



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO FACULTAD
DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

TITULO:

**PREVENCION Y RETRIBUCIÓN: LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE
LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

AUTOR:

ANDREA NATHALY RIVAS SANCHEZ

NOMBRE DEL TUTOR:

DR. DANIEL KURI GARCIA

SAMBORONDON, ABRIL DE 2018

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

**Andrea Nathaly Rivas Sánchez, Universidad de Especialidades Espíritu Santo
Ecuador, a_rivasnathlay@hotmail.com; Facultad de Derecho, Política y Desarrollo,
Edificio P, Km 2.5 Vía Samborondón.**

Resumen

En el presente trabajo de investigación, abordamos el estudio que con el tiempo varios autores han logrado sobre la teoría de la retribución en el Derecho Penal. Donde primero se hizo un estudio sobre la historia de esta teoría, es decir, cómo surgió y cómo ha progresado y tuvo cabida en el Derecho Penal. Después de este análisis, revisamos la teoría de la retribución, que se basa en el castigo justo, como un mérito para el crimen cometido; desde la ley de talión hasta las doctrinas de escritores alemanes de siglos pasados: haciendo un símil con la retribución clásica con la neo-retribución, la misma que surge de los resultados de las teorías preventivas, que justifica el castigo, ya que lo estudian desde una forma de utilidad. Además, se expondrá las críticas de la doctrina tradicional española a la retribución, las mismas que señalan como irracionales, vengativas y violentas. Sin embargo, esto generalmente está relacionado con la retribución. Finalmente, la opinión de la doctrina sobre la retribución es bastante favorable, ya que el propósito de esta teoría es favorecer no solo a la víctima sino también al autor del crimen; cabe recalcar que se hace un análisis en la constitución Ecuatoriana, ya que siendo nuestra norma rectora, acapara todos los temas tratados, tal como lo es la resocialización, la prevención y la necesidad.

Palabras clave: Retribución, resocialización, prevención, talión, necesidad.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Abstract

In the present investigative work, we approach the study that over time several authors have achieved about the theory of retribution in Criminal Law. Where first a study was made about the history of this theory, that is, how it emerged, and how it has progressed and entered criminal science. After this analysis, we review the theory of retribution, which is based on the just punishment, as a merit for the crime committed, from the law of talion to the doctrines of German writers of past centuries. It is a great help, and a comparison is made with the classic retribution with the neo-retribution, the same that arises from the results of preventive theories, which justifies the penalty, since they put it in a form of "utility". It will expose the criticisms of the traditional Spanish doctrine to the retribution, the same that they indicate as irrational, vengeful, and violent. However, these objections are usually related to the retribution. Therefore, it cannot be applied to new theories based on the doctrine of German and American authors from 1970, whose study has been devoted to most of this research. Finally, the opinion of the doctrine about retribution is quite favorable, since the purpose of this theory is to favor not only the victim but the perpetrator of the crime.

Keywords: Retribution, re-socialization, prevention, talion, necessity.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

I.- Introducción

Las doctrinas penales hace algún tiempo han llegado a un acuerdo sobre tres importantes elementos que dan soporte a los fines de la pena, los mismos que son: retribución, prevención general y prevención especial. En la actualidad las teorías mixtas son las que dan cimiento a las discrepancias que existen en los elementos mencionados anteriormente. Pero, asimismo, la doctrina rechaza todo pensamiento donde relacione la venganza como un fin de la pena (Elio Morselli, 1995, pp. 271- 274)

II.- La retribución

Históricamente las teorías de la retribución han tenido una gran relevancia en cuanto a la justificación y fundamentación del castigo. Desde la *lex talionis* del Código de Hammurabi (leyes 196 y siguientes); hasta la naturaleza retributiva del juicio final en la filosofía cristiana (así, por ejemplo, el Papa Pio XII manifestaba que: “Juez supremo en su juicio final aplica únicamente el principio de la retribución” (1953); estos principios también son comunes dentro del *Qisas* del Sharia islámico). Desde la perspectiva de la retribución la pena alcanza una legitimidad si logra retribuir la lesión por un mal causado culpablemente, es decir “*punitur, quia peccatum est*” (Mezger, 1958, p.381). Históricamente estas teorías han sido calificadas como “teorías absolutas” por cuanto se desvinculan (let. *absolutus* = desvinculado) de cualquier efecto socialmente útil, manifestando a la justicia como su único fin (Roxin, 3/2). La idea del merecimiento se vuelve central en estas teorías, solo puede ser penada la persona que lo merece, y en la medida en que lo merece. Eso es lo que hace que estas teorías respondan

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

principalmente a la idea de retribución (Feijoo, 2014, p. 31; Kant, 2005, pp. 36-38).

II.a.- Retribución moral: Kant y el talión

Si bien históricamente han sido muchas las teorías de la retribución que han sido elaboradas, es aquella expuesta por Kant una de las más relevantes a propósito de nuestros tiempos. Kant, a través del imperativo categórico, niega que el castigo para el autor se recoja solamente en un fin social, manifestando que: “Antes de que se piense en sacar de esta pena algún -provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo” (Kant, 2008, p.166). La pena sería (así como la ley penal) un imperativo categórico irrenunciable para el establecimiento de la justicia, siendo esta innata al propio concepto (Kant, 2011, p. 45). El delincuente, para Kant, no será tratado como un medio para los propósitos de otros (Kant, 2008, p166), pero esto no significa que deba excusársele de la pena como forma de realización de la justicia.

La pena deberá entonces ser justa, y la medida de la justicia no solo depende del merecimiento –aquel “juzgado digno de castigo”- sino también de proporcionalidad por el daño causado. Para Kant, cuando una persona comete un delito, en realidad se lo comete a si misma: “si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo” (Kant, 2008, p.167). Kant lo entiende desde una perspectiva casi metafórica, pues no es que literalmente se roba a sí mismo, sino que quien roba crea un sentimiento de inseguridad sobre la propiedad de los demás, sentimiento que también le afectará a el sobre la seguridad de su misma propiedad. Pero esta metáfora sirve para

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

establecer su principio de la *lex talionis* como fundamento para determinar la medida de la pena como forma de retribución (Kant, 2008, p.167-168).

II.b.- La Retribución normativa: Hegel

Hegel propone retribución dialéctica, donde la pena es una manera de anular el delito, el cual es una violencia para el derecho. De ello que la violencia se elimina con la violencia (Hegel, 2005, p.93), que es lo que inspiraría futuras teorías de prevención general positiva. Cuando una persona comete una infracción, está infringiendo la norma, transgrediéndola, cometiendo una violencia contra el Derecho, una contradicción a las normas. El delito sería una violencia contra la libertad en su sentido concreto, es decir el Derecho en cuanto Derecho (2005, p.95). Dicha violencia debe de ser contrarrestada con otra violencia, otra contradicción: la pena. En cuanto el delito no solo afecta la libertad de una persona en ese momento, sino en sí, las libertades de todos mediante la violación del Derecho. El autor viola la capacidad jurídica y la mediación de la opinión de una persona, específicamente la víctima, y hasta en contra de ella (2005, p.95).

La lesión del Derecho tiene una existencia positiva (real), pero esta es de por sí nula por cuanto el Derecho es abstracto, por lo que la exteriorización de su eliminación si bien produce cambios en el mundo exterior, es nulo de por si por cuanto nunca podrá eliminar al Derecho (2005, p.97). Esta nulidad se manifiesta mediante la violencia contra dicha lesión, que también será real, mediante la imposición de una pena. En ese sentido, el Derecho está antes que el delito, por lo que el delito es un negativo: el delito es la negación del Derecho, la pena será la negación del delito, por lo tanto la negación de la negación. De esta manera el

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

derecho se efectiviza, al eliminar la lesión y enseñando su existencia y validez (2005, p.97).

La pena no puede ser considerada ni como un mal, ni como un bien, según Hegel. En sí, el delito causa una lesión, la cual es restituida mediante una indemnización civil en cuanto tenga este lugar, mas no mediante la pena (2005, p.98). En sí, el Derecho es ileSIONABLE, por cuanto no existe exteriormente en el mundo material. La lesión es, de por sí, contra la voluntad de la víctima y de las demás personas que conviven en la sociedad. La pena no tiene un fin de “crear un bien”, sino de contrarrestar el delito, no por ser malo (o bueno), sino por la violación a la norma que infirió, por cuestiones de justicia e injusticia desde un punto de vista objetivo (2005, p.99). La existencia del delito es el perjuicio, el que se debe hacer desaparecer. Así, la pena es la negación de la negación. La negación de la conducta, que a su vez es negación de la norma. Dicha negación puede tener ciertas dificultades de carácter cualitativo y cuantitativo, las cuales son solucionadas de diversas formas o por medio de valores y representaciones (Hegel, 2005, p.99)

II.c.- Las teorías de la retribución “orientadas a la víctima”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado múltiples veces con respecto al derecho que tienen las víctimas para que se haga justicia: este derecho no solo está vinculado con la tutela judicial efectiva, sino que además exista una investigación real y seria, y se enfoque en el derecho a la verdad de las víctimas en conocer lo que realmente ha acontecido (por ejemplo, la sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras; Barrios Altos vs. Perú, entre otras). Nuestra Corte Constitucional también ha fallado en el mismo sentido, pues el

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

derecho a la verdad es uno de los derechos que se encuentran consagrados en nuestra constitución en el artículo 78 (214-12-SEP-CC del 12 de mayo del 2012, por ejemplo). De esta manera habría un esclarecimiento de los derechos violentados y la responsabilidad que recae sobre el autor, basándose siempre en sus leyes, tal como lo estipulan los artículos 8 y 25 de la Convención de Derechos Humanos. Por lo que se cree que todo tipo de medida de exoneración causaría indefensión para la víctima. (Silva, 2009, pp. 43-44)

En el Derecho penal, gracias a los avances de la criminología y la victimología, han existido constantes variantes en cuanto a la importancia de la víctima. La relevancia del papel de la víctima es cada vez mayor, no solamente en cuanto al delito, sino a la solución que se le brinda a este conflicto (Raúl Carnevali, 2009, p.71). Es tal, que los estudios a esta problemática adquieren una mayor participación. No se trata de llenar más problemas a una sociedad, sino que promueva un desarrollo más viable, medidas de solución de conflictos, no estancamientos.

Sin embargo, existe algo novedoso que sale de lo tradicional y es la satisfacción de la víctima. Esta teoría más allá de eliminar las anteriores, podría transformar el concepto de la pena, aunque la doctrina prefiere alejarse de esta problemática, poniendo en manifiesto cada vez más entre el derecho penal y la política criminal. (Silva Sánchez, 2009, pp. 35- 44.; Diez Ripollés, 2005, pp. 19).

En las últimas décadas, aparece esta idea, donde la victima tiene derecho hacia el castigo del autor. Esta “idea” señala como responsable a Jan Philipp, quien fue secuestrado en 1996, y tras su secuestro nace su deseo de venganza, el mismo que está plasmado en su obra literaria, que se titula “Im keller” (1997).

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Frente a este escenario encontramos odio y venganza a través de la víctima hacia el autor, y nos demuestra que el Derecho penal público no debe basarse en este tipo de “sentimientos” al momento de decidir sobre la pena del autor. Sin embargo, existen posibilidades que deben aplicarse, y es evitar que se persiga el mismo daño que se le causó a la víctima; declarando que lo sucedido no debió haber pasado, de tal manera que se genere un precedente y no vuelva a ocurrir. Mediante el procedimiento del delito, se debe tratar a la víctima, de tal manera que sepa que lo ocurrido no fue algo natural, o fortuito, sino que efectivamente ha sido una acción injusta por parte del autor. Si el autor es castigado, la víctima obtendría su resocialización (Silva, 2009, p.52).

Existen varios elementos que hacen que de una u otra forma se resuelvan delitos sin tener que pasar por el procedimiento normal. Uno de ellos es la reparación de la víctima por medio de la mediación, que serviría como una forma de justicia restaurativa (Kury, 2015, p.77). Cuando hablamos de mediación nos referimos al acto en el que interviene un tercero neutro e interviene, de tal manera que las partes lleguen a un común acuerdo y la justicia se vea manifestada (Inmaculada López, 2012, p.18). Cabe recalcar que este proceso tiene la finalidad de que se reconozcan los derechos de la víctima, por ello la reparación. Además, permite que se reconozca toda la responsabilidad que recae hacia el autor con respecto al conflicto (Carnevali, 2009, p.75)

La ventaja que tiene la mediación es que la víctima se vea menos forzada a recurrir a penosos momentos que le traigan a colación momentos dolorosos, y que su daño sea satisfecho sin tener que proseguir una causa (López-Barajas, 2012, p.16). De esta forma se satisface a la víctima con justicia, eficacia, y celeridad.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Además, da una salida ventajosa al problema; por otro lado, el autor tiene la oportunidad de reintegrarse, ya que evita que entre a un mundo delictivo más violento (Carnevali, 2009, p.76.)

El modelo de reparación surge a través de las teorías expuestas por Roxin, y lo dirige como una “tercera vía”, frente a la pena y sus medidas (Roxin, 2016, 95). El autor manifiesta que, en los casos en que existan multas por algún daño o una pena privativa de libertad mínima, existe la posibilidad de que prescindan dando la oportunidad de “reparar” el daño haciendo al autor parte del proceso de la pena de una forma activa (2016, p. 96). Esta reparación puede darse incluso en los delitos más graves, ya que puede marcar una diferencia de tal forma que evite el cometimiento de más delitos de esta índole (Carnevali, 2009, p.77). Este tipo de planteamientos cobran sentido cuando lo vemos desde un punto de vista jurídico penal, ya que además de responder a la interrogante de si cumple o no con la reparación del daño dentro de un sistema jurídico de sanciones, ayuda en cuanto a su efecto resocializador, ya que permite que el autor además de cumplir con su responsabilidad conozca los intereses de la víctima y los cumpla (Carnevali, 2009, p.78). En otras palabras, si el autor se da cuenta de las consecuencias de sus acciones y las afectaciones producidas por sus actos, tendría una mayor relevancia de disuadirlo, y así crear confianza mediante el alcance de la paz jurídica (Roxin, 2016, p.96). Con estas vías ya se bordea la frontera entre una retribución no orientada a ningún fin, y una prevención orientada a la utilidad de la pena.

III.- Prevención

Las teorías preventivas intercambia la idea de una pena merecida, por la idea de una pena necesaria o útil. La pena debe cumplir con un fin, siendo

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

utilizado como un instrumento que permita que se impida la comisión de futuros delitos. Si requiere de explicación sobre la utilidad de esta medida en relación a la criminalidad, se basa en estudios científicos (Jakobs, 2004, pp.88). Esto tiene un vínculo psicológico con los potenciales infractores, amenazando con una pena y convenciendo sobre el valor de los bienes jurídicos protegidos. Así, se logra “humanizar” a la sociedad (1958, p.372). Mediante esto se pretende prevenir los delitos, se sigue el principio “*punitur, ne peccetur*” (1958, p.370).

Las teorías de la prevención se dividen en cuatro grandes grupos: una primera división será según la consecuencia de los efectos que se desean buscar (positivos o negativos); mientras que otra división dependerá de quien es el destinatario de la prevención, sea la sociedad (general) o el propio delincuente (especial). Con ello, la prevención podrá ser general positiva, general negativa, especial positiva y especial negativa.

III.a.- Teoría de prevención general negativa

La teoría de prevención general negativa, parte de que a la sociedad se la debe disuadir de cometer un delito mediante la intimidación de la pena (Frisch, 2014, pp. 16-17; Muñoz, 2010, pp. 48). Una vez que la pena suerte efecto, donde el actor enfrenta sus responsabilidades por sus actos delictivos cometidos, se encuentra un escenario donde los demás posibles autores se ven intimidados, de tal forma que causara un precedente el mismo que ayudara a disuadir de la comisión de futuros delitos (Frisch, 2014, pp. 16-17). Pero a su vez, las penas requieren ser cumplidas para que haya un respeto por las leyes, y respeto por los derechos de las demás personas, partiendo desde el punto de responsabilidad de la misma. Con otras palabras, el castigo es legítimo porque el autor configuró el

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

delito, y además es necesario ya que un delito no puede quedar en la impunidad (Muñoz, 2010, pp. 48).

Esta teoría muestra a la pena, como un tipo de amenaza; pero falla en la individualización de la misma, al momento de ser aplicada fluctúa bajo un leve criterio judicial con respecto a ella, pero la determinación entre el máximo y el mínimo de la misma carece de legitimidad (Bacigalupo, 2004, p.32). Así, el delincuente realiza una ponderación costo-beneficio en cada supuesto concreto y actúa según este. Esto demuestra que la pena no siempre funcionara de la manera preventivamente esperada, mucho peor si intentamos responder esto empíricamente, pues no es la pena –en abstracto- lo que realmente disuade, sino la pena concreta en su posibilidad de efectivamente sufrirla tras que el delincuente sea atrapado, procesado y condenado en todas las instancias del proceso penal, incluyendo beneficios como los de la prescripción (Garoupa, 2003, p.11). La función de prevención del Derecho Penal, desde este punto de vista, se basaría fundamentalmente en una función intimidatoria de la norma penal: en una restricción de conductas que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos (Percy, 2007. p.372). se debe señalar que no resulta muy beneficioso dirigir la prevención a los que están en peligro de delinquir por cuanto ellos no esperan ser atrapados, por lo que no tienen por qué temer al poder punitivo estatal (Roxin, 2001, p.218).

El profesor Zavala Baquerizo critica en si el prevencionismo dirigido al delincuente, y lo explica de manera muy clara: “ningún efecto podría tener sobre los delincuentes políticos que, entregados a las guerrillas y al terrorismo, saben que el momento que escogen tal senda ninguna oportunidad tienen de vivir en el caso que fueren aprehendidos, o que tuviesen que enfrentarse a combate abierto.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Pues, muchos de ellos están convencidos que su muerte tiene su significado glorioso y que es necesario para la redención de la patria y del pueblo” (Zavala Baquerizo, p.126).

III.b.- Teoría de prevención general positiva

Las teorías de la prevención especial positiva se basan en una concepción social normativa y de ella empieza a crear una función re estabilizadora de la norma y de su vigencia (Jakobs, 2000, p.41). Pero de hecho va mucho más allá. Jakobs crea una teoría de la pena que califica como como prevención general positiva, en la que se debe tener en cuenta un modelo *a priori* de norma, sociedad y de persona. Es positiva, por cuanto no pretende la intimidación a la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como orientador de la sociedad; prevención por que se sigue el fin de mantener la vigencia de la norma, y; como lo hace frente al conjunto social (y no como un “hecho fáctico” dirigido a un ser individual, sino como una expresión de sentido ante la sociedad) tiene su carácter general (Jakobs, 2004, p.24).

Para Jakobs, para hablar de una pena se debe tener primero la premisa de una infracción de la norma: “la pena es siempre reacción ante una infracción de la norma” (Jakobs, 1997, p.8) Pero no solo se debe de manejar el concepto de infracción de la norma, sino también el de responsabilidad. Las personas buscan regularidad en los diversos contactos sociales que mantienen, buscan una normalización en su vida sin esperar conductas impredecibles por parte de los que los rodean. Así cada contacto social es una señal de que esperamos una conducta determinada, y por lo tanto un desenlace conforme a esta (Jakobs, 1997, p.9). Todo esto lleva a una orientación de las conductas sociales: cada vez que estas

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

expectativas de conducta se ven frustradas, se da una reacción conforme a esta, un rechazo. De esta manera se pone a revisión el modelo de orientación de la sociedad, como patrón de conductas y expectativas.

El estado interviene en los asuntos en que la violación de la norma socialmente establecida crea una frustración de las expectativas normativas sociales, lo cual tiene un carácter primordialmente básico para la regulación de la sociedad. No se van a penar normas sociales que, si bien sirven para la interacción social, resultan irrelevantes para la configuración normativa básica de la sociedad (p.ej.: las reglas de protocolo y etiqueta). Un quebrantamiento de este tipo de normas llevará a una “*poena naturalis*” (Jakobs, 1998, p.78), impuesta por la misma sociedad (se lo vea como un “mal educado”, “grosero”, etc.) (Jakobs, 1997, p.11) La intervención del Derecho penal, como *ultima ratio*, para las conductas con mayor relevancia como normativa social básica será para respetar los principios de esta. Así, si bien las personas pueden variar en su perspectiva de la propiedad y su necesidad (y más aun con el resucitar de corrientes anti-consumismo), la sociedad no puede dejar de reconocer su necesidad por cuanto debe de protegerla, no en cuanto un “valor patrimonial/afectivo” del dueño, sino en un valor de la normativa socialmente configurada. Es decir que no se protege el “derecho a la propiedad” del propietario, sino el concepto de lo que la propiedad significa, he ahí la expresión del sentido de la sociedad cuando protege este aspecto (Jakobs, 1997, p.12).

El Estado debe castigar tales conductas. Sin embargo, no lo hace de una manera “restauradora” considerando que el daño ya se realizó. Sino que de por sí, la pena (como las palabras y las señales de “pare”) tiene un significado

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

comunicativo. Pero antes que dicha pena cumpla su significado debe producirse una conducta, la cual contendrá también un significado, una expresión de sentido. Una persona que configura su mundo en contra de lo que esta socialmente (y normativamente) configurado demuestra que quiere establecer una conducta en contra de lo que es socialmente aceptable, así un conductor que maneja a exceso de velocidad expresa con su conducta que tiene cosas más importantes en su cabeza que importarse por la vida de los demás conductores (Jakobs, 1997, p.13). Esto crea una contradicción a la norma, que se configura por la infracción a la misma. Esta conducta pone en la sociedad a la norma (de límite de velocidad” y a la orientación social de los valores normativos, bajo la mira de su validez. Por lo que la norma es expresada, ya no como un mal impuesto sobre otro sino, como una réplica ante la actitud del infractor: que la conducta del autor no es determinante y que lo determinante es la norma. De esta manera, la norma restablece su vigencia ante la sociedad como modelo valido de organización (Jakobs,1997, p.13). “En definitiva, el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante” (Alfonso Zambrano, 2002, p.13).

Hay diversas críticas a esta teoría, en fin, muchas de ellas por que pretenden encontrarle un fin retributivo especial a la pena, es decir, prefieren una visión basada en el imputado más que en el derecho. Por ello, Zambrano Pasquel si bien dice que la prevención general positiva trata de prevenir la destrucción de la conciencia social y si confianza en el Derecho Penal, también dice erróneamente que irrespeta los derechos y la dignidad humana del sometido al derecho penal, (Zambrano Pasquel, 2006, p.368) cuando al contrario, la

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

prevención general positiva solo tendría su efecto respetando la dignidad de la persona, por cuanto su sentido es restablecer la confianza en el derecho, mas no atentar contra el derecho del imputado (Jakobs, 2005, p. 155).

Ahora bien, también puede entenderse, desde una perspectiva muy similar a la anterior, que las normas jurídico penales no solo tienen un papel imperativo, sino también uno valorativo. No son solo una configuración del orden social, sino también una configuración de los valores ético sociales, como “configuración modificadora de las costumbres” (Silva, 2010, 474). Desde esta perspectiva, no son solo las expectativas normativas las que son frustradas, sino que se pone en duda los propios valores ético-sociales, teniendo así la pena una forma de reafirmar dichos valores, adquiriendo así una función “educativa” (Silva, 2010, 476).

III.c.- Teoría de prevención especial positiva

La teoría de prevención especial busca evitar que se cometan nuevos delitos, mediante la corrección, reeducación, resocialización. Conforme a esta teoría, la finalidad de la pena se resume en la prevención que se dirige hacia el autor (Mir Puig, 2006, p.84). Esta teoría es la principal representante de las teorías de resocialización, ya que se obliga a proteger al individuo y la comunidad, pero a su vez busca ayudar al autor, sin excluirlo, sin señalarlo, simplemente integrándolo; con esta teoría cumple con las exigencias que plantea un estado social de derechos (Roxin, 1997, p.85).

Toda prevención especial va dirigida directamente al reo, en vez de dirigirse a la sociedad. Es el propio reo, a través de la pena impuesta, quien recibe su lección, además de requerir educación de tal manera que se vea alejado de

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

futuros comportamientos delictivos, logrando su adaptación con la sociedad (Jescheck, 2002, p.74). La pena privativa de libertad debe ser enfocada siempre hacia la resocialización del individuo según sus necesidades personales: esto mediante una correcta educación, tanto académica como corporal, y se tendría un refuerzo de su conciencia, lo que ayudaría a la concientización de la responsabilidad de sus actos. (Bacigalupo, 1999, pp.416-417)

Pero esta teoría no está lejos de ser criticada, pues pese que en el discurso político suele ser la más utilizada, el tratamiento que se otorga en la ejecución de la pena muchas veces se muestra ineficaz. Esto al punto de que bajo la frase de “*nothing works*” se ha dirigido un escepticismo y resignación a esta teoría (Roxin, 2016, p.84). Por ello la mejor disposición para el reo son condenas que contengan ayudas sociales, y concretas, esta sería la mejor prevención especial que se le pueda dar (Jescheck, 2002, p.74 – 75).

III.d.- Teoría de prevención especial negativa

A la prevención especial positiva se le añadió una idea adicional: no solo debía servir la pena para corregir al delincuente que lo necesitare, sino que podría también servir para “suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes” (von Liszt, 1999, p. 10). Esta era la idea de la inoculacion, o inocuización, de von Liszt: donde se separaba completamente al delincuente ya no por una “adaptación artificial” al medio –la resocialización-, sino por una “selección artificial” –terminología que adopto del lenguaje evolucionista (von Liszt, 1999, p. 10). Una idea similar era el fin de la pena en la teoría de Lombroso, la cual veía al delito como una enfermedad, al delincuente como un

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

enfermo que debía ser tratado mediante la causación de un mal al autor a fin de beneficiar a la sociedad. Pero esta teoría es claramente incompatible con la idea de una sanción jurídica (Zaffaroni, 2002, p.64): Como crea impedimentos físicos para una neutralización de la conducta mediante un control del autor, quien es para Lombroso patológicamente un delincuente y por lo tanto no es una “pena” sino más bien una medida de seguridad), no motiva un comportamiento sino que lo impide en su totalidad, quitándole la voluntad a la persona -y con ella su exclusión de la sociedad- (Jakobs, 2004, p.56). Es mediante esta teoría que se justifican penas como la cadena perpetua o la pena de muerte, las cuales no se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico.

IV.- La función del Derecho penal en la Constitución

Tras haber hecho un análisis de las distintas teorías, la pregunta es: ¿Cuál de estas se adapta mejor a nuestra Constitución? Si bien, en principio, podríamos negar la validez de la prevención especial negativa como una forma constitucionalmente válida de imposición de penas -pues choca claramente con la prevención especial positiva-, no se puede decir lo mismo de ninguna de las demás teorías.

Si se empezara con el propio artículo primero de la Constitución, que establece al Ecuador como un Estado de Derechos y Justicia, se requerirá que toda pena cumpla el criterio de justicia: es decir, toda pena debe ser justamente impuesta a su autor cuando se halle un merecimiento en su imposición y en la medida en que se lo merezca. Esto nos permite aplicar las teorías retributivas, que a su vez –en cuanto a la proporcionalidad- se verá reconocido en el artículo 76 numeral 6.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Sin embargo, las perspectivas resocializadoras también tienen su espacio en la Constitución, pues no solo se verán reflejadas en el artículo 77 numeral 11 de la Constitución –el cual establece la obligación de mirar las circunstancias, la personalidad y las exigencias de reinserción social del sentenciado-, sino que además toda la sección decimotercera del capítulo cuarto del título IV de la Constitución se dedica a explicar el sistema de rehabilitación social. Esto da paso a que la prevención especial positiva tenga un lugar firme en la constitución, teniendo al autor como centro de la aplicación de la pena. Sin embargo, esto no significa desconocer el papel de la víctima, pues como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional –así como la Corte IDH- han reconocido los derechos de las víctimas en los procesos penales. Estos derechos también se encontrarán recogidos en el artículo 78, garantizando así el derecho a la verdad y a la satisfacción de la víctima.

Por último, hay que señalar que nuestra Constitución establece en su artículo 393 que se garantizará la seguridad humana a través de políticas para prevenir la comisión de infracciones y delitos; si bien parece ser una redundancia, puede ser justificada por la importancia de la connotación, para así incluir ya no solo a las infracciones penales, sino también a las administrativas. Esta prevención, como política pública, no solo incluiría la prevención especial positiva, sino además ambas teorías de la prevención general. Pero entender que todas estas teorías tienen su aplicación no es “mezclar” las teorías sino entender que estas funcionan en distintas etapas.

La función de la pena siempre cambiará según el momento en el que la pena está en funcionamiento. Es decir, la pena en sus tres etapas (la amenaza, la

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

aplicación y la ejecución) puede no responder a los mismos principios (Bacigalupo, 2004, p.63). Roxin, al respecto, señala una concepción dialéctica, también llamada “teoría de los niveles” (Roxin, 2001, p.221) por la que trata de darle una función a la pena en los diferentes estratos en los que actúa. La retribución y la prevención no son elementos contrarios, ya que su fusión es bastante posible, de tal manera que la pena no sea dictada de manera particular, sino desde el punto de vista de compensación ante la culpabilidad por el delito cometido, ya que la finalidad de la pena es alcanzar la prevención de una manera justa y correcta (Jescheck, 2002, p.74 – 75). La pena justa responde ante lo injusto de la culpabilidad del actor, actuando sobre el de forma preventiva, que es así por la responsabilidad que crea ante el mismo (Jescheck, 2002, p.74 – 75).

Nos dice Roxin: “una pena sólo es legítima si es preventivamente necesaria y si, al mismo tiempo, es justa, en el sentido de que evite todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de la culpabilidad por el hecho”. Roxin no niega la prevención general, sin embargo, (2001, p.213) prefiere desplazar la prevención general negativa por la prevención general positiva. Para Roxin, esta prevención general trae, a su vez, tres efectos: aprendizaje, mediante la expresión de las normas sociales básicas que no puede tolerarse su violación; el de confianza, cuando el ciudadano ve que el derecho se impone, y; la pacificación, que es cuando la violación de la ley se confronta ante la intervención estatal y se restablece la paz jurídica (2001, p.213)

Roxin explica que la prevención general actúa, primero, en cuanto a las conminaciones penales, aun cuando no se ha cometido el delito. Aquí básicamente actúa la intimidación y el aprendizaje, de un límite de tolerancia social ante la

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

violación de las reglas sociales, de la prevención general (2001, p.219). Sin embargo, al momento de imponer la sanción, ya debe de tenerse otros factores en mente. Roxin nos señala que al momento de imponer la sanción es el momento más importante de la pena y tiene vital importancia tanto la prevención general como la especial (2001, p.222), a ello hay que añadirle la importancia de la retribución en los momentos de la imposición de la pena (y de la investigación estatal), pues si la pena debe ser justa, merecida y proporcional; y además se debe tener en consideración los derechos de la víctima, es en el momento de la conminación penal donde entra la retribución como límite de la prevención (Mir, 2008, p.91). Entre más fuerte es el delito, más importancia tiene la prevención general, y la limitación de la pena con la culpabilidad; pero con delitos de menor relevancia se puede actuar con mayores criterios preventivos especiales, por cuanto “una reintegración social del condenado es para la seguridad pública más útil que un rigorismo que fomente la reincidencia” (Roxin, 2001, p.222). En la última etapa de la pena, su ejecución, no se puede aspirar más que a la prevención especial mediante la resocialización (2001, p.223). Si en esta etapa no se tiene esto en cuenta, solo se estaría intentando infligir un mal en el condenado, por lo que se revertirá el efecto a una desocialización definitiva (2001, p.223).

V. Conclusión

Al concluir el presente trabajo de investigación, se puede decir que las teorías de la pena siempre estarán en un constante debate abierto y bastante complejo. La doctrina afirma que la pena debe ser constrictiva e insufrible, indeseada por el delincuente. La pena verifica que su finalidad es mantener el correcto orden, seguridad y respeto por los derechos de la sociedad. En otras

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

palabras, el retribucionismo clásico, donde encontramos la ley del talión, incluyendo los estudios de Hegel y Kant, ha finalizado. Ya que en un estado de derechos como lo es nuestro país, no lo permite. Esto se debe a que el delito y la pena se tornarían irracionales y concurriendo en dos males, el mal de la víctima producido por el delincuente y el mal de la pena hacia el autor del delito. Por tanto, se debe recurrir ante medidas de prevención para poder lograr lo que se busca. Además, de estar vinculada a la existencia del ser humano, hoy mejorada en nuestra sociedad. Cabe recalcar, que los mayores aciertos de la pena, es evitar la relación entre venganza y pena, ya que es necesario para que se funde el neoretribucionismo. El neoretribucionismo da respuesta a la prevención de la pena, sea general o especial, la diferencia es su implementación, ya que puede dudarse de su legitimidad o excesos punitivos. De las tantas teorías que existen sobre la neoretribución se puede encontrar un fin común, y es que hay justificaciones para poder adoptar la teoría de la pena en un estado de derechos. La justificación de la pena se basa en su fundamentación, el delincuente que merece ser castigado, la justicia defiende la teoría de retribución por sus orígenes, pero en la actualidad, el delito está dotado de significados jurídicos sociales, que atentarían contra la sociedad; este mal que causa el delito es reparado por la pena, indudablemente el castigo aporta a la norma legal vulnerada, y protege los derechos de una sociedad.

Por otro lado, la retribución deja de atender solamente al sufrimiento de la pena, como un castigo que protege a la sociedad, sino que adquiere un sentido ético del Estado, para ser un aporte genuino al Derecho Penal. Además, viéndolo hacia tiempos antiguos, el imponer una pena se justificaba por el hecho cometido

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

y para el delincuente, la pena justificaba ese acto delictivo, de allí se deriva la proporcionalidad entre delito y pena. Significa que la pena atiende al delito. Por lo tanto, cumplía con la seguridad jurídica de un estado de derechos. La retribución es clara, se caracteriza por tener dos elementos importantes: adecuación y necesidad de la pena con respecto a la vigencia de la norma y si es grave o no. Por lo antes expuesto, estos elementos se concretan para poder determinar una pena merecida para el delincuente. La revisión al pasado también hace referencia hacia la culpabilidad, ya que puede castigar al delincuente, siempre que este delito haya sido cuestionado en cuanto a la vigencia de la norma, por lo que resulta como respuesta una crítica del Derecho Penal. Se puede afirmar que existe un daño material para la víctima, pero no moral, ya que la función del Derecho penal es la retribución.

No obstante, la prevención se logra, pero es indirecta a la pena, ya que no puede ser un fin del derecho penal. La concepción neoretribucionista del autor del delito, emparejada con la culpabilidad, reconoce al delincuente como un ciudadano y asimismo su dignidad como persona. Es necesario destacar que el pensamiento de algunos autores sobre la imposición de la pena debe constituirse en relación a los intereses que tienen las víctimas. Estas opiniones dan soporte a la confianza que tiene la sociedad en cuanto a la credibilidad sobre el sistema del Derecho Penal, siendo efectivas para poder controlar los delitos, a través de esta credibilidad moral y la normativa. Esto lleva a pensar a la sociedad que la pena es un bienestar, aunque solo sea para la sociedad misma.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Referencias bibliográficas

Bacigalupo Enrique, (2004). Derecho Penal: Parte General. Lima, Perú: Ara.

Diez Ripollés José, (2005). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana.
Anuario de Filosofía del Derecho.

Frisch Wolfgang. (2014). Pena, delito y sistema del delito en transformación.
Barcelona, España: Revista para el análisis del Derecho.

G.W.F. Hegel, (2005). Principios de la Filosofía del Derecho. Barcelona, España:
Edhasa

Jakobs Günter, (2000). La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del
Presente” en Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la
Sociedad. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia

Jakobs Günter, (2004). Personalidad y Exclusión en el Derecho Penal en
Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad.
Madrid, España: Thomson Civitas.

Jakobs Günter. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. Madrid, España: Reus
S.A.

Jakobs Günter. (2004). La pena estatal: significado y finalidad. Madrid, España:
Thomson Civitas.

Jakobs Günther, (1997). Derecho Penal: Parte General, Fundamentos y teoría de
la imputación, Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs Günther, (1998). Imputación Jurídico-Penal. Bogotá, Colombia:
Universidad del Externado.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Mezger Edmund, (1958). Derecho Penal Libro de Estudio: Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina.

Morselli Elio, (1995). Neo-retribucionismo y Prevención General Integradora en la Teoría de la pena. Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales.

Roxin Claus. (1976). Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid, España: Reus S.A.

Silva Sánchez Jesús, (2009). Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. Revista de Estudios de la Justicia.

Varios Autores, (2001). Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje a Claus Roxin. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner

Zaffaroni Raúl, Plagia Alejandro y Slokar Alejandro, (2002). Derecho Penal: Parte General 2da Ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zambrano Pasquel Alfonso, (2006). Derecho Penal Parte General. 3ra Edicion. Lima, Perú: Ara.

Zavala Baquerizo Jorge, (1986). La Pena, Tomo 2. Ecuador: Ecu.

Carnevali Rodriguez Raúl, (2009). Problemas de Política Criminal y otros estudios. Santiago, Chile: Legal Publishing.

Lopez Inmaculada, (2012). Reparación de la víctima en el Proceso Penal: la mediación Penal. Revista criminología y justicia.

Mir Puig, (2006). Derecho Penal Parte General. Barcelona, España: Reppertor.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Bibliografía

Basta Danilo. (2004). Justicia Penal en Kant. Madrid, España: Uned.

García Cavero Percy, (2007). Derecho Penal Económico: Parte General. Lima, Perú: Marcial Pons.

Gomez Horta Rafael. (2016). Prevención General y Especial en el Sistema Penal Penitenciario Colombiano. Summa Iuris, Vol. 4, No.1, PP. 178.

Hawking Stephen, (2001). El Universo en una Cáscara de Nuez. Madrid, España: Bantam Spectra.

Jiménez de Asúa Luis, (1950). Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Losada S.A.

Jiménez de Asúa Luis, (1958). Principios del Derecho Penal, la Ley y el Delito. Buenos Aires, Argentina: sudamericana.

Kant Immanuel, (2005). Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, España: Marcial Pons.

Kant Immanuel. (2008). Metafísica de las Costumbres, 4ta ed. Madrid, España: Tecnos.

Londoño Hernando. (1984). La Prevención Especial en la Teoría de la Pena. Bogotá, Colombia: Temis.

Muñoz Conde Francisco. (2010). Derecho Penal: Parte General. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCION ECUATORIANA

Fletcher George, (1999-2000). The place of victims. Rev. 51.

Yacobucci Guillermo Jorge, (2005). Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Perú: Ara.

Leyes consultadas

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente, Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.