funcionales para la explicación del orden social, sin embargo no se limita a describir esos procesos de comunicación, sino que los «legitima», ya que le damos una base constitucional y axiológica de una sociedad concreta y vigente. Es por ello que en este breve artículo hemos querido precisar los conceptos que rodean a la teoría de la pena (definición, fines, funciones) desde una perspectiva postfuncional.

---

<sup>30</sup> La desocialización tiene que ver con la desaparición de roles, normas y valores sociales mediante los cuales se construía el mundo vivido. Este mundo vivido hace referencia que la personalidad se forma a través de la reflexión de roles sociales asumidos: la mirada de los otros puesta sobre el individuo en el ejercicio de esos roles, ejercía un control que ayudaba a la formación. En tanto todos se remitía a formas de autoridad, normas y valores comunes, esa trama de significados compartidos, llamado el «mundo de la vida», estaba fuertemente definido y organizado socialmente. Véase, TOURAINE, Alain. *¿Podremos vivir juntos? Globalización económica. Movimientos sociales. Desmodernización*. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

#### IV. CONCLUSIONES

- La institución de la pena sólo puede ser comprendida a cabalidad si atendemos al espíritu de su tiempo.
- La pena, es la pieza clave del ordenamiento penal, e incluso desde aquella se fundamenta todo éste. Es por ello que debemos precisar cual es su concepto, fin, y funciones.
- Un tesis posfuncional de la pena –como lo proponemos- no descansa en sólo la descripción de la normatividad (confirmación de expectativas defraudadas) sino en legitimar tal normatividad con los presupuestos de una sociedad concreta y vigente (confirmación de los valores asumidos por la sociedad peruana -por ejm la libertad- que fueron menoscabados y así los contactos puedan mantener tales expectativas).
- El concepto de pena, reposa en las características que esta siempre ha señalado tener: retribución.
- La finalidad es la legitimidad de aquella retribución, es decir responde a la pregunta: ¿Para qué retribuimos conductas culpables?.
- La función de la pena se caracteriza por los efectos sociales que efectivamente se producen, aunque no tengan nada que ver con la finalidad expresa de la institución.
- **¿Cómo legitimamos la pena?** Ello se logra si son los valores generados dialécticamente (a través de la historia) los que llenan de contenido a la misión del derecho penal, y a su vez son transmitidos a la pena para que ésta la confirme en caso de ser menoscabados (**evitar la desintegración social**).