

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

Análisis del fin de la pena en el Ecuador

AUTOR:

Gregory Xavier López Gallo

Trabajo de titulación

Previo a la obtención del grado de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

TUTOR:

Ab. Kléber David Siguencia Suarez

Guayaquil, Ecuador

2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **López Gallo, Gregory Xavier**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

AB. SIGUENCIA SUAREZ, KLÉBER DAVID

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

AB. LYNCH FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL

2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **López Gallo, Gregory Xavier**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Análisis del fin de la pena en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

EL AUTOR

f. _____

López Gallo, Gregory Xavier

2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **López Gallo, Gregory Xavier**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Análisis del fin de la pena en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

EL AUTOR:

f. _____

López Gallo, Gregory Xavier

REPORTE URKUND

URKUND

Documento [Tesis Gregory Lopez5.docx](#) (D48073368)

Presentado 2019-02-18 20:10 (-08:00)

Presentado por maritzareynosodewright@gmail.com

Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Tesis Gregory Lopez [Mostrar el mensaje completo](#)

0% de estas 21 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo
+	Fuentes alternativas	
+	Fuentes no usadas	

Sr. Gregory Xavier López Gallo
Estudiante

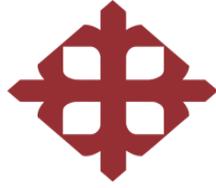
Ab. Kléber David Siguencia Suarez
Docente - Tutor

AGRADECIMIENTO

A Dios, mis padres, profesores, con especial mención a mi tutor, y a todos aquellos quienes me acompañaron a lo largo de la carrera universitaria.

DEDICATORIA

A mis padres, Gregorio Malaquías López Cerezo e Ida María Gallo Guaranda, todo se los debo a ellos.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. José Miguel García Baquerizo

DECANO DE CARRERA

f. _____

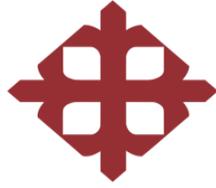
Dra. Maritza Reinoso de Wright

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Eduardo Xavier Monar Viña

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2018
Fecha: Guayaquil, 19 de febrero de 2019

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **ANÁLISIS DEL FIN DE LA PENA EN EL ECUADOR**, elaborado por el estudiante **GREGORY XAVIER LÓPEZ GALLO**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10/10 (DÍEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

f. _____
Ab. Kléber David Sigüencia Suarez
Docente Tutor

Contenido

Introducción	2
Capítulo I.....	4
Evolución histórica de la pena.....	4
Definición de pena.....	6
Teorías entorno al fin de la pena	7
Teorías absolutas.....	7
Teorías relativas	9
Teorías de la unión.....	12
Conclusiones parciales	14
Capítulo II	15
Principio de proporcionalidad y prevención general	15
Calidad y cantidad de pena adecuada	16
Principio de culpabilidad como límite al poder punitivo	22
Probabilidad de castigo.....	24
Conclusiones	27
Recomendaciones.....	28
Bibliografía.....	29

Resumen

Frente a la transgresión de alguna norma corresponde al Estado a través de sus organismos competentes la imposición de una pena, que de por sí supone la carga de un mal, o la restricción de derechos, como hoy en día se la ha llegado a concebir; dicha privación de derechos encuentra su justificación solo en la persecución de un fin legítimo. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, la pena en nuestro país, asume una función utilitaria consistente en la prevención general de los delitos, que se bifurca en una corriente negativa o intimidatoria, y en una positiva o integradora. Un modelo de Estado garantista de derechos como el nuestro supone la limitación de la pena, consecuentemente del fin preventivo general negativo y de la intervención del derecho penal, por principios como el de culpabilidad y el de proporcionalidad, que facilitaran parámetros para la determinación de penas adecuadas indistintamente del fin que se persiga; además de aquello, tal modelo de Estado demanda la persecución del fin preventivo general por la vía positiva.

Palabras claves: Pena, fin de la pena, prevención general, prevención general negativa, prevención general positiva, proporcionalidad, culpabilidad.

Abstract

The State has the competence to punish citizens when they act against law. This punishment involves the imposition of a damage or restriction of rights to individuals as many authors have conceived it nowadays. But this restriction is only justified if it seeks for a legitimate purpose. Since 2014, our legal system has recognized a utilitarian purpose of criminal sanctions. This is the general prevention of crimes that may be seen in two perspectives, a negative one or intimidatory and a positive one or integrating prevention. States that assume a role of granters of individual rights, as ours, must limit sanctions, and that involves cutting down the negative perspective of general prevention of crimes, and also decreasing the intervention of criminal law in certain matters due to the enforcement of the culpability and proportionality principles, both principles would provide parameters to determine the suitable punishment no matter the purpose the punishment intends to seek, moreover, this role of granter demands that the State adopts also the positive perspective of the general prevention of crimes.

Key words: Punishment, purpose of punishment, general prevention, negative general prevention, positive general prevention, proportionality, culpability.

Introducción

A lo largo de la historia podemos advertir la necesidad del hombre de vivir en sociedad, dicha necesidad de convivir entre iguales trajo consigo conflictos propios de la interacción de los miembros de cada comunidad. Generalmente, producidos por desviaciones de la conducta de un individuo con respecto a la del resto. Para prevenir aquello, el ser humano siempre ha requerido de mecanismos que eviten, controlen y sancionen aquellas conductas desviadas de ciertos individuos, permitiendo salvaguardar determinados bienes jurídicos.

La pena existió desde civilizaciones primitivas, con estructuras sociales arcaicas, que tenían como su único objeto sobrevivir y satisfacer sus necesidades básicas; y que aún no contemplaban lo que hoy en día nosotros conocemos como Derecho penal a efectos de sancionar la comisión de delitos; pero ya, vislumbraban mecanismos de reacción violenta que, con el paso de los años y producto del desarrollo, así como de la civilización del ser humano, fueron socialmente rechazados por considerarse como deshumanos, esto produjo que se instauraran mecanismos formales de reacción frente a determinadas conductas consideradas como desviadas.

Pasamos de un periodo donde el *ius puniendi* era de carácter privado, perteneciente generalmente a la víctima o al jefe del hogar y donde la pena carecía de cualquier finalidad; a un periodo en que el *ius puniendi* se torna una cuestión de carácter público, donde es el Estado aquel llamado a imponer las penas, las mismas que se encuentran dotadas de una finalidad social, y con esto surgen nuevos mecanismos que procuraban dejar a un lado la idea de retribuir un mal con otro al delincuente, e incorporaban la idea de mantener el orden social, modular la conducta de los individuos y prevenir la repetición de dichas conductas lesivas para la sociedad.

Hoy en día, es indiscutible que el Estado es el titular absoluto del poder-deber de castigar, con el objeto de perseguir la protección de bienes jurídicos, el Estado se encuentra facultado para exigir determinados modelos de conductas y sancionar las lesiones producidas a bienes jurídicos tutelados; entonces nos concierne también, identificar el rol que debe desempeñar la pena para coadyuvar a la protección de dichos bienes jurídicos. El Derecho penal se manifiesta como una herramienta indispensable, cuya naturaleza es esencialmente sancionadora, y se hace palpable mediante la imposición de la pena; pero así mismo vale resaltar su carácter subsidiario, ya que conforme al principio de mínima intervención penal

debe ser el último recurso al cual debe recurrir el Estado a efectos de brindar protección a determinados bienes jurídicos cuyo amparo, el Estado y la sociedad, han considerado como indispensable a efectos de garantizar el libre desarrollo del ser humano.

La imposición de la pena, *per se* implica vulneración a bienes jurídicos, como la libertad del condenado por mencionar un ejemplo, por lo cual la misma se encuentra justificada siempre que se persiga un fin legítimo que nos conduzca al mantenimiento del orden social. La legitimación del fin de la pena nos conlleva a justificación misma de la existencia del derecho penal, considerando que tanto la finalidad de la pena como la función del derecho penal guardan una estrecha relación, por cuanto, cuando nos referimos a la función del derecho penal es indispensable hacer alusión a la finalidad de la pena; debido a que, toda teoría de la pena básicamente expresa el rol que debe cumplir el derecho penal.

No existe un criterio uniforme respecto al fin que debe desempeñar la pena en la sociedad, por un lado tenemos a quienes consideran a la pena como mero mecanismo de retribución del mal; y por el otro lado, a todos aquellos partidarios de dotar a la pena de un fin utilitario social. Lo cierto es que con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014 nuestro país ha adoptado una postura sólida, entonces nos concierne analizar el alcance de dicha postura, las limitaciones; así como también, las críticas, con el objeto de procurar, en la medida de lo posible establecer criterios que permitan alcanzar la eficacia del fin propuesto en nuestro país.

Capítulo I

Tanto el contenido como la forma del derecho penal, en conjunto con la pena, han sufrido cambios en la medida en que ha evolucionado el ser humano. A lo largo de cada periodo hay que reconocer la lucha constante en procura de que se reconozca al hombre como persona, es decir como un ser dotado de autonomía moral.

Autores como Eugenio Coello Calón consideran a la pena como un hecho universal que ha existido desde siempre, en todo lugar y en todo momento (Cuello, 1958). Ha existido, ya sea promovida por un interés exclusivo de venganza, por el deseo de mantener una convivencia en armonía dentro de la sociedad, o incluso promovida por el deseo de rehabilitar al delincuente. Mientras que otros, como el Dr. Zavala Baquerizo (1986) consideran que en comunidades primitivas no podríamos referirnos en sentido estricto a pena, sino a castigo, ya que “(...) aún el grupo social no se había arrogado el poder de penar, esto es, de imponer una sanción excluyente de cualquier otra proveniente de ciertos sectores familiares del grupo” (p. 67). Esta resulta una reflexión interesante si se requiere estudiar el origen de la pena, en sentido estricto, pero este trabajo pretende dilucidar la necesidad y el fin que persigue la misma, sin distraernos en su denominación.

Evolución histórica de la pena

Partimos de la idea de que el hombre por naturaleza, es un ser que requiere y busca siempre estar rodeado de sus iguales, busca vivir en sociedad. Dicha convivencia en comunidad trae problemas propios de la interacción de sus miembros, los mismos que en un comienzo eran resueltos por las propias manos de las víctimas, aquel periodo salvaje ha sido denominado por la doctrina como venganza privada. Durante aquel periodo, para efectos de imposición de la pena primaba el deseo de venganza, que empujaba al ofendido siempre a causar un daño mayor al que recibió, hasta llegar a un punto en que las reacciones a las conductas lesivas pasaron a ser totalmente desmedidas; surgiendo así, la imperiosa necesidad de establecer un sistema que limite dicho abuso.

La Ley del talión, da inicio al periodo bárbaro de la pena, que pone fin a un conjunto de reacciones arbitrarias, promoviendo penas que buscaban un balance o equilibrio entre la conducta lesiva y la reacción del agredido. Al momento de su ejecución se empezaron a denotar conflictos al momento de determinar la equivalencia entre el delito y pena; así por

ejemplo, se plantea el caso de una persona tuerta, la misma que producto de una lesión causada por otro individuo pierde el ojo sano, quedando ciega; en dicha circunstancia la pena sería la pérdida del ojo del autor del delito, pero este a pesar de perder un ojo, mantendría el otro, no perdiendo por completo el sentido de la vista, tal y como sucedió con la víctima, podría parecer que la solución sería quitarle los dos ojos y dejarlo ciego también, frente a lo cual podríamos decir que es una pena exagerada por cuanto el solo privó a la víctima de un ojo. Circunstancias así pusieron en duda la firmeza de la ley del talión.

Dracón, legislador de Atenas, optó por un código inflexible y con sanciones drásticas que en su mayoría consistían en la pena de muerte (Menéndez, 2001). Posteriormente, aquellas sanciones fueron dejadas de lado debido a su alto grado de severidad. Solón, legislador griego, retomó la ley del talión dotándola de una doble dimensión: material y espiritual (Zavala, 1986); la primera podríamos afirmar estriba en la afectación física, mientras que la segunda trasciende de lo físico a lo anímico. En virtud de aquello, y continuando con el ejemplo del ciego, en este caso en virtud de la dimensión material el autor del delito debería perder un ojo, tal y como sucedió con la víctima; pero debido a la dimensión espiritual este le correspondería perder el otro ojo también para quedar en igualdad de condiciones que la víctima.

Aquellos esfuerzos por extender el alcance de la Ley del Talión a efectos de la que la misma sea aplicable a todas las circunstancias dio como producto una concepción simbólica de la ley del talión, que procuraba “(...) hacer recaer el daño en la parte del cuerpo del ofensor que, simbólicamente, representaba el órgano dañado de la víctima” (Zavala, 1986, pág. 75); así por ejemplo, para el ladrón la pena sería la mutilación de su mano.

Es más que evidente que durante este periodo de la humanidad, lo único que se buscó era adecuar la pena al delito en un sentido estrictamente material, como este resultó insuficiente e inaplicable se recurrió a una concepción espiritual, sin embargo en el fondo lo que se pretendía era equiparar el daño producto del delito con el de la pena, más nunca se intentó perseguir ningún fin extraño al sufrimiento derivado de la pena, nos encontramos frente un periodo donde la pena es un fin en sí misma, en que podríamos afirmar la pena se ve dotada de una finalidad absoluta. Es por ello, que gran parte del siglo XVIII, la mayoría de códigos penales tales como: las siete partidas y la Carolina, no eran más que una muestra de la crueldad de las penas, debido a que dichos cuerpos normativos contemplaban penas como: el descuartizamiento, la horca, el destierro, muerte por lapidación, o la mutilación de alguna

parte del cuerpo humano, circunstancias que constituían fiel reflejo del contexto bárbaro en que se vivía (Zaffaroni, 2001).

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, se empieza a denotar la necesidad de dar un giro trascendental a la función del derecho penal y consecuentemente de la pena, muchos autores reconocen que es a partir de Feuebach que se logra distinguir entre la corriente preventivo general y la preventivo especial, cabe dejar claro que desde hace bastante antes se hablaba de ambas corrientes pero no se las distinguía de forma clara (Puig, 2006). No es hasta, y a partir de aquello que podemos advertir el arribo de una etapa de humanización de la pena, dentro del cual es absolutamente necesario mencionar a Beccaria, considerado por el Doctor Zavala Baquerizo (1986) como: “el precursor de la nueva era del Derecho Penal y de la benignidad de las penas” (p. 76). Otro indiscutible precursor fue Tomas Moro, quien mediante su obra denominada Utopía, contribuyó con grandes ideas a efectos de dulcificar las penas. Aquel autor consideraba que la forma de reaccionar ante el delito no debe ser la con la pena, sino que se debe atacar al factor que desencadena la comisión del mismo (Zavala, 1986).

Definición de pena

La pena a lo largo de su existencia ha sido considerada como un castigo, una sanción, socialmente aceptada, impuesta a quien ha cometido una conducta desaprobada por la misma, con el objeto de alcanzar finalidades que podrían ir desde la venganza, hasta el restablecimiento del orden social. Respecto de la pena nuestro actual cuerpo normativo la define de la siguiente forma: “La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Código Organico Integral Penal, 2014).

Resulta necesario acompañar diversas definiciones a efectos de comprender el alcance del vocablo pena que diversos autores han otorgado al respecto:

Von Liszt con respecto a la definición de pena manifiesta lo siguiente: “es el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto y a su autor” (Labatut, 1976, pág. 233)

Carrara expone que la expresión pena puede adoptar tres distintas acepciones: “la primera, en sentido general, expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; la segunda, en sentido especial, designa un mal que sufrimos por razón de un hecho nuestro doloso o imprudente; la tercera, en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad impone a un reo por causa de su delito” (Cabanellas, 2010, pág. 207)

Quintano Ripollés, respecto de la pena aduce que esta consiste en “la privación de un bien impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley” (Cabanellas, 2010, pág. 207)

Eugenio Cuello Calón en relación a la pena expone que esta constituye una “privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal” (Cuello, 1958, pág. 16)

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo estima a la pena como: “un mal jurídico que tiene como presupuesto necesario la infracción y que aspira a rescatar socialmente al penado para que viva normalmente dentro de la sociedad” (Zavala, 1986, pág. 126)

El factor común en gran parte de los conceptos aportados resulta más que evidente, ya que generalmente se cataloga a la pena como un mal, aunque hoy en día algunos autores hacen alusión al término: privación de derechos, que a la larga podría traducirse en lo mismo. En virtud de aquello y rescatando varios elementos podemos concluir que la pena es un mal necesario, impuesto por el juzgador, al responsable de una conducta previamente tipificada en la ley, que no debe mitigarse con el mero animo de castigar un mal con otro, sino que esta debe contribuir a al mantenimiento del orden social mediante la prevención de los delitos, tal y como lo justifican alguna de las teorías que analizaremos a continuación.

Teorías entorno al fin de la pena

Teorías absolutas

“Se habla aquí de una teoría absoluta porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social” (Roxin, 2006, pág. 82).

Para los partidarios de esta teoría la pena carece de fin alguno, aunque existen aquellos que aducen que la retribución justa o expiación podría considerarse como el fin mismo de esta teoría. Se manifiesta que mediante la imposición de un mal –pena- se puede retribuir o expiar la culpabilidad del individuo por el ilícito cometido (Roxin, 2006).

Dentro de las teorías absolutas encontramos por un lado, aquellas teorías que pretenden purgar al individuo por la conducta cometida a efectos de restaurar el orden social; mientras que por el otro lado tenemos las retributivas que pueden ser: teológica, moral o jurídica.

La teoría reparatoria, considera que “la pena es y debe ser dolor. La pena es expiación” (Zavala, 1986, pág. 141), esta teoría se considera como una desviación de la teoría retributiva por cuanto considera que se puede reestablecer el orden social mediante la imposición de la pena. Para los partidarios de esta teoría, no importa la forma a través de la cual se inflija el dolor, pero si la magnitud, ya que si hablamos de mayor intensidad estaríamos también refiriéndonos a un mayor grado de expiación.

La teoría teológica, parte de la idea de que el delito implica un quebrantamiento de preceptos divinos, consecuentemente la pena debe responder al delito ya que aquella deriva de la voluntad de Dios quien que demanda la reparación mediante el sufrimiento que deriva de la imposición de la pena (Zavala, 1986).

La teoría de la retribución moral, que tiene como máximo exponente a Kant quien considera a la ley como un imperativo categórico (Kant, 2003, pág. 18), debido a que mediante la misma se exige determinada conducta a los integrantes de la sociedad quienes deberán cumplirla, ya sea porque consideran que existen una obligación moral, o incluso hasta, legal de hacerlo; es decir impone la obligación de cumplir a pesar de carecer de un carácter utilitarista. Consiguientemente, cuando se quebranta dicha norma imperativa, debe devenir un castigo –pena-; por ello, Zavala (1986) afirma: “Poco interesa cuales sean los fines que el que impone el castigo se proponga al momento de penar; lo que interesa es que la pena encuentre su propia justificación como retribución por el delito cometido” (p. 142). De lo que se colige que la pena se interpreta un mal impuesto a quien ha causado otro mal mediante el delito.

La teoría de la retribución jurídica, tiene como máximo representante a Hegel, quien entiende que “(...) el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor)” (García, 2012, pág. 83); aquí el Derecho se presenta como una tesis y el delito como su antítesis; es decir, el delito constituiría la negación del Derecho, esta negación requiere de la pena que, constituiría la negación de otra negación, pero encaminada a recomponer el orden jurídico (Ashton, 1995).

Lo que se destaca de estas teorías estriba en la existencia de penas preestablecidas, pero además la intención de que las mismas sean absolutamente proporcionales tanto cualitativamente como cuantitativamente, tal como se pretendió durante el periodo de vigencia de la Ley del Tali3n, donde se imponía la pena en virtud del delito, omitiendo consideraciones propias del autor tales como la peligrosidad, personalidad, repercusi3n social de la conducta, propensi3n a reincidencia, entre otras (Reátegui, 2016); pero a su vez lo que más se critica versa sobre aquello, en la dificultad práctica de mantener la proporcionalidad entre, el daño producto del delito y el daño producto de la pena.

Con el paso de los años y producto del desarrollo humano, así como de la civilizaci3n del hombre, se instauraron mecanismos formales de reacci3n frente a determinadas conductas consideradas como desviadas. Con postulados que cada vez se alejaban más de la idea de que frente a un mal debía imponerse otro mal equivalente en cuanto a magnitud, sino que se fue incorporando la exigencia de mantener el orden social, de modular la conducta de los individuos y de prevenir la comisi3n de conductas similares; es decir, se empezó a dotar a la pena de una funci3n social, lo cual deriv3 en el surgimiento de nuevas teorías legitimadoras de la imposici3n de la pena.

Teorías relativas

A diferencia de las teorías absolutas, los partidarios de estas teorías entienden que la pena debe cumplir un determinado fin social; pero el consenso llega hasta aquí, ya que se discrepa respecto a cuál debe ser aquel fin social.

Al referirnos a las teorías de la prevenci3n, es necesario hacer alusi3n al aforismo *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*, que traducido al espa3ol se entiende como: ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro. Así, Beccaria (2015) manifiesta lo siguiente: “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisi3n de otros iguales” (p. 34), haciendo insinuaci3n al fin preventivo, tanto general como especial, de la pena, que analizaremos a continuaci3n.

La prevenci3n especial, se cataloga dentro de las teorías relativas, por cuanto –como ya se ha mencionado- se encuentra dotada de un determinado fin social, que consiste en hacer desistir al autor de perpetrar futuros delitos. El político criminal, Franz V. Liszt manifiesta que la prevenci3n especial tiene tres funciones primordiales: asegurar, intimidar y corregir.

Asegurar a la comunidad extrayendo a los delincuentes, intimidar al autor del delito mediante la amenaza de la pena, y corregirlo para evitar que vuelva a cometer delitos.

La doctrina de la resocialización y las teorías relativas a la prevención especial gozaron en su momento de gran acogida, por cuanto nos conducían al ideal utópico de resocializar, reeducar al individuo para reintegrarlo a la sociedad. Al respecto de aquello se suscitaron fuertes críticas, las primeras que giraban en torno al carácter de la pena, ya que la misma se vuelve indeterminada y consecuentemente, en algunos casos desproporcionales al delito¹, debido a que se establecía que la pena debería durar el tiempo que tome al autor del delito corregirse.

Aquel ideal resocializador ha sido fuertemente criticado particularmente por la doctrina, por cuanto se debe respetar el libre desarrollo de la personalidad, aun del delincuente, evitando la imposición de esquemas morales que podrían considerarse como atentatorios contra el ámbito de autonomía de la persona y la dignidad humana, debido a que se mira al delincuente como un ser inferior, desprovisto de toda moral (Zaffaroni, 2001). Vale la pena resaltar la dificultad práctica que se presenta al momento de querer imponer un esquema moral al delincuente habitual o profesional; o la inexistencia de necesidad de corrección que, generalmente se presenta, en aquellos que cometen un delito por imprudencia o por ignorancia excusable. Es decir, estamos frente a un esquema que, en parte requiere un gran labor cooperativa por parte del delincuente quien debe querer reformarse, aquello que muy pocas veces sucede, de lo contrario sería erróneo y contra productivo optar por una socialización forzosa; esto conjugado con la necesidad de un sistema penitenciario orientado a alcanzar dicha finalidad y del cual se dependan resultados satisfactorios. Hoy en día, podríamos afirmar que las sociedades han optado por la creación de nuevos tipos penales y el endurecimiento de la pena, encaminados a intimidar, o a inocular al sujeto inintimidable, más que a su resocialización.

La prevención general, a diferencia de la especial, no versa sobre el delincuente sino sobre la colectividad que “(...) mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación” (Roxin, 2006, pág. 89). Actualmente se ha dotado a la prevención general de un aspecto positivo y uno negativo.

¹ Sus detractores, como era de esperarse, fueron mayormente los absolutistas, quienes creían firmemente en su sistema tendiente a imponer penas proporcionales.

La prevención general negativa, pretende mitigar los impulsos delictivos del individuo a efectos de que este pudiendo delinquir decida no hacerlo, ejerciendo un efecto socio pedagógico comunicativo de la norma al ciudadano (Peña, 2004). Roxin (2006) menciona el ejemplo planteado por Feuerbach, quien se imaginaba al alma del individuo en un campo de batalla donde por un lado se encuentran las motivaciones que lo empujaban hacia la comisión del delito, pero por el otro lado se encuentran las encaminadas a resistir dicha tentación. Aquí la amenaza de la pena ocupa el rol de coadyuvar a que predominen las motivaciones encaminadas a abstenerse de la comisión del delito. Roxin continúa manifestando que, la psicología ha considerado que existen muchas personas que solo pueden contener sus impulsos delictivos al observar que existen otros que intentan obtener algún tipo de beneficio por medios ilegales, pero no lo consiguen. De esto último se critica su limitada aplicación a los delitos en los cuales “el agente hace efectivamente una ponderación de costes y beneficios de su actuación” (García, 2012, pág. 87), situación que por ejemplo no sucede en los delitos pasionales, en que el autor actúa impulsivamente. Podría ocurrir también que, como resultado de dicha ponderación los costes y beneficios sean mayores a los posibles perjuicios –pena-, contexto que podría tener lugar en la esfera de los delitos económicos, entonces podríamos estar frente a la ineficacia de la prevención general negativa.

La prevención general positiva procura restablecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico, cuando esta ha sido quebrantada por la comisión del delito. Podemos distinguir tres efectos: el efecto de aprendizaje, en cuanto a la población a efectos de restringirlos de conductas delictivas; el efecto de confianza, que se genera en el individuo al ver que las normas efectivamente se cumplen; el efecto de pacificación, en cuanto al ordenamiento jurídico, ya que se reafirma la vigencia de la norma (Roxin, 2006, pág. 91).

Las teorías preventivas generales ofrecen ventajas respecto de las demás teorías expuestas. La preventiva general tiende a alcanzar un fin que es la prevención de los delitos, mientras la retributiva solo pretende castigar a un mal mediante la imposición de otro. Siendo mucho más provechosa la finalidad de evitar el delito que, de castigarlo. La prevención general demanda la existencia de normas claras y preestablecidas las cuales motiven al ciudadano a mantener una conducta ejemplar, alejada de cualquier comportamiento lesivo a bienes jurídicos protegidos; a diferencia de la preventiva especial, que contempla la posibilidad de penas indeterminadas.

La relación entre pena y delito siempre debe estar presente, por cuanto la ausencia de proporcionalidad puede resultar en la comisión de crímenes más violentos y consecuentemente en la ineficacia de la prevención general, al respecto Tomás Moro (s.f.) pronuncia lo siguiente:

Creo, además, que todos ven lo absurdo y lo pernicioso que es para la república castigar con igual pena a un ladrón y a un homicida. Si la pena es igual tanto si roba como si mata, ¿no es lógico pensar que se sienta inclinado a rematar a quien de otra manera se habría contentado con despojar? Caso de que le cojan, el castigo es el mismo, pero tiene a su favor matarlo, su mayor impunidad y la baza de haber suprimido un testigo peligroso. (p. 13)

Lo que se pretende expresar es la necesidad de que las penas sean proporcionales a la comisión del delito, de lo contrario podría ocurrir que un análisis de rentabilidad y perjuicios, resulte más conveniente para el delincuente cometer el crimen más atroz –a efectos de procurar su impunidad-.

Teorías de la unión

Los partidarios de esta teoría consideran que existen aspectos rescatables de cada una de las teorías previamente analizadas, promoviendo una especie de armonía entre los adeptos de las teorías retribucionistas y prevencionistas, llegando a concebir a la pena como retribución debido a que “(...) su aplicación supone un mal al hecho punible cometido. (...) pero la pena criminal no se agota con la mera retribución. Su finalidad sería, adicionalmente trascendente: la prevención de la comisión de futuros delitos, lo cual la legitima” (Reátegui, 2016, pág. 2151).

Estamos frente a una pena que se encuentra legitimada cuando la misma es justa y persigue un fin social; es decir, se concibe la retribución, pero siempre acompañada del ánimo de proteger a la colectividad.

A pesar de ser una teoría que recoge lo más beneficio de cada una de las demás previamente mencionadas, ha sido objeto de grandes críticas, debido a que podría otorgar un amplio margen de discrecionalidad tanto como para el legislador, como para el juez, quienes a pretexto de perseguir un determinado fin podrían aplicar penas diferentes en casos similares. “De esta forma, cualquier pena podría ser impuesta en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada” (García, 2012, pág. 94).

El problema de esta teoría es que sus precursores se han satisfecho con el mero hecho de colocar los diversos fines de la pena unos juntos a otros; mas no se han esforzado por encontrar una correcta simbiosis entre las teorías retributivas y preventivas, debido a que una correcta teoría mixta debería partir de la idea que ninguna de las teorías, individualmente, podrían ser capaces de fijar los límites, ni menos aún, el contenido de la pena (Roxin, 2006).

Conclusiones parciales

En virtud de lo manifestado hasta el momento podemos aducir las siguientes conclusiones:

- La pena se considera como un castigo, una sanción, aprobada y aceptada por la sociedad que se impone a quien ha cometido una conducta atentatoria a bienes jurídicos protegidos por el Estado, con el objeto de alcanzar finalidades que podrían ir desde la venganza, hasta el restablecimiento del orden social y la prevención de futuros delitos.
- Con el desarrollo del ser humano, el concepto y el fin de la pena han ido variando, pasando de ser meros castigos que tenían por objeto causar un mal a quien causó un otro, hasta llegar a ser dotados de una finalidad social: la prevención.
- Existen diversas teorías respecto el fin de la pena, sin embargo actualmente no existe consenso respecto a cuál es el fin ideal que debe perseguir la pena; Sin embargo, nuestro Código Orgánico Integral Penal ha optado por la prevención general de los delitos.

Capítulo II

Nuestro país ha optado por dotar a la pena de un fin social: la prevención, pero no dirigida en virtud del condenado sino extendiendo sus efectos hacia la colectividad². Es ineludible aducir que la prevención general, en términos generales, es un fin más que deseable para cualquier Estado; debido a que es más llamativo y menos costoso prevenir los delitos, que tener que lidiar con las consecuencias que surgen del mismo, tanto para la víctima, el Estado y la sociedad.

Como bien hemos podido manifestar con anterioridad, la función preventiva general se manifiesta en una doble vía: negativa, en que la pena aspira a ejercer coacción psicológica en los individuos a efectos de que predominen las intenciones de mantener su conducta apegada a lo estipulado por la ley; y positiva, que pretender reestablecer la confianza de los individuos en la norma que se ha quebrantado. Gran parte de las críticas a esta teoría se dirigen hacia el enfoque negativo, ya que una prevención sin límites podría derivar en un estado de terror penal. Para evitar aquello, es indispensable establecer límites claros que justifiquen la imposición de la pena; así como que conduzcan a la persecución de un fin legítimo. Aquellos límites derivan de la consideración de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Principio de proporcionalidad y prevención general

De la pretensión de disuadir a la colectividad de la comisión de delitos, deriva la necesidad de que exista proporcionalidad entre el delito y la pena.

Si pretendemos penar los diversos delitos de la misma forma, lo que haremos es reducir los crímenes más leves y potencializar los más atroces; circunstancia que derivaría no solo en el fracaso del fin perseguido por la pena, sino también del derecho penal. Aquella situación se refleja en el pensamiento de Tomas Moro, quien categorizaba como pernicioso la penalización del homicida y el ladrón de igual forma, circunstancia que seguramente resultaría en la transformación del ladrón en homicida. Lo cierto es que, si se pretende garantizar la proporcionalidad entre delito y pena, sería inadmisibile que delitos considerados como diferentes sean castigados de igual forma, es por ello que Ferrajoli, asimila al principio de proporcionalidad con el de igualdad en materia penal.

² Tal y como lo recoge el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 52

Se ha considerado que la proporcionalidad debe existir tanto en calidad como cantidad, en virtud en la gravedad del delito, el problema surge cuando se pretende dilucidar como debe entenderse el término gravedad, desde un punto de vista objetivo se exige que la pena vaya acorde al daño producto del delito; mientras que desde un punto de vista subjetivo, se pretende adecuar la pena al grado de culpabilidad de su autor. El primer escenario nos conduce hacia la valoración de la magnitud del bien jurídico lesionado para el establecimiento de la pena; y el segundo, al principio de culpabilidad, dentro del cual entran en consideración aspectos particulares de delincuente. Conciérne al legislador ponderar que principio debe prevalecer frente al otro para la determinación de los parámetros de pena de cada tipo penal.

El principio de proporcionalidad trae consigo un amplio margen de complejidad. Primero, debido a que no existen criterios naturales, ni absolutamente objetivos para determinar la pena adecuada para delito, sino más bien consideraciones ético políticas para justificar la cantidad y calidad de pena provista para delito (Ferrajoli, 2011); segundo, debido a que como manifiesta Ferrajoli, la determinación de la cantidad de pena tiene lugar tanto en la etapa: legislativa, al momento de la creación de los tipos penales y el rango de penas previstas para cada uno; judicial, al momento de la imposición de la pena dentro del juicio por parte del juzgador; y de ejecución, haciendo alusión al tiempo que efectivamente dura la condena (Ferrajoli, 2011, págs. 399 - 410).

Calidad y cantidad de pena adecuada

Existiendo una variedad de conductas que pueden producir lesiones a bienes jurídicos protegidos por el Estado, incumbe buscar una respuesta idónea a dichas acciones lesivas, mediante la pena. No basta con que la pena supere un determinado procedimiento legal para ser aprobada, ni que su imposición emane de un proceso judicial en el cual se respeten todas las garantías básicas procesales, debido a la naturaleza restrictiva de derechos de la pena, no se requiere de una mera regulación y aprobación formal, sino que se necesita de consideraciones en cuanto al aspecto material.

Es el legislador el encargado de ofrecer, no solo la calidad de pena susceptible de ser impuesta a cada delito, sino también aquel margen de pena, mínima y máxima de cada tipo penal. Le corresponde de alguna forma jerarquizar tanto los derechos que pretende proteger, como las penas con las que puede sancionar, con el objeto de encontrar un enlace, una

conexión en cuanto a magnitud entre delito y pena. Nuestro Código Orgánico Integral Penal prevé tanto, penas privativas; así como, no privativas de libertad, y restrictivas de derecho de propiedad. De esta forma lo que se quiere es que, como es lógico, los delitos considerados como más lesivos tengan una pena más drástica, como podría ser una pena privativa de libertad; y por el contrario, los delitos leves se sancionen con penas menos rigurosas, como las restrictivas de derechos de propiedad, por mencionar un ejemplo.

En dicho sentido, es evidente que penas que persiguen la prevención de delitos contra la vida deberán ser muchos más rigurosas que aquellas que pretenden otorgar protección frente a delitos contra la propiedad. Reflejo de aquello, es que en el Código Orgánico Integral Penal la pena por un delito contra la propiedad, como lo es el hurto va desde seis meses a dos años, mientras que la pena por un delito contra la vida como lo es el homicidio va de diez a trece años, si es doloso; y si este es culposo, se sancionara con pena de tres a cinco años, considerando los principios de lesividad y culpabilidad antes mencionados, ambos indispensables para la valoración de la gravedad del delito en el proceso de determinación de la pena.

En relación con la cantidad de la pena han sido varios los autores que se han preocupado y escrito respecto de la determinación, en cuanto a cantidad, de la pena en sede judicial; pero son muy pocos quienes han abordado el tema a mayor profundidad partiendo desde la sede legislativa.

Aquello nos conduce a pensar en los parámetros que debe observar el legislador previo a la fijación del límite mínimo y máximo de la pena, para que la misma produzca el efecto preventivo deseado. Aquí conviene realizar una distinción entre los delitos económicos del resto de delitos, por cuanto el daño producto de los primeros es susceptible de ser cuantificado, permitiendo establecer parámetros de penas que vayan en torno al perjuicio ocasionado; mientras que el daño producto del resto de delitos, requiere una valoración más subjetiva y en algunos casos inalcanzable, lo cual nos lleva a cuestionarnos la cantidad de pena apropiada para dichos casos.

En relación con lo primero manifestado creo que se puede establecer un primer criterio, el cual implicaría que el beneficio económico obtenido por el delito no puede ser mayor al perjuicio resultante de la pena pecuniaria prevista para dicho caso; ya que si esto sucede, los delitos y las penas se transforman en una especie de relación de coste y beneficio para el delincuente, donde el individuo como consecuencia de un análisis

económico determinará que le resulta más beneficioso la comisión del delito, debido a que una vez pagada la pena pecuniaria el mismo mantendrá un margen de ganancia, bajo esta circunstancia la pena se convierte en una especie de tasa, tal y como lo manifiesta Hobbes.

En los delitos económicos sancionados con pena privativa de libertad se vuelve un tanto complicada esta regla; por ejemplo, en la estafa una pena de cinco a siete años definitivamente es susceptible de disuadir a la colectividad de la comisión de dicho delito, siempre y cuando estamos frente un margen de beneficio poco significativo, pero sin lugar a dudas esta capacidad preventiva se verá debilitada conforme incrementa el margen de rentabilidad. Es por ello que el legislador se ve en la necesidad de incrementar la cantidad de pena conforme incrementa la magnitud del delito, siguiendo con mismo ejemplo, nuestro legislador ha previsto una pena superior que va desde los siete hasta diez años para los casos en que el monto del perjuicio de la estafa excede los cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general³, con lo cual se busca, de alguna forma, ajustar el monto del perjuicio con la pena privativa de libertad, ratificando lo mencionado.

En los delitos, fuera de la esfera de los económicos, sancionados con penas privativas de libertad se vuelve más compleja la regla de que el beneficio del delito no puede superar el perjuicio de la pena; debido a que es más compleja la tarea de encontrar la adecuación de la pena al delito, más aun cuando el delito en muchos casos, es de difícil cuantificación. Lo cual nos podría llevar a la consideración de otros parámetros ajustables al caso.

Para efectos de determinar la cantidad de la pena, otro criterio aplicable, es la necesidad de prevenir castigos arbitrarios que podrían surgir ante la ausencia de la pena. Cabe recordar que de acuerdo con la teoría preventivo general positiva, la pena juega un rol fundamental por cuanto es la llamada a reestablecer la confianza de los individuos en el sistema, y en la norma penal. Ante la ineficacia o descontento de la colectividad en la norma podríamos caer en un estado de anarquía, generando un retroceso a aquellos tiempos donde del *ius puniendi* le pertenecía al particular, y no existía la intervención de un tercero, el Estado, llamado a procurar una solución al conflicto, sino que cada quien resolvía los conflictos por sus propios medios. Este parámetro no solo coadyuva a determinar el límite mínimo de la pena, que sería el suficiente para evitar dichos castigos arbitrarios y mantener la confianza de la colectividad en el sistema; y el límite máximo, que sería el peor castigo que

³ Según lo estipula el Código Organico Integral Penal en su artículo 186

podría sufrir el individuo ante la ausencia de la pena; sino que también nos conduce a justificar la existencia misma del derecho penal⁴.

El factor de la frecuencia en la comisión determinadas conductas delictivas, también podría considerarse como un parámetro para la determinación de la pena en sede legislativa, ya que si un delito se encuentra en auge podría considerarse como una solución viable el incremento de la pena prevista para dicho tipo. Sin embargo, este criterio aludido no es tan concluyente debido a que, afirmar que un delito no se encuentra en apogeo, no implica que el mismo no sea lesivo para la sociedad, ni menos aún que dicho delito sea incapaz de causar un alto grado de conmoción que altere el orden social. Por lo cual el fin preventivo se podría materializar incrementando ligeramente las penas de los delitos frecuentes, lo suficiente como para conseguir que el delincuente desista de la comisión del mismo y para el mantenimiento del orden, pero sin equiparlo con delitos más graves, que nos conlleven al desistimiento del más leve y a la comisión del más grave, como ya se ha mencionado.

Otra solución similar al incremento de penas, suele ser la creación de nuevos tipos, llegado este punto es indispensable mencionar el femicidio, que en Ecuador surge precisamente a raíz de la intranquilidad de la colectividad respecto de la frecuencia de muertes de mujeres producidas por hombres. Si bien el legislador no optó por el endurecimiento de la pena, la cual en si ya es bastante drástica si la encuadramos dentro del marco del asesinato, escogió darle otra salida al problema y dedicar un apartado propio dentro de nuestro cuerpo normativo en materia penal, con el objeto de popularizar, por llamarlo de alguna forma, tanto el tipo penal como la pena, de esta forma procurar el desistimiento de una conducta socialmente reprochable que se estaba produciendo con bastante frecuencia.

También es importante tener en cuenta el entorno social para el cual se legisla, de forma que el legislador pueda adaptarse a las valoraciones que sus gobernados han otorgado a determinados bienes jurídicos, y en virtud de aquello estructurar los tipos penales y consecuentemente fijar las penas. Siempre hay que partir de la premisa que no todas las sociedades son iguales, unas son más civilizadas y otras un tanto menos, lo que se considera como delito para unas podría no serlo para otras; sin embargo, siempre son aquellas sociedades salvajes las que requieren de penas salvajes.

Existen circunstancias bajo las cuales es la propia colectividad que tiende a poner un freno a determinados delitos mediante su rechazo social, situación que es muy beneficiosa y

⁴ Toda teoría de la pena básicamente expresa el rol que debe cumplir el derecho penal

permite dejar en un segundo plano la intervención estatal, al menos en este tipo de conductas. Por citar un ejemplo, podemos hablar del aborto, que en culturas con un alto respeto al derecho a la vida, como la nuestra, tendrá mayor grado de rechazo social que culturas más liberales como la americana, dentro de la cual, incluso se permite el aborto dentro de un determinado periodo de tiempo. En vista de aquello, es mucho que más probable que estados como el nuestro tiendan a prescindir de penas drásticas para delitos como el aborto, mientras que estados como el americano requerirán de penas más fuertes para frenar dichas conductas cuando se cometen pasado el tiempo permitido por la ley. Por el contrario, existirán casos en que la propia sociedad demandará penas drásticas que permitan mantener la tranquilidad colectiva.

Una vez pasado el primer filtro conviene revisar aquellas actuaciones mayormente desarrolladas y a la vez cuestionadas, la actividad judicial. Que se ha desarrollado en dos escenarios totalmente contrapuestos, uno donde existía primacía de la ley; y en el segundo, preponderancia del derecho. Ambos escenarios dando lugar a situaciones arbitrarias. Dentro del primer escenario los jueces eran meramente aplicadores de la ley, sus decisiones arbitrarias y lejanas del ideal de justicia se escudaban en la misma. Posteriormente, los jueces adquieren un rol protagónico, dejando de ser la boca de la ley, y pasando a tener un margen de discrecionalidad otorgado por el legislador sobre los cuales deberán decidir de manera motivada (Siguencia, 2017).

Los excesos de discrecionalidad por parte de los jueces solo condujeron a decisiones arbitrarias en muchos casos, lo cual generó polémica y en algunos doctrinarios contribuyó al convencimiento de que la solución era eliminar dicho margen de discrecionalidad y establecer penas exactas e inflexibles para cada tipo penal, de esta forma el juzgador se convertiría simple y llanamente en aplicador de la ley, limitándose su tarea a la determinación de la culpabilidad o inocencia del individuo. Esto a primera vista parecería que permitiría erradicar las decisiones arbitrarias, y a su vez, facilitar en gran medida la tarea del juez, quien simplemente deberá verificar la culpabilidad o inocencia del individuo y aplicar la plena prestablecida por el legislador. Sin embargo, si de por sí es una tarea difícil la de encontrar la adecuación entre delito y pena que garantice su fin preventivo general, esto nos aleja aún más.

El margen de discrecionalidad otorgado por el legislador al juez, es más que necesario, considerando que el juzgador debe valorar elementos que no son propiamente jurídicos sino más bien intrínsecos al delito, como lo es la gravedad, modalidad, culpabilidad, eximentes de

responsabilidad, por mencionar algunos ejemplos. Es imposible para el legislador prever todas las circunstancias posibles en las que se podría efectuar el delito; y a su vez, establecer la pena fija para cada caso. Por lo cual se requiere de la evaluación por parte del juez quien mediante una decisión motivada llegará a la pena adecuada para cada caso, valorando los diversos criterios aludidos previamente. En aquella pena justa y adecuada para caso en concreto, es donde se refleja aquella proporcionalidad, o igualdad tal y como la concibe Ferrajoli. Es dicha pena la que ejercerá un rol disuasorio, preventivo general, castigando los delitos más graves donde se le puede reprochar la conducta antijurídica a su autor, con penas más altas; y por el contrario, sancionado con penas leves a los delitos de menor gravedad.

Hoy en día, nuestro actual cuerpo normativo en materia penal concibe al principio de legalidad de la pena⁵, que impone la determinación de la cantidad de pena por el juzgador, que no podrá exceder el límite previsto por el legislador. Sin embargo, además de esto, el legislador otorga cierta apertura para que conforme a la valoración de los diferentes elementos propios de la conducta delictiva ya revisados previamente, el juzgador pueda incrementar o reducir la pena en un tercio fuera de la pena prevista por el legislador para cada tipo penal, conforme concurren determinadas atenuantes o agravantes⁶ en la perpetración del delito.

Finalmente, conviene analizar la determinación de la pena en sede de ejecución. Más que determinación podría afirmar que esta es una re-determinación, por cuanto se efectúa sobre la determinación previamente hecha por el juzgador. En nuestro medio es efectuada por el juez de garantías penitenciarias quien deberá valorar el cambio en la conducta del individuo a lo largo de la condena. De cierta forma, podríamos afirmar que el legislador no cierra la puerta a la resocialización del individuo, que a mi parecer, es el fin más noble pero utópico de la pena, ya que en nuestro país desafortunadamente la resocialización es la excepción, más no la regla.

De acuerdo a los partidarios de la teoría preventiva general negativa, la pena no solo puede desempeñar un rol disuasorio de conductas delictivas mediante la amenaza legal como lo concebía Feuerbach, sino que también ejerce coacción psicológica en la colectividad mediante el ejemplo; es decir, a través la efectiva ejecución de la condena, tal y como lo consideraba Bentham. Conviene tener cuidado con esto segundo, por cuanto nos llevaría a la

⁵ Que impide expresamente al legislador establecer penas por sobre las previstas según lo regula el Código Organico Integral Penal en su artículo 53

⁶ Planteándose como un caso excepcional donde el juez observando determinadas circunstancias particulares de la comisión del delito podrá disminuir o incrementar la pena, según lo estipula el Código Organico Integral Penal en sus artículos 45 y 47

imposición de “(...) una pena severa que no debe sino que simplemente puede ser cumplida” (Ferrajoli, 2011, pág. 408), nos situaríamos frente a la determinación de una pena exorbitante en sede legislativa y judicial, con el pretexto de intimidar a la colectividad, que luego podría⁷ ser revisada, y disminuida en sede de ejecución. Efectuar esto destrozaría el principio de proporcionalidad que hemos revisado a lo largo de este segundo capítulo, y que debería perdurar en cada una de las tres etapas mencionadas. La predeterminación en sede legislativa y la determinación en sede judicial de penas exorbitantes nos podrían conducir al tan temido estado de terror penal; mientras que la reducción de dichas penas en la post determinación en sede de ejecución tendería a debilitar la confianza de la colectividad en la eficacia y rigidez del estado, así como del ordenamiento jurídico.

Principio de culpabilidad como límite al poder punitivo

Cualquiera de las teorías que justifican la imposición de la pena, básicamente lo que hacen es proveer de criterios al legislador para la determinación de la pena correspondiente a cada delito, a pesar de aquello el campo de acción del poder legislativo sigue siendo vasto; sin embargo, dicha discrecionalidad se encuentra con una barrera sólida, como podría considerarse al principio de culpabilidad, que se estipula con la finalidad de evitar penas exorbitantes con el pretexto de procurar en mayor medida la prevención general de los delitos. Según Roxin, la culpabilidad sirve de límite para cualquiera de las teorías preventivas que se intente adoptar debido a que, bajo este parámetro, la pena no puede “(...) sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable un detención más prolongada” (Roxin, 2006, pág. 100)

Es el principio de culpabilidad el eje que nos permite legitimar la imposición de un mal, que efectúa un estado garantista de derechos, a un individuo en particular dejando de lado cualquier fin que se pretenda perseguir, incluida la prevención. El mencionado autor continúa manifestando respecto del principio de culpabilidad y lo cataloga como “(...) el medio más liberal y psicologicosocial más propicio para la restricción de la coerción penal que hasta ahora se ha encontrado” (Roxin, 2006, pág. 100).

Como bien hemos analizado, el daño causado por el delito resulta un factor trascendental para la determinación de la pena; sin embargo, también hay que tener en cuenta

⁷ El término “podría” resulta ser clave, por cuanto nada garantiza que luego la pena será disminuida en sede de ejecución, hay que tener presente que en nuestro país la resocialización dentro de las cárceles no es un hecho calificable como frecuente

aspectos propios de la persona a la cual se pretende imputar el delito, debido a que es posible que se pueden presentar circunstancias de inculpabilidad⁸ que afectan a ciertos individuos, pero que no alteran el fin que se acomete, la prevención general.

Partimos de la idea de que la propia sociedad reconoce que existen individuos que no se encuentran en igualdad de condiciones; y por esa misma razón merecen un trato especial frente a la comisión de un delito, por cuanto no existe fundamento para la imposición de una pena al individuo que carece de la capacidad de discernir entre las conductas que se encuentran apegadas a derecho y de las que no; es decir, estamos frente a individuos a los cuales resulta imposible exigirle una conducta diferente a la realizada. Corresponde al legislador al momento de predeterminar la pena debe encargarse de configurar las circunstancias bajo las cuales, a una persona no se le puede reprochar una determinada conducta a pesar de que esta haya producido una lesión a un bien jurídico protegido, para que luego sea el juzgador mediante el debido proceso quien determine si el individuo encaja dentro de dichos presupuestos establecidos.

En virtud de aquello, la pena más que efectuar una labor intimidatoria, realiza una función reafirmativa de la confianza de los individuos, quienes entienden que la pena alcanzará a la gran mayoría, encerrando a todos aquellos a quienes se les pueda exigir una conducta diferente; pero efectuará una función protectora de una pequeña minoría que así lo requiera.

Lo que se quiere lograr mediante la consideración de este principio es, reafirmar el sentimiento de justicia en la colectividad mediante la imposición de una pena, en este caso no emplearemos el término proporcional, sino merecida (Roxin, 2006, pág. 109); aquella situación no solo nos ubica en el ámbito de la prevención general negativa, sino que nos deriva a la corriente positiva. De esta forma, nos permite limitar el grado máximo de la pena al momento de producirse cualquier afectación a los bienes jurídicos tutelados por el Estado; ya que por ejemplo, al producirse una lesión por algún delito imprudente, podría parecer pertinente aplicar una pena imponente que intimide a la colectividad; pero la misma se ve limitada por el principio objeto del análisis que demanda la imposición de una pena correspondiente a la naturaleza del delito.

⁸ Como podría ser el caso de trastorno mental comprobado estipulado en el Código Organico Integral Penal en su artículo 35

Este principio nos permite desestimar aquellas posturas que consideran inadmisibles a la prevención general aduciendo que esta teoría presupone la utilización del ser humano como medio para alcanzar un fin; alegando que de adoptarse esta teoría se estaría incluso afectando la dignidad del ser humano. La dignidad, ni la condición de ser humano, no se ve afectada del todo por cuanto estaríamos frente a una pena que oscila dentro del marco de la merecida como resultado de una conducta lesiva. Es difícil no reconocer que al momento en que el Estado priva a un individuo, contra su voluntad, de un derecho tan preciado como su libertad lo hace persiguiendo un fin extraño al individuo pero indispensable para la convivencia social; negar esto conllevaría a renunciar a un mal necesario como lo es la pena.

Incluso podríamos llegar a afirmar que la no consideración de este principio conllevaría vulneración a la dignidad humana, debido a que no sería prudente imponer una pena al autor de un delito solo por la mera constatación de la comisión del delito, sin la verificación de factores intrínsecos de la persona, de ser el caso estaríamos atentando contra la esencia del ser humano y tratándolo como un objeto.

Si bien este principio delimita el grado máximo de la pena, nada obsta que se fijen penas por debajo de este, pudiendo acoger alguno de los criterios aducidos, respecto del límite mínimo, en lo que atañe a la proporcionalidad de la pena, siempre y cuando el fin preventivo general así lo permita, y atendiendo a las consideraciones de casos particulares; por cuanto, si bien la resocialización sigue siendo un fin utópico, quizás el evitar la desocialización del ser humano en los centros penitenciarios sea un perseguible sin sacrificar del todo el fin preventivo general.

Probabilidad de castigo

Considero que los parámetros ofrecidos para la determinación de la pena adecuada que conduzca a desempeñar un fin legítimo, como lo es la prevención, no debe caracterizarse por su excesiva dureza, sino más bien por su eficacia. Como bien señaló Beccaria "La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad (...)" (Beccaria, 2015, pág. 55)

El efecto preventivo de una pena exorbitante, así como de una pena leve, es exactamente el mismo si ambas parten de una amenaza legal hueca. La posibilidad de que la amenaza legal contenida en abstracto en la norma penal se materialice, es lo que

verdaderamente podría llevar a los individuos a desistir de cometer delitos; es decir, lo que se requiere es convertir a la pena en un resultado ineludible ante la comisión de un delito.

El éxito de la teoría preventiva general estriba en no ceder ante aquella presión ejercida primordialmente por la colectividad enardecida por el delito, que lo único que busca es el incremento o la creación de nuevos tipos penales, que a la larga resulta en un cambio infructuoso; a su vez, se debe evitar el uso del derecho penal como una herramienta intimidatoria, que se aprovecha de su poder coercitivo para amedrentar a la colectividad, en lugar de ser utilizado como lo que es, una rama del derecho establecida con el objetivo de proteger a la sociedad.

El rol del legislador que, en etapas anteriores había sido protagónico e indispensable, pero queda en segundo plano llegado este punto. Pero el rol del fiscal y el juez se torna imprescindible, ya que es el primero el llamado a conducir la investigación a efectos de recabar los diversos elementos indispensables, que llevarán a la convicción del segundo respecto de la culpabilidad o inocencia del individuo; lo que se busca es llegar a una sentencia imparcial dentro del marco previsto por el legislador y según los elementos propios de cada caso en concreto que garantice una pena adecuada y oportuna, además del fin preventivo de la pena, teniendo como límite la culpabilidad del procesado.

Otro punto a considerar para procurar la efectiva materialización de la pena podría ser, la intensificación en la persecución penal (Roxin, 2006, pág. 91). La comisión de los delitos implica, de cierta forma, ineficacia de la amenaza legal para disuadir al autor del delito, entonces a lo que se debería apuntar es a que ningún delito quede en la impunidad, para demostrar que la amenaza contenida en la norma es real, y de paso, para solidificar la confianza de los ciudadanos en la norma. Tal y como menciona Roxin, lo que se puede efectuar es optimizar la labor de la policía, capacitándolos, así como dotándolos de mejores herramientas tecnológicas, que conduzcan a la aprehensión y oportuna sanción de todos aquellos que actúen en contra de la ley.

Frente a la comisión de un determinado delito sería difícil de afirmar que el delincuente previo a la comisión del mismo efectuó un análisis de la pena que podría imponérsele ante el fracaso de su conducta lesiva, y sería aún más difícil alegar que este conoce la pena correspondiente a dicho delito; sin embargo, si sería verosímil afirmar que el mismo si realizó un análisis, así sea muy somero, de la forma en que ejecutaría el acto a efectos de salir ileso, consecuentemente podríamos aducir que evaluó a dimensión del peligro de ser atrapado e inconscientemente determinó que el delito podría ser cometido y él podría salir ileso.

Es por aquello, que considero que la dureza de la pena no debe ser el factor determinante para la prevención de los delitos, sino que debemos mantener penas moderadas y proporcionales, pero eficaces que seguramente tendrán mayor vigor con respecto al fin que se pretende perseguir. Así obtendremos un beneficio en doble vía: por un lado, mediante la intimidación del delincuente quien, generalmente no conoce la norma penal y menos aún las sanciones previstas para cada tipo, pero comprende que en ciertos casos la dimensión de ser penado es tan alta que no le quedara mejor alternativa que desistir de la idea de cometer el delito; y por el otro lado, nos conlleva a la tranquilidad de la sociedad en general, ya que la misma entiende que la confianza depositada en el Estado, a efectos de precautelar el orden, no ha sido en vano.

Conclusiones

En virtud de lo analizados podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. Podríamos afirmar que la pena ha acompañado al hombre a lo largo de los años, pero no que la misma siempre ha sido uniforme con respecto a cantidad, ni calidad y menos aún respecto del fin que esta ha perseguido; mientras que en el pasado se concebía como posible la adopción de un fin meramente retributivo, hoy en día a raíz del Código Orgánico Integral Penal, nuestro país ha adoptado una postura preventiva general.

Segunda. El fin preventivo general ha sido fuertemente criticado, por cuanto se teme que el incremento de penas a efectos de disuadir a la colectividad de la comisión de los delitos, pueda conllevarnos a un estado de terror penal, en el cual se deje de concebir al derecho penal como una rama del derecho encaminada a la protección y tranquilidad de la colectividad, pasando a ser una herramienta de pavor y represión para la sociedad.

Tercera. La prevención general no solo se compone de una corriente negativa que, en un Estado garantista de derechos como lo es el nuestro, tendrá que verse limitada por principios como el de proporcionalidad y culpabilidad, que delimitaran el margen de la pena y consecuentemente el radio de acción del derecho penal en sí; sino que también, hay que procurar que la prevención general se lleve a cabo a través la corriente positiva, que siempre suele dejarse de lado.

Cuarta. A las penas establecidas, teniendo como sustento el debido respeto a principios como el de proporcionalidad y culpabilidad, es necesario añadirseles el factor de la eficacia; es decir, que la amenaza establecida en abstracta por la norma penal, se torne concreta. Este último punto contribuirá en gran medida a que los individuos desistan de realización de conductas ilícitas.

Recomendaciones

Luego del análisis efectuado, cabe señalar las siguientes recomendaciones como aporte al ordenamiento jurídico de nuestro país.

- La prevención general no debe ser únicamente focalizada desde su aspecto negativo, sino que debemos recurrir a su efecto positivo, el cual se manifiesta en la tranquilidad de los individuos al ver que la norma se verdaderamente se aplica. Para el efecto es necesario garantizar que todos aquellos que intenten violentar la norma fracasen, y sean puestos ante las autoridades correspondientes que resuelvan de la manera oportuna y adecuada.
- A pesar de que en muchos casos el incremento de las penas o la creación de nuevos tipos penales parezca la solución para tranquilizar a la colectividad, esta no es la salida por la cual se debe optar, ya que si bien servirá para apaciguar temporalmente los ánimos de la colectividad, no pasara mucho hasta que la misma sociedad demande aun penas más altas, y pasara aún menos hasta que se pierda la fe en la norma penal debido a que esta no logra surtir los efectos deseados a pesar de su excesiva rigidez.
- Cualquiera de los fines atribuidos a la pena es siempre objeto de críticas, pero ello no obsta a que el fin preventivo general por el cual ha optado nuestro código, sea un fin descartable; por el contrario, considero que es un fin que debería sostenerse pero no debería cesar la búsqueda de herramientas que permitan adoptar conjuntamente una postura preventiva especial.
- Si bien la finalidad preventiva especial se encuentra lejana a nuestra realidad, considero que uno de los propósitos del Estado debería ser el de evitar la desocialización del individuo en los centros penitenciarios, lo cual en cierto modo se podría lograr al evitar endurecer las penas con el mero propósito de intimidar, que como lo he mencionado en reiteradas ocasiones resulta totalmente inútil.

Bibliografía

Legal

Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 449.

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (10 de Febrero de 2014). Código Organico Integral Penal. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial S. 180.

Doctrinaria

Ashton, P. (1995). La Evolución del Pensamiento Penal en Alemania. *Revista Chilena de Derecho*, 297-307.

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado el 4 de Noviembre de 2018, de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=5

Cabanellas, G. (2010). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta.

Cuello, E. (1958). *La moderna penología*. Barcelona: BOSCH.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

García, P. (2012). *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Kant, I. (2003). *Crítica de la razon practica*. Buenos Aires: La página. Recuperado el 11 de Noviembre de 2018, de http://www.manuelosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%200practica.pdf

Labatut, G. (1976). *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Luna, J. (8 de Abril de 2016). *La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas*. Recuperado el 1 de Febrero de 2019, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf

Menéndez, J. (2001). La figura de Dracón en el debate sobre el origen del Estado Ateniense. *Polis* , 7-32.

- Moro, T. (s.f.). *Utopía*. Recuperado el 6 de Noviembre de 2018, de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/300883.pdf>
- Peña, A. (2004). *Derecho Penal: Parte General*. Lima: IDEMSA.
- Puig, M. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Reátegui, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal: Parte general. Volumen 3*. Lima: Legales Ediciones.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: REUS.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Siguencia, K. (2017). *Cuestionamientos penales. Algunas reflexiones*. Guayaquil: Dirección de Publicaciones de la UCSG.
- Zaffaroni, E. (2001). *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zavala, J. (1986). *La pena*. Guayaquil: E.Q. .

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Gregory Xavier López Gallo**, con C.C: # 0923144364 autor del trabajo de titulación: **Análisis del fin de la pena en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **12 de marzo de 2019**

f. _____

López Gallo, Gregory Xavier

C.C. 0923144364

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Análisis del fin de la pena en el Ecuador		
AUTOR(ES)	Gregory Xavier López Gallo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Kléber David Siguencia Suarez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Política		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12 de marzo de 2019	No. DE PÁGINAS:	43
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Penal, derecho penitenciario, penología		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Pena, fin de la pena, prevención general, prevención general negativa, prevención general positiva, proporcionalidad, culpabilidad.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Frente a la transgresión de alguna norma corresponde al Estado a través de sus organismos competentes la imposición de una pena, que de por sí supone la carga de un mal, o la restricción de derechos, como hoy en día se la ha llegado a concebir; dicha privación de derechos encuentra su justificación solo en la persecución de un fin legítimo. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, la pena en nuestro país, asume una función utilitaria consistente en la prevención general de los delitos, que se bifurca en una corriente negativa o intimidatoria, y en una positiva o integradora. Un modelo de Estado garantista de derechos como el nuestro supone la limitación de la pena, consecuentemente del fin preventivo general negativo y de la intervención del derecho penal, por principios como el de culpabilidad y el proporcionalidad, que facilitaran parámetros para la determinación de penas adecuadas indistintamente del fin que se persiga; además de aquello, tal modelo de Estado demanda la persecución del fin preventivo general por la vía positiva.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-994028302	E-mail: aight1996@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute de Wright, Maritza		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			