

LA SEGURIDAD COMO BIEN JURÍDICO

EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ

DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA
GRUPO DE INVESTIGACIÓN SEJ307: CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL

RESUMEN

En las últimas décadas, se ha vivido una amplia evolución en materia de política-criminal respecto al ámbito de la seguridad. Si bien se entiende que la «seguridad» juega un papel primordial en aras de la defensa de los Estados, ello no es de nuevo cuño. No obstante, parece como si de una construcción novedosa se tratase, a pesar de que una de las razones de existir del Estado es precisamente la procuración de esta (en su más amplia concepción) a sus ciudadanos. Sin embargo, el debate sobre esta materia dista mucho de ser pacífico, ya que al respecto se han sumado tanto posturas a favor como en contra, a la hora de establecer la seguridad como bien jurídico-penal. Por un lado, se alude a que la seguridad recorta las libertades y derechos públicos; por otro, se entiende que sin seguridad el uso y disfrute de esos derechos resulta vacío de contenido. Se puede entender que la seguridad no solo protege, sino que además potencia el uso y disfrute de dichos derechos y libertades. En este punto, no resultaría desacertado otorgar a la seguridad la patente de bien jurídico-penal, pues con su protección no se menoscaba libertad alguna, antes bien se cumple con las exigencias de los principios penales de un Estado social y democrático de Derecho.

Palabras clave: seguridad, bien jurídico, bien jurídico colectivo, Estado de Derecho, constitucionalidad.

ABSTRACT

During the last decades, there has been a broad evolution in criminal-politics regarding to the scope of security; while it is understood that the notion of «security» plays a main role in the defense of a State, this is not something new. However, it looks as if a new set up were developing, although one of the reasons for the existence of States is just the managing of security (in its broadest meaning) to their citizens; nevertheless, debates about this issue are far from being pacific because of the «for» and «against» attitudes existing in order to establish security as a legal-criminal right: on one hand, security undermines freedom and public rights; on the other, it is understood that those rights cannot be used or enjoyed without a certain security. As a consequence of this, it can be inferred that security does not only protect but also facilitates their use and enjoyment. Therefore, it is not unwise to turn security into a legal-criminal right, because its protection does not seek to cut off any freedoms, but to fulfill the requirements of a social and democratic State of law.

Keywords: security, legal right, collective legal right, State of Law, constitutionality.

1. SEGURIDAD Y SOCIEDAD

No se pueden considerar los avances de la sociedad (*pos*)moderna sin los riesgos que esta conlleva, lo que sin lugar a dudas ha creado diversas instancias de protección, ya sea a través del Derecho penal o de políticas de seguridad, no cabe duda como ya lo mencionó MAPELLI CAFFARENA, (2017): «... *los accidentes de tráfico aéreo, marítimo o terrestre, las grandes catástrofes nucleares, las epidemias, como el SIDA o el ébola, los vertidos incontrolados de sustancias nocivas, los incendios forestales, el terrorismo, los movimientos migratorios, los envenenamientos masivos, el cambio climático, etc., catástrofes*», están asociadas en gran medida al uso masivo de las nuevas tecnologías, a la globalización de la economía y a decisiones políticas.

Esto sin duda ha creado un generalizado sentimiento de (in)seguridad; pues como lacónicamente Silva Sánchez (2011) denunció en su momento: «...*el ciudadano manifiesta que nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién, ni cómo, ni a qué ritmo*». Sin embargo, y pese a la existencia efectiva de riesgos, también se presentan de manera paralela sentimientos subjetivos de inseguridad; la razón de esto se puede atribuir a que las sociedades modernas se tornan día a día más complejas. Esto genera, en cierto modo, una percepción alterada de la realidad, además de provocar en el colectivo social un sentimiento de incertidumbre en todas las áreas de la vida, pues las decisiones y justificaciones de expectativas seguras resultan más difíciles de prever.

La relación del individuo con su entorno resulta *per se* bastante compleja. Si a ello le añadimos que el progreso y desarrollo no siempre o casi nunca resultan previsibles, se produce sin lugar a dudas más incertidumbre; lo que tiene como lógica consecuencia que no exista un sentimiento de seguridad al menos como una expectativa fiable (GLAESSENER, 2002). La promesa de seguridad del mundo moderno se ha vuelto frágil; la transformación incondicional de creer en la seguridad ha terminado por erosionar las expectativas que de esta se tienen, por lo que se crea una sensación de inseguridad y de incertidumbre que se recrea en el espacio social y político; que se ha manifestado en diversas dimensiones, tanto endógenas como exógenas (GLAESSENER, 2002).

La pregunta que cabe realizar es ¿Cómo se va a garantizar la seguridad, tanto exterior como interior, de una comunidad ante las nuevas amenazas?. La evolución de los mercados financieros internacionales, la delincuencia organizada transfronteriza o el terrorismo internacional son cada vez más notorios. Resulta claro que la estructura político institucional es solo parcialmente capaz de diseñar estrategias de respuesta y éxito adecuados y eficaces de implementar. La inercia de las instituciones y su insistencia en las habilidades de resolución de problemas no se correlaciona con la aparición acelerada de los nuevos problemas, pues no cabe duda que la internacionalización y la privatización amenazan el control y el monopolio del poder de los Estados nacionales.

Las teorías contractualistas de Thomas HOBBS (2009) y John LOCKE (2012), radicaban en gran medida sobre la distribución de tareas del gobierno en el orden público y la seguridad, es decir en el ámbito de protección de los ciudadanos contra las actuaciones del Estado, así como en la protección del propio Estado a sus ciudadanos. La seguridad está en el pensamiento constitucional moderno, solo basta observar el art. 17.1 de la Constitución Española, el art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en la reunión del Consejo de Niza de diciembre de 2000; pues a través de la protección efectiva de bienes (seguridad) es como la libertad toma significado. Es en los últimos tiempos cuando el ideal securitario se ha convertido en un modelo orientador del ideal libertario.

Las ideas de las revoluciones americana y francesa vieron la República como el poder responsable de la protección de los derechos estatales de las personas y que protegen sus vidas, sus libertades individuales y su propiedad de los ataques de terceros. En ese sentido, lo que se garantiza es la función de seguridad por parte del Estado. Anteriormente, el Estado pre-constitucional, especialmente en las monarquías, se estableció bajo el fortalecimiento del *status quo*. En las obras constitucionales liberales del siglo XIX se introdujo el concepto de seguridad jurídica. La delimitación de responsabilidades y la intervención del Estado se redujo a la protección de la esfera individual de los ataques del Estado. La creación, protección y control de los procesos se encaminaron a la garantía de las libertades individuales, la libertad de contratos y derechos de propiedad. Solo así estos derechos se pudieron ejercer de manera segura.

El concepto de seguridad, que había recibido además una dimensión social y política en el siglo XIX, llevado a cabo desde un pensamiento liberal propio de la época, así como la consideración exclusiva de relación individuo/estado, se rompió en el siglo XX. A este concepto se le añadió un componente filosófico e ideológico, que dejó los límites entre interior y exterior de manera confusa. En muchos casos, va más allá del reconocimiento de seguridad en una doble relación (estado/individuo), para pasar a una relación multipolar del orden estatal, los individuos, los grupos económicos y sociales, movimientos políticos, etc.

Se consideró que la modernidad crearía amplios espacios de bienestar, lo que la sociología denominó como: «coste de oportunidad», pues no cabía la menor duda que traería consigo beneficiosas posibilidades (GIDDENS, 1994). Para Marx surge en la modernidad un sistema social más humano, mientras que para Durkheim la industrialización tenía como referente una armoniosa y satisfactoria vida social, formada a través de la combinación de la división del trabajo y el individualismo moral. Tal vez la visión más pesimista fue la de Weber. Él vio al mundo moderno como una paradoja en la que el progreso material solo se obtenía a través de la expansión de la burocracia, que sistemáticamente aplastaba la creatividad y la autonomía individual (GIDDENS, 1994).

Para estos autores, la modernidad era un cambio tan radical en la sociedad que el despotismo del poder político pertenecía esencialmente al pasado. Era una característica propia de los Estados pre-modernos. No obstante, como señala Giddens (1994), con el ascenso del fascismo, el holocausto, el estalinismo y otros episodios de la historia del siglo pasado, se puede observar que las posibilidades totalitarias están contenidas dentro de los parámetros institucionales de la modernidad. Estos regímenes conectan al poder político con el militar y el ideológico, de forma más concreta que la existente antes del surgimiento de los Estados nacionales modernos.

Con el nacimiento de los Estados modernos, surgen nuevas formas de convivencia social, así como nuevas relaciones políticas que justifican su existencia. Sin embargo, es en el postmodernismo, cuando se abre paso a la entronización de la seguridad como base y esencia del propio Estado. Entonces se entiende que se deben redefinir las funciones que hasta ese momento estaba desempeñando; pues los cambios sociales

a nivel global requieren la entrada de diversos agentes que ayuden o sustituyan las funciones económicas, políticas o sociales. Así se podrá justificar la existencia del Estado mínimo que se limite a la protección y aseguramiento de la vida, la propiedad y la libertad de sus ciudadanos; pues la verdadera y casi única función del Estado es procurar de seguridad a sus asociados (NOZICK, 1988).

Si bien, lo mencionado con antelación parte de una premisa un tanto confusa y bajo un discurso neoliberal, no es óbice para reconocer que se está produciendo un cambio o, mejor, se está intensificando el discurso securitario. Se le ha llegado a denominar en la actualidad «Estado de la seguridad», que ha encontrado acomodo en diversos factores, por un lado, y como nos hemos referido con antelación, los desarrollos tecnológicos han creado una sociedad del riesgo (BECK, 1998); sin embargo, junto a este fenómeno del riesgo también han surgido otras patologías sociales que han contribuido a la creación del Estado-seguridad. Una de las más palpables es la cultura del miedo que, si bien se desarrolla en la propia sociedad del riesgo, se encuentra subordinada a un contexto de incertidumbre, lo que provoca la acentuación de una inseguridad social. Resulta innegable que existe miedo respecto a las cosas objetivas, como pueden ser las amenazas que proceden de las nuevas tecnologías o las que representan a nuevos enemigos sociales, etc. Este temor a la inseguridad parte de una gama efectiva, que va desde la inquietud hasta el terror a las catástrofes y se muestran de manera acuciante en cada momento respecto del miedo que resulta más idiosincrático (INNERARITY, 2004).

No obstante, cabe precisar que los problemas de inseguridad no son una anomalía social, como si se tratase de una falta de regulación que pueda corregirse con programas *ad hoc* sobre la materia. Más bien se puede decir que la inseguridad es la consecuencia de diversos procesos sociales. Si se observa con detenimiento la solicitud de la sociedad sobre la seguridad, esto tiene en gran parte que ver con que se hace necesario sustituir activamente formas sociales de control que han sido debilitadas por la propia sociedad (INNERARITY, 2004). En este sentido, podemos decir que el Estado de seguridad no es una mera forma de organización política, sino más bien es un proceso social que han adoptado los Estados en aras de su legitimación, pues no cabe duda que la seguridad es una garantía de estabilidad social (MARTÍNEZ PINSÓN, 2006).

Si bien últimamente se escuchan discursos en contra de la función de seguridad del Estado, ello no significa que dicha función sea ilegítima, antes bien, es una de las razones que precisamente dan origen y sustentación a su propia existencia, empero no se debe tomar dicho concepto a la ligera. Debemos ser precavidos en su adopción, pues no se puede olvidar que, en aras de la seguridad, los Estados pueden llegar a cometer las peores aberraciones, inclusive socavando los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se deben establecer mecanismos para encontrar el justo equilibrio entre seguridad y derechos fundamentales, pues no cabe duda que la mejor seguridad es la que se obtiene en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

2. LA SEGURIDAD COMO DERECHO

Hablar de un concepto tan ambiguo como lo es la seguridad, resulta difícil de contextualizar *so pena* de dejar de contemplar aspectos sustanciales que le atañen, ya sea de manera directa o indirecta. Si se entiende que la seguridad es una construcción

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

Por tanto, si se quiere establecer un concepto de seguridad cuando menos razonable, se debe atender a diversos aspectos que se encuentran intrínsecos precisamente en la propia noción de seguridad. Kaufmann (1973) señaló, refiriéndose a la seguridad, que esta es: «una idea de valor social»; de ahí que no se pueda observar como un valor naturalístico previamente dado. Sin embargo, al menos en el ámbito del Derecho, no se puede trasladar dicho concepto de la disciplina sociológica sin establecer instituciones propias del ámbito jurídico. Ello, para poder estar en condiciones de dar una respuesta adecuada a las necesidades en cuanto a seguridad se refiere pues, como correctamente ha señalado Gracia Martín (2016), la dogmática jurídica debe de sistematizar sus conceptos, pues tienen que ser elaborados para ser insertados y ordenados en un sistema en el que todos ellos se encuentren relacionados de determinada manera y en el que cada uno desempeñe funciones específicas, pero coordinadas y en completa armonía con los demás.

Pues bien, en el ámbito sociológico se ha estudiado la seguridad bajo cuatro aspectos diversos. Así, en un primer momento, se habla de seguridad cuando se hace referencia a la confianza en no ser defraudado y evitar riesgos. Esto se puede asociar a la ausencia de protección de peligros. Por otro lado, se observa la seguridad como el estatus del mantenimiento del nivel de vida alcanzado por los individuos y/o grupos sociales y la preservación del *estatus quo* social y político en el cual los ciudadanos se han instalado. Así mismo, se puede hablar de seguridad como una configuración institucional, que parece idónea para defenderse contra las amenazas internas y externas al orden social y político. Finalmente, en el ámbito jurídico, se podrá entender como la integridad de derechos, cuya protección es tarea principal del Estado; lo que da lugar a poder observar a la seguridad, bajo el prisma de los derechos fundamentales y, en términos legales, significará la protección frente al ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las reglas de convivencia y del modo de vida individual (KAUFMANN, 1973).

De lo anterior, se pueden vislumbrar diversos elementos que resultan indispensables para poder realizar una aproximación a un concepto tan árido y difícil de abarcar. Si partimos de la premisa básica de que el Estado debe garantizar la seguridad a sus ciudadanos, implícitamente colocaremos a dicho Estado en una posición de garante que no solo vela por la seguridad sino que además la proporciona. Es decir, tiene un papel tanto activo como pasivo; por lo que se entiende que la acción (en su más amplio sentido) del Estado no es otra cosa que la protección de los legítimos intereses de la sociedad, por lo que se consideran riesgos o peligros a todas aquellas acciones que perturben la paz social. Dicho de otra forma, el Estado debe velar por mantener libre de perturbaciones y conflictos el libre desarrollo de los derechos políticos y civiles de sus ciudadanos.

Este es precisamente el cometido del Estado moderno, mismo que se justifica como una alternativa frente a la anarquía, pues el deber del Estado para con sus ciudadanos cobra sentido en tanto proporciona, de manera cuando menos razonable, seguridad. Una ausencia de Estado no es capaz de actuar por sí misma para proveer de seguridad a los individuos o la sociedad, o al menos de forma ordenada. En este sentido, se puede afirmar que la protección de derechos a través del Estado garantiza el mínimo de violencia. Sin embargo, uno de los mayores problemas que se presentan es que, si

el objetivo principal del Estado es la seguridad, resulta muy probable que las acciones encaminadas a su consecución modifiquen, de manera más o menos grave, la vida social y política, con lo que a la postre se termina reduciendo la libertad de los ciudadanos que trata de proteger (LASSWELL, 1962).

Otro aspecto a tomar en consideración, en dicho concepto de seguridad, radica precisamente en qué se entiende, así como dónde se encuentran los límites de los legítimos intereses de la sociedad. Si bien entendemos que dichos límites corresponden a cada Estado, dependiendo de la situación social que viva, no se puede obviar que existen derechos irrenunciables que debe de respetar el Estado. Así pues, no solo basta la puesta en marcha de la seguridad, sino que además se deben proporcionar los medios para obtener y proteger los derechos más elementales de la sociedad. Por lo tanto, manifestar sin mayor argumento que la seguridad limita los derechos de los ciudadanos resulta cuando menos desatinado.

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

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

2.1. LA SEGURIDAD COMO LÍMITE A LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Si se toma un concepto *negativo* de seguridad, se llegará a la conclusión de que esta sirve como pretexto y justificación de limitación de derechos (BERNARDI, 2010). Resulta obvio que la seguridad restringe de manera patente las libertades, ya que estas se verán limitadas en tanto más se amplíe el derecho a la seguridad (PORTILLA CONTRERAS, 2012). En este sentido, se ha entendido que dicho concepto securitario además de ser una necesidad del ser humano también constituye una función del sistema jurídico. Sin embargo, en ambos casos, resulta carente de contenido, pues se entiende que la seguridad es una necesidad secundaria, tanto en el ámbito social como en el jurídico (BARATTA, 2004).

En el sistema jurídico, según esta postura, la seguridad tiene dos significados divergentes; por un lado, desde una referencia *ouput*, se plantea cual es la contribución del Derecho (como sistema de operaciones) en la seguridad de la sociedad. Cual es la validez empírica del Derecho a establecer la seguridad como un bien digno de protección (la seguridad concebida como un hecho). Por otra parte, y desde un punto de vista normativo, el fin de la seguridad se observa como la validez del derecho (seguridad

jurídica). Solo así se podrá establecer una interpretación *inpout* del sistema, pues la seguridad en el derecho se establece normativamente y no fácticamente (BARATTA, 2004). Por tanto, hablar sobre la validez de la norma significa que esta es clara y que protege los derechos de la sociedad a través de reglas y principios acorde con la Constitución.

Bajo este contexto, y según dicha teoría «negativa de la seguridad», no se puede concebir esta seguridad únicamente bajo la premisa de seguridad de los derechos pues, de otra forma, sería realizar un constructo superfluo y peligroso. De hecho se puede dar el caso que únicamente se seleccionen algunos derechos de grupos privilegiados y una prioridad de acción del aparato administrativo y judicial en su favor, lo que a la postre conlleva a limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Convenciones Internacionales (BARATTA, 2004).

Además de dichas limitaciones a los derechos fundamentales, también se pueden llegar a crear diversos problemas en el ámbito social. En aras de la seguridad, se generan políticas discriminatorias a favor de los derechos de ciertos sectores, garantizándolos a costa de los excluidos (BARATTA, 2004); por lo que las políticas securitarias, sin duda alguna, llevan a la inevitable reducción de la seguridad jurídica, que, dicho sea de paso, generan un sentimiento de inseguridad en la propia sociedad, pues resulta inevitable una selectivización de áreas de riesgo que vulneran derechos fundamentales.

De igual manera, este sector de la doctrina fundamenta que a mayor seguridad menores serán los disfrutes de las libertades individuales, pues resulta inevitable que bajo el concepto de seguridad se imponen estrategias de control (PORTILLA CONTRERAS, 2012) dignas de un Estado intervencionista. No se puede pasar por alto que la dimensión de seguridad, en la actualidad, se ha ampliado de tal forma que ha mermado otros bienes de vital importancia como la libertad y la justicia (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008).

Las consecuencias que se deducen de estos modelos de seguridad, en el ámbito jurídico penal, resultan abrumadoras, según este sector, pues con ello se regresa al ya desterrado Derecho penal de autor. Así lo único que prima es el peligro potencial del grupo de riesgo al que pertenece el infractor y no así el hecho cometido (PORTILLA CONTRERAS, 2012).

Por otro lado, los actuales modelos del Estado de seguridad tienen, como es lógico, su fundamento y función en la prioridad de dicho concepto. Dicha forma de Estado va más allá de las funciones protectores de asistencia a la sociedad; es decir, se transforma en un Estado intervencionista donde prima como eje fundamental la seguridad en su sentido más amplio. Ya no es suficiente el cuidado de situaciones personales y familiares, sino más bien la protección de peligros al sistema social (MARTÍNEZ PINSÓN, 2006).

Lo anterior, presenta graves problemas de incertidumbre pues, como se ha manifestado, el concepto seguridad es bastante poroso. Es el punto donde encuentra recoveco o justificación cualquier acto del Estado en aras de la seguridad (MARTÍNEZ PINSÓN, 2006). Por lo tanto, se puede entender, que se busque incesantemente la seguridad perdida, sobre todo en los nuevos riesgos, o se vuelva la mirada a los ya existentes: la pérdida de empleo, el deterioro del medioambiente, las nuevas y extrañas enfermedades. En resumidas cuentas, se busca la seguridad frente a la incertidumbre; sin embargo, el precio que se paga es precisamente la pérdida de seguridad.

Pues bien, la seguridad se ha convertido en un ente autónomo capaz de subordinar los demás derechos en razón de protección. La seguridad reside y se justifica por sí misma, por lo que los principios del Estado de derecho liberal se encuentran cuestionados, ya que la premisa principal ya no se basa en la persecución de delitos y prevención de peligros concretos, sino más bien en evitar riesgos que, en muchos de los casos, ni siquiera son imaginables. Esto tiene como consecuencia la renuncia a la individualidad y a la merma de los derechos de los ciudadanos (PORTILLA CONTRERAS, 2009).

El Derecho penal pasa de ser de un Derecho de *ultima ratio*, para bienes jurídicos, a un Derecho de *prima ratio*. Esto implica un Derecho penal funcionalizado como sistema de control de riesgos que representa un Derecho penal del riesgo, desarrollado como medio de control del delito hacia un sistema de control global. Este planteamiento, en aras de la seguridad, legitima la mutación de un Derecho penal liberal hacia un Derecho penal de policía, cuyas consecuencias son la eliminación del individuo en aras de la conservación de la sociedad. Así, se entiende que el Derecho únicamente sirve a fines sociales, se puede llegar al supuesto de que ya no sirva a los fines del individuo (PORTILLA CONTRERAS, 2009).

Por tanto, según este punto de vista, la seguridad es la premisa principal en los actuales modelos de política criminal totalitaria, justificada por el bien común, además de que su inclusión en el Derecho penal, como bien jurídico, conduce a la desaparición del actual principio de culpabilidad. Así, se potencia el regreso a un Derecho penal de autor, que ya se creía desterrado desde hace mucho tiempo y que motiva la creación de espacios donde el Derecho se ausenta (PORTILLA CONTRERAS, 2009).

2.2. LA SEGURIDAD COMO GARANTE DE DERECHOS

Todo ordenamiento jurídico se debe en gran parte al modelo de Estado en el que se encuentra inmerso. Podemos decir que el Derecho se encuentra sujeto a diversas dimensiones básicas, que lo dotan de un contenido y función determinadas. Por un lado, se debe atender en principio, a una dimensión social, en la que el Derecho surge con la firme vocación de garantizar un orden social, por lo que se entiende que el Derecho se integra en la sociedad a través de las normas establecidas por el propio Estado, es decir existe una interrelación de mutua dependencia. Sin embargo, no solo basta esta dimensión social, sino que también se necesita que dicha dimensión se encuentre normativizada, pues de nada sirve la garantía de un orden social determinado si este no se encuentra positivizado.

Resulta obvio que dicho orden social únicamente se puede alcanzar a través de la norma jurídica. ambas dimensiones quedarían incompletas si no se atendiese al ámbito axiológico y temporal, pues el primero atiende a la valoración de bienes imprescindibles para el aseguramiento de libertades y fines de justicia, así como la protección de bienes, mientras que la dimensión temporal se adecua a las otras dimensiones en un tiempo determinado. Solo se pueden valorar los elementos anteriores a través de un aspecto real, concreto y evolutivo (POLAINO NAVARRETE, 2017).

Pues bien, estas dimensiones del Derecho no bastan por si solas para establecer su legitimación, sino que, además, deben de estar en perfecta concordancia con la función que se le asigne al Estado. Así, en el Estado liberal se tiene como componente esencial, la idea de Estado de Derecho, es decir que emana de la voluntad general

del pueblo a través de sus representantes, en el cual radica la soberanía nacional (MIR PUIG, 1994); dicho modelo de Estado determina la exigencia de respeto a determinadas garantías formales a los poderes públicos, lo que trae de suyo que se aseguren las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos.

Mientras que el Estado liberal tiene como función la defensa social, lo cual se logra a través de la división de poderes y el principio de legalidad (MIR PUIG, 1994); cabe matizar que el Estado social trata de eliminar los límites que separan al Estado de la sociedad. Si bien en el Estado liberal se limita su propia función de actuación estatal, garantizando las garantías jurídicas de la sociedad; con dicho modelo (social) se pasa de un «Estado-arbitro» imparcial, a un «Estado-guardián» (MIR PUIG, 1994).

Estos modelos de Estado no se reemplazan unos a otros, sino más bien se superponen. Esto significa que el Estado liberal (de Derecho) no reemplaza al Estado social de Derecho, sino más bien se complementan en su dimensión de protección de la libertad en sus condiciones sociales (ISENSEE, 1983). En este sentido, la libertad de un Estado social y democrático de Derecho, es precisamente la libertad del estado civil, por lo que el libre ejercicio de los derechos supone un Estado que vele precisamente por la protección de los mismos. Así, resulta obvio que a través de la seguridad se establezcan las condiciones jurídicamente garantizadas para el uso y disfrute de los derechos.

Por tanto, no se puede decir (al menos sin caer en graves contradicciones sustanciales) que la seguridad limita la libertad de los ciudadanos, pues ambos conceptos (seguridad/libertad) son un binomio inseparable y no se pueden analizar de manera aislada; la libertad solo puede garantizarse a través de la seguridad, sobre todo a través de la prevención (penal) de nuevos riesgos (GÓMEZ MARTÍN, 2003).

En este sentido, se puede decir que el Estado trata de garantizar la seguridad, para evitar que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos por parte de otros ciudadanos. Por otro lado, en el ámbito de la libertad, es el propio Estado el que debe abstenerse de menoscabar los derechos que dice proteger, es decir nos encontramos con dos caras de la misma moneda. En el primer supuesto de protección, de seguridad, el Estado debe de realizar actos encaminados a proporcionar una seguridad efectiva que, en caso de conflicto, tengan una garantía de protección frente a peligros. Lógicamente dicha función no debe ceñirse únicamente a través de la promulgación leyes, pues la preservación de los bienes y la preservación del Derecho forman una unidad indisoluble. Así no se puede establecer como una antinomia de seguridad/libertad, sino más bien, son un complemento (ISENSEE, 1983).

Por otra parte, cabe señalar que si el Estado garantiza el libre ejercicio de las libertades a través de la seguridad, las primeras no se pueden desarrollar de cualquier manera, sino deben adecuarse al marco normativo. Dicho de otro modo, la libertad se presenta condicionada bajo un deber negativo (*nemimen laedere*), así como un deber positivo, es decir un compromiso por parte del Estado para con la colectividad o el deber de contribuir al bienestar de los demás (ROBLES PLANAS, 2013).

En principio, se puede justificar que la única restricción legítima de las libertades de un ciudadano, por parte del Estado, existe cuando sus acciones causan daño a otros (MILL, 2008). Se entiende que ninguna sociedad, ni ningún Estado están legitimados para intervenir en asuntos que solo conciernen a una persona. Sin embargo, si se analiza más allá del daño causado, se debe entender que no solo basta esto para

que intervenga el poder coactivo del Estado, sino además se encuentra legitimada su intervención cuando existen acciones que perjudican o ponen en peligro a terceros, de ahí que, con aquellas conductas que pongan en peligro bienes protegidos, resulta necesaria la intervención del Estado, ya que no son acciones reprobables, vicios o prácticas contrarias a la prudencia y la salud, sino que dichas conductas tienen consecuencias negativas para la colectividad (LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, 2001).

En efecto, el propio ordenamiento jurídico regula los deberes negativos para sus ciudadanos, que no es otra cosa que la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa de los demás, de ahí que la relación del individuo para con los demás consista en no dañar a otros a través de la configuración del propio ámbito de organización, mientras que los deberes positivos son configurables únicamente a quienes ocupan un *status* especial, ya que no solo basta la garantía que se desprende de su propio ámbito de organización, sino que además se le exige el mantenimiento de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización (JAKOBS, 2012).

Pues bien, entender que la seguridad es un derecho es hacer una interpretación correcta del propio ordenamiento jurídico y, en especial, el constitucional. Dicho concepto es un límite a las propias competencias del Estado, en el que se incluyen todas las funciones de protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, así como la propia garantía para el libre desarrollo de dichos derechos y libertades (ACOSTA GALLO, 2015). De ahí que, la seguridad es un derecho que solo puede alcanzar su legitimidad en los sistemas políticos democráticos y de Derecho; esto es, aquellos en los que prevalecen el principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues de otra forma estaríamos ante un Estado totalitario que esconde a través del mandato de la seguridad, para limitar y vulnerar los derechos y libertades que dice proteger.

3. ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Al igual que el concepto de seguridad, también el bien jurídico ha sido cuestionado en relación a la función que guarda con el Derecho penal (JAKOBS, 2001). Por un lado, se ha establecido que la función del Derecho penal no consiste precisamente en la protección de bienes jurídicos, sino más bien en la garantía de las normas en aras de mantener la configuración social y estatal (JAKOBS, 1997). Se entiende que estas posturas surgen, en gran medida, por la respuesta no siempre satisfactoria que ofrece la teoría del bien jurídico, pues como ha manifestado Gimbernat (2007): “...en la teoría del bien jurídico han empezado a parecer diversas grietas”. Bajo esta figura, encuentran cobertura diversas definiciones que carecen de contornos precisos y, en algunos casos, resulta harto difícil determinar a ciencia cierta qué es lo que se tutela en un tipo penal en concreto (bien jurídico).

Pues bien, las posturas que han señalado que el Derecho penal tiene una mera función de garantía basan sus premisas en que a través del Derecho no se garantiza la existencia de bienes jurídicos en sí, sino más bien que las personas no ataquen esos bienes (JAKOBS, 2001). La lesión al bien jurídico-penal no consiste en la afectación directa del bien, sino en la oposición a la norma que protege dicho bien, por tanto según esto el bien jurídico no es otra cosa que la vinculación práctica de la norma (JAKOBS, 1997).

En este sentido, se entiende que el bien jurídico no tiene mayor función que la protección de las expectativas normativas esenciales; pues si en el bien-jurídico se

puede establecer una estrecha conexión con el portador del mismo, ello en nada garantiza la necesidad de aseguramiento del bien en el ámbito jurídico penal. Por otra parte, cabe decir que tampoco los bienes reconocidos por el Derecho tienen protección absoluta, pues la sociedad no es una institución que conserve bienes o los optimice (JAKOBS, 1997).

Aunque las anteriores afirmaciones no resultan del todo desacertadas, es necesario realizar ciertas matizaciones. En primer lugar, es preciso poner de manifiesto que el bien jurídico no solo constituye un fin de protección, sino algo independiente de este, es decir que, además de la finalidad de protección, también es un medio con cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida (VON HIRISCH, 2007). Así, no se puede encajonar el bien jurídico a un fin meramente de protección, pues de lo contrario sería verlo únicamente como un resumen conceptual, de un resultado obtenido a través de diversas operaciones (SCHÜNEMANN, 2007); por lo que, tratar de establecer la seguridad cognitiva del ciudadano (confianza en la norma), es uno de los tantos fines que se le han asignado al Derecho penal, empero, no es el único, ya que la norma únicamente se entiende si tiene un efecto real en la protección de los intereses más relevantes (CORCOY BIDASOLO, 1999).

En su momento, Polaino Navarrete (1974) manifestó que, después de una larga y controvertida evolución del bien jurídico, no se ha podido prescindir del proceso de estructura sistemática que este ofrece. Sin embargo, las diversas doctrinas que tratan sobre el tema lo hacen desde aspectos puntuales, con lo que se destaca solo una parte en determinados momentos. En este sentido, se constituye la determinación de un concepto fragmentario (POLAINO NAVARRETE, 1974), por lo que resulta necesario atribuir a dicho concepto una estructura ajena a todo unilateralismo exclusivista y por tanto portadora de una plural relevancia, plena de sentido y consecuente con los postulados dogmáticos de un Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, resultan rechazables concepciones fragmentarias que operan en determinados círculos concéntricos (POLAINO NAVARRETE, 1974). Bajo este contexto, si no se quiere caer en concepciones parciales, se debe de analizar el bien jurídico bajo diversas estructuras. Por un lado, bajo una función dogmática; pues la antijuridicidad se entiende *grosso modo* como aquella conducta que menoscaba o pone en peligro al bien jurídico y, en estrecha relación con lo anterior, el bien jurídico ofrece una función clasificatoria y de interpretación de elementos de los cuales se sirve el legislador para la formulación de los tipos penales (SANZ MORÁN, 2009).

Por otra parte, el bien jurídico establece una función sistemática, que sirve de clasificación de los tipos penales. Sirve como criterio ordenador, que clasifica y distingue los diversos delitos; por otro lado, también juega un papel de interpretación, ya que, de la determinación del bien jurídico, se excluirán del ámbito de aplicación aquellos comportamientos que no se dirijan a lesionar o poner en peligro los objetos protegidos por el tipo penal. Finalmente, tiene una función de individualización de la pena, ya que, dependiendo de la gravedad del ataque al bien jurídico, servirá de pauta para individualizar el marco de punibilidad que se encuentra determinado en el tipo penal en específico (MÁRQUEZ CISNEROS, 2016).

Desde el ámbito político criminal, el bien jurídico sirve como referencia limitadora para aquellos valores o intereses merecedores de protección. Sin embargo, es preciso

añadir que, si bien dichos valores o intereses corresponden en gran parte a la moral social de una época determinada, ello no significa de manera alguna que todas las conductas inmorales deban de ser protegidas por el Derecho penal. Huelga decir que el bien jurídico juega un papel limitador al poder punitivo (MIR PUIG, 1989-1990), pues este marca la pauta al legislador para que solo se puedan castigar (a través del Derecho penal), conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, es decir, cumple una función de garantía (MÁRQUEZ CISNEROS, 2016).

Si bien, queda claro que en dicho concepto no se pueden obviar las diversas funciones que tiene el bien jurídico. Tampoco se puede desconocer que no se puede prescindir de que dicho concepto compone un juicio de valor, que debe de estar orientado a las disposiciones constitucionales que justifiquen su protección a través del Derecho penal. Dicho de otra manera, el bien jurídico es un valor abstracto del orden social, en el que su defensa y protección está interesada la sociedad y cuya titularidad puede corresponder tanto a la persona como a la sociedad (JESCHECK y WEIGEND, 2002).

3.1. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

Se entiende que los bienes jurídicos colectivos son aquellas situaciones o estados esenciales compartidos por la sociedad (de manera general), cuya protección (penal) resulta primordial para la convivencia y el desarrollo de esta (MÁRQUEZ CISNEROS, 2016). Bajo esta concepción, se considera que los bienes jurídicos colectivos tiene un carácter universal, fundamentador del propio sistema social (BUSTOS RAMÍREZ, 1987).

En este sentido, cabe destacar que los bienes jurídicos colectivos presentan unas estructuras peculiares que los distinguen sustancialmente de los bienes jurídicos individuales. No se puede considerar bienes jurídicos colectivos la suma de intereses individuales, ya que la titularidad compartida es solo un presupuesto lógico, mas no su fundamento. Así, para poder realizar una sistematización aproximada, se deben tomar en cuenta diversos aspectos, más allá de la simple titularidad compartida.

Pues bien, para una correcta sistematización de los bienes jurídicos colectivos es necesario atender a diversos criterios, tales como: **no exclusión** (en su uso), **no rivalidad** (en el consumo), **no distributividad** y **no desgaste** (HEFENDEHL, 2002). En efecto, se atiende al criterio de no exclusión para hacer referencia a aquellos supuestos en los que, por la propia naturaleza del bien jurídico, no se permite el uso privativo del mismo, sino que su utilización es común a todos, pues el uso y disfrute de tal bien no perjudica ni impide que diversas personas lo puedan utilizar (HEFENDEHL, 2002).

El criterio de no rivalidad establece que el aprovechamiento individual de los bienes no obstaculice ni impida el aprovechamiento de terceros, por lo que no supone un uso restrictivo en detrimento de terceros, sino que su uso puede ser compartido, sin que con ello se menoscabe dicho bien para ninguno de sus titulares. Por lo que respecta a la no distributividad del bien jurídico, se entiende en aquellos casos en los que resulte imposible dividir en partes dicho bien, ya sea que dicha indivisibilidad provenga del ordenamiento jurídico, del mundo fáctico o conceptual. No se puede perder de vista que dicho consumo se debe realizar conforme al ordenamiento jurídico o a su propia y especial naturaleza, pues de otra forma puede ser destruido o reducido (HEFENDEHL, 2002).

Finalmente, en el criterio de no desgaste del bien, se entiende que con independencia de su uso reiterado el bien no sufre ninguna alteración, ni física, ni jurídica. En base a esta sistematización, se puede dividir este criterio en tres grupos; por un lado, bienes jurídicos colectivos referentes a la **organización del Estado** y su puesta en práctica, usada por los miembros de la sociedad (en sentido estricto); por otra parte, los bienes tutelados en los delitos medioambientales que, a diferencia de los anteriores, el Estado no puede poner a disposición de la sociedad con un uso y disfrute ilimitado, pues estamos ante realidades naturales; por último, se encuentran aquellos bienes a los que puede recurrir la sociedad en un determinado ordenamiento y se hallan libres de desgaste, pues de lo contrario el Estado no podría garantizar la protección de un bien jurídico colectivo (HEFENDEHL, 2002).

3.2. PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA SEGURIDAD

La fundamentación *grosso modo* de la existencia del Derecho penal se establece en relación a la lesión de bienes jurídicos (HASSEMER, 2003). Ello, obviamente, cumple con la función de evitación de amenazas (con pena) a conductas que ponen en peligro o lesionan a los citados bienes. A juicio de cierto sector de la doctrina (denominado escuela de Frankfurt), el moderno Derecho penal ha instrumentalizado la protección de estos bienes jurídicos a través de los delitos de peligro (abstracto), para los que solo es necesaria la comprobación de un presupuesto de hecho, que se ha establecido con antelación como peligrosa (HASSEMER, 2003).

Bajo este punto de vista, se ha venido permeando al Derecho penal como un instrumento efectivo de conducción y contraconducción, utilizado como política interna de seguridad, economía, salud, medioambiente, etc. De ahí que, en la actualidad, el Derecho penal se ha alejado de sus principios y funciones, que no son otra cosa que la protección jurídica y garantía de las libertades, pues lo contrario conduce a la vulneración de derechos. Solo se debe acudir al *ius poenale* de forma subsidiaria como *ultima ratio*, limitándose a unas pocas lesiones especialmente graves (HASSEMER, 2003), lo que se traduce en gran medida a la proliferación de la protección de bienes jurídicos colectivos, a través de tipos de peligro abstracto (HERZOG, 1991).

No obstante a los argumentos anteriores, cabe decir que no se puede perder de vista que una efectiva protección no solamente se puede establecer a través de mecanismos *ex post*, para castigar la conducta ya realizada, sino que de igual forma resulta efectivo el adelantamiento de barreras de protección, pues si lo que realmente se busca es una efectiva protección no se puede renunciar, *so pena* de dejar cumplir con una de las funciones asignadas al Derecho penal, a la protección de tales bienes (JAKOBS, 2001).

Se entiende que, en una sociedad de libertades, no resulta suficiente con normas que únicamente establezcan deberes negativos de injerencia en la lesión de un bien. En la sociedad que basa sus relaciones en la configuración de libertades, el legislador debe fijar sus objetivos y confiar en que las personas organizan su ámbito de libertad de acuerdo a los objetivos previamente dados a través de la norma penal. Sin embargo, si únicamente se quedase en un plano de observador, no cumpliría sus fines, pues dejaría en manos de terceros dicha función de protección; por lo anterior, el legislador ha de asumir la administración centralizada de tales fines. Dicho de otra forma, el

legislador establece en qué modalidades la conducta de alguien ya pone en peligro (aunque que sea de manera abstracta) tales bienes, con independencia de que ese infractor en concreto tenga una opinión divergente (JAKOBS, 2001).

Pues bien, en tanto que al Derecho penal se le ha atribuido la competencia de seguridad heterónoma, entendiéndose esta como aquella que el ciudadano no puede procurarse *per se*, o solo lo podrá hacer a través de un gran esfuerzo (KINDHÄUSER, 1989), en un Estado de libertades establecer la seguridad como bien jurídico no solo resulta correcto, sino también indispensable, pues si lo que se busca es la protección de bienes, frente a la interferencia de terceros, no se puede restringir dicha protección a la evitación de lesiones. Estos, como de manera descriptiva señala kinhäuser (1989), no son una pieza de museo, sino son parte del mundo social, por lo que dichos bienes deben de gozar de protección no solo frente a lesiones de otros, sino que se debe de posibilitar la libre disposición y su desarrollo en el ámbito personal.

En este sentido, se puede encontrar la base que justifique establecer la seguridad como un bien digno de protección, más aún si se entiende que el fundamento y legitimidad de todo bien jurídico remite de manera indirecta al contrato social y a la finalidad para la cual el Estado fue creado (GRACÍA MARTÍN, 2011). No cabe duda que es en el contrato social donde se establece la razón de ser del Estado; y esta no es otra cosa que proveer de seguridad a sus ciudadanos.

Precisamente dicha justificación se viene fundamentando desde diversas teorías contractualistas, ya Hobbes (1980), en su obra el *Leviathan*, establece *grosso modo* que el ser humano renuncia a la violencia precisamente para tener seguridad. Se entiende así que dicha renuncia no es incondicional, pues como en todo contrato existe una obligación mutua de las partes y, si entendemos que los ciudadanos ceden parte de su libertad natural al *Estado-Leviahatan*, este debe de garantizar la seguridad, de lo contrario incumple su parte del contrato y por tanto no puede exigir el retorno al estado de naturaleza. Aunque se entiende que dicha seguridad no puede garantizarse de manera absoluta por ningún Estado, ello no es óbice para que se establezcan medidas efectivas que aseguren la paz social.

Bajo este modelo de Estado se puede configurar ese derecho a la seguridad, pues no podemos pasar por alto que es precisamente en el estado moderno donde se toman las decisiones y ejecutan las acciones, en aras de la paz ciudadana a través del monopolio de la utilización de la violencia física (legítima). Así, el ciudadano sometido a este contrato social no puede hacerse justicia por su propia mano, pues tanto la justicia como la seguridad provienen de reglas previamente establecidas al configurarse la sociedad civil.

Una generación más tarde, Locke (2010), en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, establece ya las diferencias entre la seguridad que debe proveer el Estado y la seguridad ante las propias actuaciones del Estado pues, al contrario que Hobbes, establece medidas de protección a los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones arbitrarias del Estado. Se entiende que la seguridad no solo se logra a través del sacrificio de la libertad propia de un Estado absoluto, sino, antes bien, el Estado debe de estar vinculado al Derecho. Así, la paz y la seguridad pueden coexistir pacíficamente sin que una excluya a la otra.

Este ideal securitario no solo se presentó en las diversas teorías contractualistas, sino que además encuentra su plasmación en diversas normas fundamentales. Ya desde la constitución norteamericana (Sección 3 de la Virginia *Bills of Rights* de 12 de junio de 1776) podemos observar que el gobierno se instituye en aras de proteger la seguridad del pueblo y el bienestar general; asimismo, en la propia declaración de independencia de los Estados Unidos de Norte América se establece la seguridad como un derecho inalienable de las personas (ISENSEE, 1983).

En Europa, una de las declaraciones más importantes sobre el derecho a la seguridad se puede ver en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. En ella se propone que la libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos deben tener una protección social que sea capaz de resistir todas las agresiones. Esta idea sobre la seguridad como un derecho digno de ser tutelado ha precedido todas las constituciones de los Estados democráticos; incluso ha alcanzado rango internacional en diversos instrumentos, solo por mencionar uno de ellos, el propio Tratado de la Unión Europea contempla la seguridad como eje fundamental.

Se entiende que si la seguridad es motivo y fundamento de la existencia de los Estados, que incluso ha alcanzado rango constitucional y es premisa de múltiples declaraciones internacionales, es así porque la seguridad es un bien en sí mismo que no solo debe de ser digno de tutela en marcos internacionales o constitucionales, sino también en su vertiente más radical, como lo es el Derecho penal. No podemos perder de vista que el bien jurídico se concibe como las condiciones jurídicamente garantizadas de libre desarrollo del individuo, en una sociedad concretamente configurada (KINDHÄUSER, 1989). Aún más allá, no se puede configurar una sociedad que no tenga seguridad, pues para que el Estado se encuentre en óptimas condiciones de cumplir con su parte del contrato, se debe de valer de diversos mecanismos, entre los cuales se encuentra el poder sancionar conductas que afecten la seguridad de sus miembros.

Por tanto, establecer la seguridad como bien jurídico, no solo es correcto sino que con ello se cumple la función de legitimidad y garantía, ya que es precisamente a través de la seguridad donde se deriva el potencial de los individuos para ejercer de manera libre sus derechos. Estos mismos sirven para la propia autorrealización de todos y cada uno de los que componen la sociedad (BUSTOS RAMÍREZ, 1987). De ahí que no se pueda negar que la seguridad no es un bien jurídico. Representa un substrato ideal compartido solidariamente por toda la sociedad y cuya conservación y desarrollo compete precisamente al Estado.

Más aún, se puede decir que la legitimidad del bien jurídico seguridad se fundamenta en que a través de ella se maximizan las posibilidades de uso y consumo de los otros bienes. De esta forma la seguridad deja de ser un ideal social para pasar a ser un valor que sirve para posibilitar el uso de los demás derechos. Es decir, no los excluye, sino que los complementa. En base a ello, adquieren *per se* la condición de bien, además de que dicho bien jurídico penal presenta una doble función; por un lado la garantía de conservación y utilización de los otros bienes y, por otro, ejerce una función de tutela para la evitación de interferencias arbitrarias del Estado en la esfera personal de los ciudadanos. La seguridad no solo vela por la potenciación de los demás derechos, sino que sirve de garante en contra de las actuaciones del propio Estado.

Con lo anterior, no se quiere decir que la seguridad siempre esté ligada a la existencia de otros bienes. También tiene un papel autónomo derivado de la exigencia ética social y política de los fines que persigue todo Estado social y democrático de Derecho. No podemos pasar por alto que, si es ciertamente la seguridad la que potencia y permite el libre desarrollo de los demás derechos, es precisamente una obligación del Estado promover las condiciones de libertad e igualdad del individuo, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de los ciudadanos en la sociedad y esto no se puede lograr si no existiese un Estado que provea de seguridad a sus ciudadanos.

Si bien, se puede objetar en un principio que elevar la seguridad a la categoría de bien jurídico-penal puede vulnerar los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio*, ello queda desacreditado, en el sentido de que la alteración de la seguridad puede causar un daño social. Huelga decir que no solamente los bienes jurídicos que presentan un contenido material son susceptibles de lesión o puesta en peligro. Así, correctamente señala Gracia Martín (2011), la corporeidad no constituye el bien jurídico, sino antes bien es simplemente una realidad material de su substrato (el cual generalmente es de carácter incorpóreo), máxime que la propia identificación del bien jurídico radica en los propios procesos y procedimientos previamente determinados en los diferentes estadios comunicativos, cuya finalidad consiste en el favorecimiento e incremento de las posibilidades de acción, por igual para los participantes, en el ámbito social que se trate (GRACIA MARTÍN, 2011).

Por tanto, se puede decir que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico seguridad no es otra cosa que desestabilización de las circunstancias o procedimientos, respecto al modelo de ordenación previamente establecido. De ahí que la protección jurídico penal de la seguridad resulte autónoma, pues no se encuentra sujeta a la producción de ninguna lesión o peligro para los diversos bienes jurídicos que se protegen de manera independiente. La seguridad es la que da cobertura al uso legítimo de los derechos y libertades que, dicho sea de paso, no se encuentra tutelada en la estructura típica de los diversos tipos que protegen estos derechos y libertades.

Por otra parte, el daño que sufre el bien jurídico seguridad no se puede entender como la destrucción física de dicho substrato, pues sería un imposible lógico destruir un ente inmaterial como lo es la seguridad, por lo que debemos entender que este bien jurídico sufre un daño en cuanto que se disminuye la posibilidad de utilización de los diversos derechos y libertades de la propia comunidad. Finalmente, cabe señalar que la protección del bien seguridad, a través del Derecho penal, no entra en conflicto con el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. Si entendemos que el Derecho penal deja de ser necesario cuando existen otros mecanismos menos lesivos (MIR PUIG, 2016), resulta incuestionable que para la seguridad, además de ser valor sustancial para la sociedad, no existe otro medio menos lesivo de protección, pues si se puede argumentar que es competencia del Derecho administrativo sancionador la seguridad, ello es únicamente en cuanto a nivel preventivo y frente a conductas que revisten una entidad menor, y no así frente a ataques más lesivos, por lo que a nuestro juicio el Derecho administrativo sancionador resulta insuficiente para tutelar el bien jurídico seguridad, de ahí que no solo se encuentre legitimado el Estado a través del Derecho penal para su tutela, una amarga necesidad en los tiempos que corren.

Con lo anterior, no se quiere decir que cualquier conducta (por mínima que sea), que atente contra seguridad, deba ser criminalizada, pues ello sería dar patente de corso para que, en aras de la seguridad, se criminalicen todas las conductas que al legislador le apetezca. Así, para estar en condiciones de tutelar a través del Derecho penal, debemos establecer filtros de racionalidad en su tutela, por lo que podemos concluir que es necesaria la tutela de la seguridad a través de la norma penal, pero eso sí con las máximas garantías que debe prestar todo Estado social y democrático de Derecho.

4. CONCLUSIONES

Primera. En la últimas décadas, el fenómeno securitario ha venido a cobrar gran relevancia en el ámbito social. Esto se debe a diversos factores, como son las castastrofes naturales o los propios riesgos manufacturados. Es decir, aquellos que surgen de los propios inventos del hombre, lo que genera en gran medida un sentimiento de inseguridad, pues las consecuencias de tales catástrofes son difíciles o casi imposibles de preveer.

Segundo. De las teorías contractualistas hasta las declaraciones sobre los derechos fundamentales, la seguridad ha tenido un papel relevante, pues no cabe duda que esta es la esencia y razón de ser de los Estados. La libertad sin seguridad es la anarquía y la seguridad sin libertad es propia de los estados totalitarios. Por tanto, es necesario encontrar el justo medio para que ambas instituciones encuentren respaldo la una en la otra.

Tercero. Dado que el vocablo «seguridad» es polisémico, es necesario acotar sus límites y dimensiones, pues se corre el riesgo de establecer un concepto demasiado amplio que dé lugar a interpretaciones demasiado laxas que, a las postre, terminen vulnerando derechos fundamentales. Así, para tener una aproximación de dicho concepto es necesario abordarlo desde diversas perspectivas.

Cuarto. No obstante, que los discursos de minimalización del Derecho penal rechazan la seguridad como bien jurídico, puesto que -según alegan- es un pretexto para recortar garantías y derechos fundamentales, y se abandonan los principios limitadores que sustentan el Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho, también, se abandona un derecho penal de *ultima ratio* para convertirse en un Derecho de *prima ratio*. No obstante, este discurso resulta carente de contenido, pues a través de la seguridad es como la sociedad puede desarrollar los derechos y garantías. Su uso y disfrute depende en gran medida de la propia seguridad que brinda el estado para su desarrollo.

Quinto. Finalmente, al establecer la seguridad como un valor social, se potencian de manera intrínseca los demás derechos. De ahí que sea indispensable su tutela por vía penal y no solo, así como un complemento de utilización, pues la seguridad *per se* es digna de protección, ya que su legitimación se encuentra precisamente en las garantías que ofrece para el uso y disfrute de los demás bienes.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Gallo, P. (2015). *Derecho de la Seguridad, Responsabilidad Policial y Penitenciaria*. Valencia: Tirant lo Blanch. Recuperado a partir de <http://fama.us.es/record>

- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema penal (compilación in memoriam)*. (L. Quiroz Ignacio, Trad.). Monetvideo-Buenos Aires: BdeF.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. (J. Navarro & D. Jimenez, Trads.). 1998: Paidós.
- Bernardi, A. (2010). Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. *Política criminal*, 5(9), 68-113.
- Bustos Ramírez, J. (1987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU.
- Corcoy Bidasolo, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Giddens, A. (1994). *Consecuencias de la modernidad*. (A. Lizón Ramón, Trad.). Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E. (2007). presentación. En R. Hefendehl (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- Glaessener, G. J. (2002). Sicherheit und Freiheit. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 10/11.
- Gómez Martín, V. (2003). La seguridad, ¿mata o garantiza la libertad? Teorización. *Revista Catalana de Seguretat pÚBLICA*, 13.
- Gracia Martín, L. (2011). *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. México, D.F.: Ubijus.
- Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. (P. S. Ziffer, Trad.) (2.ª ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Hefendehl, R. (2002). *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns.
- Herzog, F. (1991). *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg: v. Decker.
- Innerarity, D. (2004). *La sociedad invisible*. Madrid: Espasa.
- Isensee, J. (1983). *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982 - erweiterte Fassung*. Berlín: De Gruyter.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras & J. Luis SerranoGonzález de Murillo, Trads.) (2, corregi ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2001). *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (M. Cancio Meliá, Trad.). Chile: Ediciones jurídicas cuyo.
- Jakobs, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) (5ta. corre). Granada: Comares.

- Kaufmann, F. X. (1973). *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*. Stuttgart: Lit Verlag.
- Kindhäuser, U. K. (1989). *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Lasswell, H. D. (1962). The Garrison-state hypothesis today. En S. P. Huntington (Ed.), *Changing patterns in military politics*. Nueva York: Free Press.
- López de la Vieja de la Torre, M. T. (2001). El principio del daño: (de J. S. Mill a H. Arendt). *Telos. RIEU*, 10(2).
- Mapelli Caffarena, B. (2017). Seguridad privada y sistema penal. En S. Bacigalupo Saggese, B. J. Feijoo Sánchez, y J. I. Echano Basaldua (Eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Ramón Areces.
- Márquez Cisneros, R. (2016). *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*. Madrid: Marcial Pons.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2008). Artículo 6. Derecho a la libertad y a la seguridad. En A. Mangas Martín (Ed.), *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao, España: Fundación BBVA.
- Martínez Pinsón, J. (2006). Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de Seguridad. En M. J. Bernuz Beneitez & A. I. Pérez Cepeda (Eds.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. La Rioja: Universidad la Rioja.
- Mill, J. S. (2008). *Sobre la libertad*. (C. Rodríguez Braun, Trad.). Madrid: Tecnos.
- Mir Puig, S. (1989). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del «lus puniendi». *Estudios penales y criminológicos*, 14, 203-216. Recuperado a partir de <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4205>
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. (V. Gómez Martín & V. Valiente Ivañez, Eds.) (10.ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. (R. Tamayo, Trad.). México, D.F.: Fondo de cultura económica.
- Polaino Navarrete, M. (1974). *El bien jurídico en el Derecho penal*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Polaino Navarrete, M. (2017). *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (3 corregid, Vol. I). Madrid: Tecnos.
- Portilla Contreras, G. (2009). El regreso del concepto «seguridad del estado» como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.UU. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 43, 93-115.

Portilla Contreras, G. (2012). *El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*. Madrid: Iustel.

Robles Planas, R. (2013). Deberes negativos y positivos en Derecho penal. *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4.

Sanz Morán, Á. (2009). Reflexiones sobre el bien jurídico. En J. C. Carbonel Mateu, J. L. González Cussac, E. Orts Berenger, & M. L. Cuerda Arnau (Eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario dl profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Vol. II, pp. 1753-1769). Valencia: Tirant lo blanch.

Schünemann, B. (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales de interpretación. En R. Hefendehl (Ed.), M. Martín lorenzo (Trad.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derechp penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 197-226). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (3.^a ed.). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

Von Hirsch, A. (2007). El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». En R. Hefendehl (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derechp penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 35-52). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Fecha de recepción: 06/10/2017. Fecha de aceptación: 18/12/2017