



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales
y Juzgados de la República del Ecuador

TRABAJO DE TITULACIÓN

“La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano”

AUTOR

Byron Iván Nieto Hernández


TUTOR

Alex Llugin Valdiviezo

Riobamba – Ecuador. 2022

AUTORÍA

Yo, Byron Iván Nieto Hernández, estudiante de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo, con cédula, 060336011-6, declaro que las ideas, doctrinas, resultados, conclusiones y recomendaciones son de mi absoluta responsabilidad; así también los derechos de autoría le corresponden a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Byron Iván Nieto Hernández
CI: 060336011-6

PÁGINA DE DECLARACIÓN EXPRESA DE TUTORÍA

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

ALEX LLUGUIN VALDIVIEZO, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO

Que durante la elaboración y desarrollo del presente proyecto de investigación titulado **“LA TEORÍA DE LA PENA Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO”**, he acompañado al estudiante Byron Iván Nieto Hernández en calidad de tutor, de conformidad a lo que determina el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Chimborazo.

Ante tal consideración, sugiero se proceda con los trámites respectivos a fin de que el Sr. Byron Iván Nieto Hernández lleve a cabo la defensa del presente proyecto investigativo.

Riobamba, 20 de enero de 2022



Alex Lluguin Valdiviezo

TUTOR



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“LA TEORÍA DE LA PENA Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO”

Proyecto de Investigación Previo a la Obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, ratificado con sus firmas.

CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Tutor. Alex Lluquín Valdíviezo.

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

Miembro I. Dr. Robert Falconi.

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

Miembro II. Dr. Bécquer Carvajal.

10

CALIFICACIÓN

FIRMA

NOTA FINAL: 10



CERTIFICACIÓN

Que, **NIETO HERNÁNDEZ BYRON IVAN** con CC: **060336011-6**, estudiante de la Carrera de **DERECHO**, Facultad de **CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**LA TEORIA DE LA PENA Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO**", que corresponde al dominio científico **DESARROLLO SOCIOECONÓMICO Y EDUCATIVO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y CIUDADANA** y alineado a la línea de investigación **DENOMINADO DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**, cumple con el 0%, reportado en el sistema Anti plagio nombre del sistema, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 14 de marzo de 2022

Dr. Alex Fabricio Lluquin Valdiviezo
TUTOR

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación, a mi padre Guillermo Nieto, mi madre Esthela Hernández, por su sacrificio y esfuerzo en otorgarme los medios necesarios para acceder a una educación de calidad, por estar presentes y atentos en mi desenvolvimiento tanto académico como personal, de igual manera dedico el presente trabajo de investigación a mis hermanos Kristian, Xavier, Bryan y a mi novia Elizabeth, por brindarme su apoyo, durante toda mi vida académica, por estar presente siempre que los necesitaba.

Byron Iván Nieto Hernández

AGRADECIMIENTO

En primero lugar gracias a la Universidad Nacional de Chimborazo, por dar apertura a mi formación académica contando con excelentes docentes pertenecientes a la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, de igual manera un profundo agradecimiento a mis padres, hermanos, y amiga cercana por estar siempre pendiente en mi proceso educativo, apoyándome incondicionalmente en cada momento de alegría o angustia, de igual manera a mi tutor de tesis por su apoyo y colaboración prestada para el correcto desarrollo del presente trabajo de investigación.

Byron Iván Nieto Hernández

ÍNDICE GENERAL

AUTORÍA	
PÁGINA DE DECLARACIÓN EXPRESA DE AUTORÍA	
CALIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICACION DEL PLAGIO	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE CUADROS	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I.....	14
1 INTRODUCCIÓN.....	14
1.1.- Problema.....	15
1.2.- Justificación.....	17
1.3.- Objetivos.....	18
1.3.1- Objetivo General.....	18
1.3.2.- Objetivos Específicos.....	18
CAPÍTULO II.....	18
MARCO TEÓRICO.....	18
2.1.- Estado del Arte.....	18
2.2.- Aspectos Teóricos.....	23
UNIDAD I.....	23
2.2.1. La Teoría de La Pena.....	23
2.2.2.- Teoría Absoluta de la Pena.....	27
2.2.3.- Teoría relativa de la pena.....	34
2.2.4.- Teoría mixta de la pena.....	40
UNIDAD II.....	43
2.2.5. Sistema penitenciario.....	43
2.2.6. Escuelas teóricas del sistema penitenciario.....	43
2.2.7. Sistema penitenciario ecuatoriano.....	45
2.2.8. Políticas públicas en el sistema penitenciario ecuatoriano.....	48
UNIDAD III.....	50
LA PENA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO.....	50

2.2.10. Objetivos de las políticas penitenciarias	50
2.2.11. Los fines de la pena en la constitución de la república y en el código orgánico integral penal.....	51
2.2.12. Prevención general y prevención especial en la realidad ecuatoriana	52
2.2.14. Determinación de la teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano.	54
2.3. Hipótesis	56
CAPÍTULO III:	56
3 METODOLOGÍA.....	56
3.1. Unidad de análisis.....	56
3.2. Métodos	56
3.3. Enfoque de investigación.....	56
3.4. Tipo de investigación.....	56
3.5. Diseño de investigación.	57
3.6. Población de estudio	57
3.8. Técnicas de recolección de datos	58
3.9. Técnicas de análisis e interpretación de información.	58
3.10. Comprobación de hipótesis.....	58
Comprobación de hipótesis.....	58
CAPÍTULO IV:	59
4 RESULTADOS Y DISCUSIÓN	59
Entrevista realizada al Director del Centro de Privación de la Libertad del cantón Riobamba.	59
4.1. Resultados	59
4.2. Discusión.....	61
Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.....	62
4.3. Resultados	62
4.4. Discusión.....	63
Encuestas realizadas a los Jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.....	64
4.5. Resultados	64
4.6. Discusión.....	65
Encuestas dirigidas a los Jueces de Garantías Penitenciarias de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.	66
4.7. Resultados	66
4.8. Discusión.....	67

CAPITULO V	68
5.1 Conclusiones.....	68
5.2 Recomendaciones	69
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
ANEXO.	74
Anexos 1	74
Anexos 2	75
Anexos 3	76
Anexos 4.....	77

ÍNDICE DE CUADROS

Tabla 1: Población	57
Tabla 2: Comprobación de hipótesis	58
Tabla 3: Pregunta 01.....	59
Tabla 4: Pregunta 02.....	59
Tabla 5: Pregunta 03.....	60
Tabla 6: Pregunta 04.....	60
Tabla 7: Pregunta 05.....	60
Tabla 8: Pregunta 01.....	62
Tabla 9: Pregunta 02.....	62
Tabla 10: Pregunta 03.....	63
Tabla 11: Pregunta 04.....	63
Tabla 12: Pregunta 05.....	63
Tabla 13: Pregunta 01.....	64
Tabla 14: Pregunta 02.....	64
Tabla 15: Pregunta 03.....	64
Tabla 16: Pregunta 04.....	65
Tabla 17: Pregunta 05.....	65
Tabla 18: Pregunta 01.....	66
Tabla 19: Pregunta 02.....	66
Tabla 20: Pregunta 03.....	67
Tabla 21: Pregunta 04.....	67
Tabla 22: Pregunta 05.....	67

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la cuestión criminal desde una postura dogmática, a través de la cual se pretende justificar la necesidad de la pena y sus fines. La dogmática penal trabaja sobre este tema para encontrar los fines que ésta a de tener que perseguir dentro de un estado democrático.

Al abordar este tema, la dogmática jurídica penal la ha dividido en tres corrientes principales, tenemos a las teorías absolutas que basándose en una idea de retribución justifican la existencia de la pena en el ideal de justicia absoluto, que este busque algún fin ulterior. Aquí se presenta los pensamientos de Kant y Hegel como la fuente de estas teorías, el primero concibió a la pena como un imperativo categórico, mientras que el segundo la concibió como la negación del delito.

Con la teoría social del derecho aparece en la escena de la dogmática penal el funcionalismo y con esta corriente las teorías de la pena que la consideran como relativa, basándose en las necesidades de cada estado para construirlas y aplicarlas. Serán entonces prevención especial y general las corrientes que aquí han tomado forma. En el sistema jurídico ecuatoriano, han sido estas escuelas las que han tomado singular protagonismo, llegando incluso a tener rango constitucional, con motivo de desarrollar sobre ellas un sistema penitenciario que posibilite la rehabilitación de las personas.

El desarrollo de estas teorías condujo a la dogmática a desarrollar una tercera propuesta unificadora de las dos anteriores. Aquí retribución y prevención se juntan para construir un sistema que cubra completamente la función y los fines que ha de tener la pena y el sistema penitenciario. Estas corrientes doctrinales por otro lado también han incidido en el sistema de rehabilitación social ecuatoriano dirigiendo la conformación y creación de los entes que lo regulan.

ABSTRACT

This research work give a lecture of the criminal issue from a dogmatic position, through which it is intended to justify the need for punishment and its purposes. Criminal doctrine works on this issue to find the goals that it must pursue within a democratic state.

When addressing this topic, criminal legal doctrine has divided it into three main currents, we have the absolute theories that, based on an idea of retribution, justify the existence of the penalty in the ideal of absolute justice, that it seeks some ulterior purpose. Here Kant and Hegel's thoughts are presented as the source of these theories, the first conceived of punishment as a categorical imperative, while the second conceived it as the denial of crime.

With the social theory of law functionalism appears on the scene of penal dogmatic and with this current the theories of punishment that consider it relative, based on the needs of each state to build and apply them. The currents that have taken shape here will then be special and general prevention. In the Ecuadorian legal system, these schools have been the ones that have taken a singular role, even reaching constitutional status, in order to develop a prison system on them that enables the rehabilitation of people.

The development of these theories led dogmatic to develop a third unifying proposal of the previous two. Here retribution and prevention come together to build a system that fully covers the function and purposes that the penalty and the prison system must have. These doctrinal currents, on the other hand, have also influenced the Ecuadorian social rehabilitation system, directing the formation and creation of the entities that regulate it.



Firmado electrónicamente por:
**ALISON TAMARA
VARELA PUENTE**

Docente Encargada: Alison Tamara Varela Puente

CI: 0606093904

CAPÍTULO I

1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto determinar la incidencia de la teoría de la pena en el sistema penitenciario ecuatoriano, para esto analizaremos de forma breve, el origen de la pena como instrumento racional de sanción frente de un ataque a un bien jurídicamente protegido.

En la unidad uno de este trabajo abordaré las teorías de la pena, empezando con la teoría absoluta desde la perspectiva de Kant y Hegel. Aquí se justifica la existencia del castigo como mera retribución, pues la dignidad humana y la proporcionalidad, son ejes centrales de esta teoría. Para estos filósofos la retribución es entendida por un lado como un imperativo categórico cuyo objetivo es realizar de manera material el ideal de justicia y por otro en la negación del delito a través de la pena con el objeto de restablecer la armonía en la sociedad civil resquebrajada por el delito. En todo caso ambas teorías niegan de manera categórica, la utilidad funcional de la pena con fines preventivos.

Al revisar las teorías relativas repasaremos la característica esencial que les da el nombre de teorías relativas, serán entonces prevención general y especial las teorías que sustenten los fines de la pena que se apegan mejor a la realidad de cada sociedad, a través de esta justificación teórica se identificará entonces el fin preventivo de la pena, con respecto al delito. Para lograr esto, aquí la prevención se la dirige al delincuente y a la sociedad, engendrar una amenaza directa de una pena para persuadirlos de no cometer delitos o que eviten reincidir en su cometimiento. En su defecto la pena preventiva cometido el delito actuará directamente sobre el sujeto para reeducarlo o en su defecto eliminarlos con el fin de impedir que vuelva a delinquir.

Pasaré también a revisar las llamadas teorías mixtas o de la unión, en las que se pretende unificar la función preventiva y retributiva de la pena y que han nacido como una tercera alternativa que hace frente a las críticas que han hecho tambalear a las teorías retributiva y preventiva. Por lo tanto, prevención y retribución aquí se complementan, con el afán de completar la justificación de la pena a través de una teoría que toma los elementos más importantes de cada teoría pura de la pena.

En la unidad dos se analizarán, el fundamento teórico del sistema penitenciario, sus antecedentes y su justificación filosófica. Se abordará el tema también desde una

perspectiva crítica del sistema penitenciario y de su institución más relevante la cárcel. Se revisará también la estructura del sistema penitenciario ecuatoriano y funcionalidad. En esta parte de la investigación, será necesario revisar también el reglamento del sistema penitenciario ecuatoriano, su conformación, sus atribuciones y competencias.

Por último, en la unidad tercera revisaré el sistema penitenciario ecuatoriano, su conformación, las competencias del organismo técnico que lo preside y los objetivos del sistema. Por ser esta una institución que atiende a un órgano sensible de la superestructura del estado, revisaré también su fundamento constitucional y legal, así como su incidencia en el sistema de rehabilitación social. Aquí por ser importante la fundamentación teórica de este sistema regresaremos brevemente a revisar las teorías relativas, y de la rehabilitación de las personas privadas de su libertad.

1.1.- Problema

El problema del sistema penitenciario ecuatoriano tendrá que ser analizado necesariamente desde diversos enfoques, filosóficos, sociológicos, criminológicos, e inclusive económicos. Mas sin embargo en el presente trabajo se estudiará el problema del sistema penitenciario ecuatoriano bajo su concepción jurídica, analizando para el efecto la dogmática jurídica penal, que en el sistema de administración de justicia ordinaria en el Ecuador lo sustenta científicamente.

En consecuencia, debido al monopolio del ejercicio del poder punitivo estatal, es necesario construir un discurso legitimador sobre el sistema penitenciario, que solo podrá hacérselo alrededor de la racionalidad de la pena. Y esta a su vez dependerá de la coherencia que tenga con los elementos del sistema penal que estructural y sistemáticamente la antecede. En consecuencia, la función de la pena estatal tendrá que sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, a saber, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual(Meini, 2016).

Entonces para el sistema penitenciario ecuatoriano, será de trascendental importancia desarrollar el estudio dogmático y la aplicación de la teoría de la pena. Pues al sostenerse el sistema sobre la determinación de una pena, que a su vez castiga la ejecución de una infracción, los fines que esta persiga terminarán condicionando todo el sistema de justicia penal ecuatoriano. En este contexto la opinión pública parece perderse

entre la teoría y los fines que persigue el sistema penitenciario y entre lo que considera justo o injusto.

Entonces para que el sistema penitenciario no se convierta en un mero instrumento de la vendetta pública, será importante que cada pena individualizada, particular y específica, deba ser absolutamente adecuada y proporcionada al índice de reprochabilidad de cada infracción. Constituyéndose así la teoría de la pena en el paradigma, al que el sistema penitenciario ecuatoriano ha de tener que apuntar.

La teoría de la pena, que ha llegado a sustentar el sistema penitenciario ecuatoriano, se ha cimentado sobre el funcionalismo penal, que a su vez desarrolla dos presupuestos teóricos que conceptualmente se contraponen. Por un lado la constitución de la república apunta a construir el sistema penitenciario sobre la prevención especial positiva, pues manifiesta que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos(ConsE. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, Art. 201).

En su defecto el Código Orgánico Integral Penal, dispone que los fines que persiga el sistema penitenciario ecuatoriano, estén determinados por la prevención general entendiendo para esto que, esta teoría concibe a la pena como una amenaza que, se hace efectiva a través de la ley penal, infringiéndola a la ciudadanía de manera general, con el propósito de disuadir la comisión de delitos y la peligrosidad latente del potencial delincuente(COIP, Registro Oficial Suplemento N.º180, de 10 de febrero de 2014, Art. 52).

Esta amenaza de coacción abstracta de la pena, se verifica al emitir una sentencia, pues su ejecución implica presumir, que este castigo sea tomado como ejemplo de lo que podrá sucederle al individuo que como el sentenciado, haya infringido la norma penal.

Con este antecedente, nos damos cuenta que el sistema penitenciario ecuatoriano, se enfrenta a un problema estructural, que ha provocado el colapso del sistema penitenciario. Entonces se puede presumir que la causa del fallo del sistema es la contradicción conceptual sobre la que el Ecuador ha emprendido la construcción de su modelo penitenciario.

El problema central entonces sobre el que girará este trabajo investigativo, será la contradicción conceptual de la teoría y los fines de la pena, contemplados en la Constitución de la República, y en el Código Orgánico Integral Penal y la incidencia que esta contradicción dogmática tiene sobre el sistema penitenciario ecuatoriano. Esta contradicción dogmática, a priori le resta legitimidad y eficiencia al sistema penitenciario, pues desnaturaliza la concepción misma con la que la constitución pretende dirigir el sistema.

1.2- Justificación

El estudio de la incidencia de la teoría de la pena en el sistema penitenciario ecuatoriano, no se ha desarrollado de manera profunda, motivo entre tantos otros, por el que el sistema ha fallado. La importancia del desarrollo de este tema radica entonces en establecer con absoluta claridad los presupuestos teóricos y dogmáticos del sistema penitenciario, a fin de construir un sistema sobre bases científicas que le otorguen legitimidad y le permitan cumplir a satisfacción con el ideal de justicia y con los fines que la constitución de la república persigue.

Este estudio dogmático será necesario entonces, para delimitar e identificar los fines y la teoría de la pena que la norma constitucional ecuatoriana persigue y la desarrollada en la norma legal inferior, a fin de identificar el camino por el que el sistema ha de tener que dirigirse.

Un sistema penitenciario coherente, que asuma un planteamiento dogmático, como punto de partida con fines teóricos coherentes, será capaz de soportar las consecuencias jurídicas que la aplicación de las penas genera. Objetivamente hablando las consecuencias personales que su ejecución significan para el condenado no tendrían que ser consideradas por el sistema. En consecuencia, desde una perspectiva funcional, este análisis debe agotarse únicamente en el efecto que esta tenga sobre el índice de criminalidad.

1.3.- Objetivos

1.3.1- Objetivo General

Identificar las condiciones que configuran la teoría de la pena y su aplicación en el sistema penitenciario ecuatoriano.

1.3.2.- Objetivos Específicos

Objetivo Específico 1: Determinar de qué manera la prevención general influye en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Objetivo Específico 2: Determinar de qué manera la prevención especial influye en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Objetivo Específico 3: Determinar de qué manera la rehabilitación influye en el sistema penitenciario ecuatoriano.

CAPÍTULO II.

MARCO TEÓRICO

2.1.- Estado del Arte

En realidad, la prisión es menos reciente de lo que se piensa, pues esta ha nacido junto con los nuevos códigos. Entonces la forma de la prisión preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales, pues se ha constituido en la forma exterior del aparato judicial, cuando se elaboraron a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir a los individuos, para fijarlos y distribuirlos especialmente, clasificarlos y poder obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerza, para poder educar su cuerpo y codificar su comportamiento continuo.

Este control del individuo dice Foucault, tiene por objeto mantener a los prisioneros en una visibilidad sin lagunas, pues formar en torno a ellos todo un aparato de observación, de registro y anotaciones, construir sobre ellos un saber que se acumule y se centralice, en definitiva, aprisionar a los individuos sirve para volverlos más dóciles y útiles a través de un trabajo preciso sobre su cuerpo, el castigo ha diseñado la institución prisión, antes que la ley penal la definiera como pena.(Foucault, 2016, pág. 5).

Esta discusión nace de las posturas radicalmente opuestas de los detractores y defensores de la prisión, pues los argumentos de ambos bandos, como es lógico no se levantan desde un mismo plano.

Quienes pretenden su reafirmación y ampliación, argumentan en su favor la necesidad de desarrollar un sistema de administración de justicia basado en el eficientísimo penal, que se elija como un modelo pragmático de la persecución penal, con el fin de poner un límite a la criminalidad. Pero por otra parte quienes consideran como excesiva la aplicación y desarrollo del sistema penitenciario, lo hacen desde la perspectiva de un procedimiento penal, desarrollado acorde a los presupuestos de un Estado de derecho.

Entonces con la imperiosa necesidad de contemplar a la pena como el medio más idóneo que tiene el estado para reaccionar frente a una conducta penalmente relevante, nace la presente investigación. Para el efecto es necesario tomar en cuenta también de manera breve los antecedentes históricos de la pena y como ha ido evolucionando la concepción misma y los fines que cada sistema ha contemplado.

Al respecto Ramiro Ávila dice que, en el sistema penal ecuatoriano, convergen dos corrientes dogmáticas, por un lado el garantismo, procurando reducir a su mínima expresión al sistema penal, y por otro el punitivismo, que trata de abrir múltiples puertas y ventanas para que el poder violento del estado pueda entrar, apostando aquí en lugar de los derechos y las garantías, el fortalecimiento de la policía, de las normas, la aplicación rápida y mecánica de prisiones y condenas, graficando con esto dice las dos caras opuestas del sistema penitenciario(Ávila, 2016, pág. 21). Nos damos cuenta entonces que el sistema nace desde su fuente con contradicciones conceptuales, que restan legitimidad y eficiencia al sistema, y que además le quita rigor jurídico por carecer de una base científica.

En este contexto, el abuso de la prisión preventiva aplicada como norma general, apartándose de su carácter extraordinario, se presenta como una respuesta tendiente a satisfacer la necesidad social de percepción de seguridad, y como una garantía para el sistema penitenciario, pero en sentido contrario lo que ha hecho es congestionarlo y saturarlo. Pero más allá de satisfacer la percepción de seguridad de los ciudadanos, la prisión preventiva tendría que obedecer estrictamente a tres postulados fundamentales, que son: Asegurar la presencia del imputado al procedimiento penal, asegurar una

investigación adecuada de los hechos sin que el imputado de alguna manera destruya, altere o interfiera en la investigación o en la recolección de medios probatorios, y asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral y el cumplimiento de la eventual pena. Siendo estos los únicos objetivos sobre los que la prisión preventiva tendría que operar, más sin embargo el uso indiscriminado de esta figura jurídica ha significado para el procesado el sufrimiento de una pena anticipada, que en esta etapa procesal pierde toda finalidad y sentido.

Siguiendo con este análisis, el derecho penal según la constitución, tiene como fin rehabilitar al delincuente, pero según Ramito Ávila si se diera una lectura correcta a esto, la pena al ser reparado el hecho punible, debería extinguirse. Más sin embargo el COIP, ha convertido al sistema penitenciario en una máquina eficiente de emitir sentencias condenatorias, sin importarle los fines que la teoría de la pena persiga. En definitiva dice Ávila el sistema penitenciario que contempla el COIP, tiene normas punitivas que resultarían inconstitucionales.(Ávila, 2016, pág. 36.)

Para que opere la rehabilitación de un individuo, la pena tendrá que ser fijada de manera precisa obedeciendo de manera irrestricta al principio de proporcionalidad, obedeciendo al tiempo y al lugar en la que se la quiere aplicar, debiendo señalar expresamente el espacio de su aplicación, el proceso dentro del cual se ha ordenado su ejecución y los elementos probatorios que han servido para su fijación.

Pero frente a este sistema de garantías que la ley procesal deberá respetar sin excusa alguna, existen casos concretos en los que eventualmente se cometen arbitrariedades, argumentando casos de absoluta necesidad por conmoción o supuestos estados de flagrancia, procurando prestar auxilio a una persona, para evitar la perpetración de un delito, o para poder continuar con la persecución de un sospechoso.

Siguiendo este orden de ideas la teoría de los derechos humanos, establece que el estado es responsable de respetar, garantizar y cumplir los derechos humanos de los privados de libertad, esta responsabilidad se traduce en obligaciones sobre los agentes o terceros que representen al estado, se abstengan de cometer violaciones de derechos humanos, mientras se ejecuta una sentencia, recordando que la consecuencia penal implica únicamente la privación de la libertad ambulatoria(Sánchez, 2016, pág. 210). Lógicamente el respeto por los derechos humanos tendrá que dirigir necesariamente los fines que la teoría de la pena persiga en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Por otro lado es menester entonces, llamar la atención sobre lo importante y delicado que resulta el análisis de los denominados regímenes de rehabilitación dentro del sistema penitenciario, por cuanto podrían convertirse en mecanismos de presión y extorción psicológica que atenten contra la integridad y los derechos de las personas privadas de libertad en el ámbito de su libre desarrollo de la personalidad(Ortega, 2016, pág. 229).

Por otro lado, respecto a los límites y función de la pena, Claus Roxin, ha sostenido que el máximo de una pena no puede bajo ninguna circunstancia ser superado, pero si se puede desobedecer el límite mínimo, cuando por razones preventivas especiales así lo demanden las circunstancias de cada hecho punible, sin embargo, la jurisprudencia internacional ha manifestado que una sentencia sea justa a ambos límites tienen que ser respetados. Sin embargo, el profesor alemán entendió que está permitido por razones de prevención especial imponer una pena a la correspondiente culpabilidad, cuando la pena pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización del reo.(Roxin, 2017, pág. 54).

Por otro lado, cuando el sistema judicial se enfrenta a la oportunidad de imponer una sanción penal a quien ha transgredido una norma, lesionando un bien jurídico determinado, también se encuentra frente a la dificultad que representa su justificación, esto es el problema de determinar la motivación por la cual el estado queda autorizado para castigar(Kamada, 2016, pág. 1).

En el punto de la discusión sobre la fijación de la pena privativa de la libertad en el sistema penitenciario, autores como Jeremy Bentham, Francesco Carrara y Giovanni Bovio, ya advertían la imposibilidad de establecer una proporción del delito y su correspondiente pena sin que exista un grado de arbitrariedad de por medio, así también reconocidos juristas contemporáneos como Luigi Ferrajoli y Luis Prieto, respaldan esta idea, pues el primero de ellos dice que la proporcionalidad de la cantidad de pena se basa en criterios paradigmáticos basados en valoraciones ético-políticas y el segundo lamenta pero admite que, en la determinación de sanciones penales, podrá ser un poco arbitrario, pero no demasiado(Andrade, 2017).

Hay que tomar en cuenta entonces que, la teoría de la pena venía ya construyéndose desde una concepción absoluta, pues ya se venía desarrollando en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea Kant y Hegel. Pues,

para Hegel la pena termina siendo la negación de la negación del hecho, aquí la pena cumple entonces un papel restaurador o retributivo y por tanto según sea el quantum o la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Mientras que para Kant la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, es su único fundamento(Cordini, 2018, pág. 43).

Mientras que la justificación de la pena en razón de sus fines, llama a las teorías que la sustentan relativas, por lo general el fin con el cual estas teorías justifican la pena es la prevención del delito y dependiendo de a quienes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan(Meini, 2016, pág., 148)

Por otro lado, Mir Puig manifiesta que, el planteamiento tradicional equipara la función de la pena a la función del derecho penal y a la medida de seguridad y sobre las teorías de la pena como las absolutas, relativas y la unión de ambas ideas, constituyen los ejes dice, de la discusión moderna en torno a la función de la pena, que como se ha indicado suelen servir de única base para la concepción de la función del derecho penal.

Así para Mir Puig las teorías absolutas proclaman una función retributiva de la pena que suponen entender que la finalidad esencial de esta se agota simplemente en el castigo del hecho cometido, pues refiere que Kant concibe a la pena dentro de esta perspectiva como un imperativo categórico y como tal es una exigencia incondicional de la justicia, pues para el filósofo alemán la pena no se funda en que sirva a la sociedad porque el castigo del individuo es un fin en sí mismo y no puede instrumentalizarse en favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado(Mir, 2016, pág. 48).

Sigue en su análisis el profesor español y cuando se refiere a Hegel dice que, para este, el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la voluntad general representada por el orden jurídico, con la voluntad especial del delincuente, concordancia quebrada por el delito. La posición es la voluntad general, es decir el orden jurídico, la negación de la misma es el delito y por último la negación de la negación, es decir la negación del delito se consigue con la pena, en este planteamiento la pena se concibe como una reacción que mira al pasado es decir al delito y no como instrumento con fines posteriores.

Termina diciendo que la pena dentro de esta concepción no significa que no cumpla ninguna función, pues se refiere a Roxin cuando dice que, ha reconocido que estas teorías absolutas asignan a la pena y con ello al derecho penal, la función de realización de la justicia(Mir, 2016, pág. 49).

Estas teorías absolutas en consecuencia esconden la atribución al derecho penal de otra función que constituye probablemente la razón última de dichas teorías, pues tras la formulación de Kant y Hegel se halla por lo general una filosofía política liberal que ve en la proporción con el delito que obliga la concepción absoluta de la pena un límite de garantía para el ciudadano. Dice también el profesor español que el derecho penal y la teoría de la pena, como toda disciplina del derecho no puede pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra y lo contrario sería confundir sus fronteras con las de la moral, en consecuencia, la pena sólo podría justificarse porque cumple una función de prevención de delitos.

En esta parte empieza diciendo sobre las teorías relativas que, fundamentan la pena en su necesidad para la subsistencia de la sociedad, es decir, la configuración de estas teorías se levanta desde la prevención misma de futuros delitos, esta prevención siempre mira al futuro. El nombre de teorías relativas entonces con el que se les conoce a las posiciones preventivas obedece a que, a diferencia de la justicia que es absoluta, las necesidades de prevención en su defecto son relativas y circunstanciales.

2.2.- Aspectos Teóricos

UNIDAD I

2.2.1. La Teoría de La Pena

Para poder entender la esencia de la pena, tendremos que retrotraernos a su origen, y este lo encontramos en las creencias mágicas de la antigüedad, con cuya causa la venganza del ofendido y su clan, frente al agresor, se perdían entre actos rituales cargados de cierto simbolismo religioso, procuraban conseguir el favor de sus dioses, ofendidos por la falta cometida. Mas sin embargo la pena como una institución jurídica aparece ya codificada en los libros antiguos del pueblo judío que datan de los comienzos de Roma y con los pueblos germanos. Es a través de la Constitutio Criminalis Carolin, que el derecho alemán fue asumiendo el pensamiento de la pena jurídica como una sanción, cuyo monopolio lo manejaría el estado, asociándola a una idea de justicia, que procedía también

de la teoría penal del norte de Italia, a finales de la edad media, logrando así un importante avance en la administración de justicia penal.(Jescheck, 2017, pág. 69).

En el derecho penal, la pena es la institución jurídica más importante de corrección y control social, y a decir del profesor Zaffaroni, su única manifestación, entonces dice que, la pena es la privación de bienes jurídicos, que el estado impone al autor de delitos, en la medida tolerada por el sentir social. Este grado de tolerancia a su vez, tomando en cuenta que es un medio para alcanzar la seguridad jurídica, no es posible medirlo en cada caso con absoluta precisión, por este motivo es necesario atender el grado de injusto y culpabilidad en cada caso concreto, reconociendo para el caso el correctivo de la peligrosidad(Zaffaroni, 2016, pág. 77).

Es incuestionable entonces que la pena es un mal, pues su determinación en unidades de tiempo se traduce materialmente en la fractura de algunos bienes jurídicos del reo, por lo que cualquier lectura que se la quiera dar, a través de instrumentos que nada tengan que ver con la dogmática jurídico penal, significaría dejar la posibilidad abierta a cualquier interpretación autoritaria e irresponsable.

Precisamente por el peligro que representa un desordenado sistema penitenciario, en el Ecuador, se ha generado una discusión sobre la finalidad que el estado persigue al combatir el delito y sobre las condiciones en las que se ejecutan las penas. Discusión que lógicamente ha nacido, de la legitimidad del estado de ejercer el poder punitivo, ejercicio este que se encuentra ineludiblemente vinculado con las teorías de la pena.

Por esta razón la pena tendrá como objetivo el mismo que persiga la ley penal. Después de todo, toda concepción de la pena es necesariamente una coerción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función(Zaffaroni, 2021, pág. 83), claro está este análisis la hace el profesor argentino, desde la escuela funcionalista del derecho penal.

Cuando Muñoz Conde habla sobre la pena, empieza proponiendo un concepto formal de esta, e igual que el profesor Raúl Zaffaroni, entiende a la pena como la imposición de un mal por la comisión de un delito. Pero a diferencia del profesor argentino, al hablar de un concepto formal destaca la importancia del legislador, pues al referirse a un concepto formal, este necesariamente se sustenta en la ley penal(Muñoz, 2017, pág. 29). Y tiene razón cuando sobre este análisis a diferencia de Zaffaroni, dice

que, a partir de esta definición, no se dice nada sobre la naturaleza de este mal o que fin ha de perseguir su imposición.

Esta problemática como ya se dijo antes, trasciende los límites de la ciencia penal, para llegar incluso a los bordes de la filosofía. Pero para poder aclarar este interrogante la doctrina de manera general, indica que se han de tener que observar tres aspectos de la pena, su justificación, su sentido y su fin. Su justificación está dada como medio de represión deseable para hacer posible la convivencia humana, en condiciones de vida fundamentales.

Es acertado entonces el criterio de Hans Jescheck, cuando sobre la justificación de la pena dice que, sólo es necesaria para efectos de conservación del ordenamiento jurídico, como instrumento fundamental de la convivencia de la comunidad. El ejercicio del *Ius Punendi*, perdería legitimación y sentido como tal, si fuera inútil para impedir la infracción abierta insoportable a los bienes jurídicos más importantes. Esto explica entonces el carácter político estatal de la pena, pues esta institución jurídica aparece en el centro de toda comunidad fundada sobre normas jurídicas, como expresión del poder estatal (Jescheck, 20217, pág. 69-70).

De acuerdo con este análisis distinguimos que la pena es necesaria para que el estado pueda cubrir la necesidad de justicia de la comunidad, de lo contrario la convivencia pacífica en comunidad sería imposible. Pues insiste Jescheck el ideal de justicia podría voltearse peligrosamente al retorno de la pena privada, instituyendo el linchamiento como medio para alcanzar la justicia, poniendo como base teórica para esto una justificación social – psicológica de la pena.

También el profesor Mir Puig sobre la pena dice que, es un mal que se impone en cuanto, tal mal como respuesta a la comisión de un delito y cita a Grocio cuando dice que, “*Poenae est malum passionis, quod inflingitur propter malum actionis*”, como nos damos cuenta todos los autores coinciden en que la pena es una reacción frente a la infracción de un delito, pero Mir continúa su análisis y dice que, la pena en el derecho penal no se la interpreta en su significado literal, en su indudable sentido aflictivo, sino como verbo castigar. Esto dice se confirma a la vista de la correlación que el delito tiene con la pena y que le sirve de base a la estructura del código penal, en la que se expresa también una relación de proporción de gravedades (Puig, 2017, pág. 79.)

Para Mir, aunque la pena sea conceptualmente un castigo, esta no significa que este castigo sea su fin último, es decir se aparta del sentido retributivo de la pena. En su defecto reafirma el sentido funcional de la pena, pues afirma que el derecho positivo asigna a la pena una función preventiva, en defensa de los bienes jurídicos.

Con este antecedente nos damos cuenta que la función del derecho penal y la teoría de la pena, tienen una estrecha relación, pues toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal. De aquí que el pensamiento clásico de la dogmática jurídico penal, se haya bifurcado en dos corrientes bien marcadas, que han procurado encontrar una respuesta a estas cuestiones. De un lado se sostiene que el derecho penal, se ha construido con una función metafísica, contenida en un ideal de realización de justicia.

Y del otro lado se sostiene que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales recogidos por el derecho positivo, bienes jurídicos que como se ha visto antes son protegidos a través de la norma penal que describe supuestos de hecho como sus infracciones (Bacigalupo, 2018, pág. 29.).

La discusión que ha intentado resolver a la interrogante de la naturaleza de la pena, a través de un sin número de puntos de vista, ha generado algunas respuestas que se han ido formulando y que se han construido como teorías de la pena, siempre y cuando la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, dice Bacigalupo, no se tratan de teorías, sino más bien de principios y axiomas, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término.

Por tanto, las teorías de la pena no nos dicen que es la pena, porque su ser depende de la naturaleza que se le atribuya, lo que la teoría de la pena nos responde es bajo qué condiciones se legitima la aplicación de una pena. El criterio por tanto más difundido sobre la teoría de la pena, gira en torno a su sentido y fin, discutiendo si estos se agotan en la compensación de la infracción cometida, o pretende a través de la amenaza, evitar la comisión del delito, clasificación de teorías absolutas y relativas, de las primeras me voy a ocupar en este apartado.

2.2.2.- Teoría Absoluta de la Pena

El nacimiento de esta teoría se explica desde una perspectiva histórica, como una reacción ideológica, que revaloriza al hombre (entendido como género humano) como tal y en sí mismo, así como en una preocupación por la dignidad del condenado, dignidad que históricamente hasta ese momento nadie había considerado, frente a los abusos del antiguo régimen conservador y totalitario y de los primeros burgueses. Se levantó también como una propuesta reaccionaria frente a las posturas utilitarias de la pena, fruto de la corriente contractualista, y propuesta por los penalistas de la ilustración europea.

La esencia del contenido de la teoría retributiva de la pena, que tratan de responder en su conjunto la interrogante del contenido, fin y justificación de la pena, se genera al rededor del pensamiento central de dos de los más grandes filósofos europeos, Kant y Hegel.

Muñoz Conde empieza diciendo que esta teoría es la que atiende sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Aquí, el sentido de la pena radica en la retribución, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

Admitir que la pena conceptualmente es un castigo, no significa que el sentido de esta sea automáticamente retributivo, sin embargo, esta corriente se presenta como una de sus funciones trascendentales. Ahora bien, proclamar la retribución como función esencial de la pena, supone entender que con ella se castiga el hecho cometido, esta fue la posición defendida por Kant y Hegel, cada uno desde distintas posiciones (Puig, 49, 2017).

La teoría de la retribución se origina entonces con Kant y Hegel y empieza a elaborarse a partir de Binding, quien postulaba que la dignidad humana no era compatible con la concepción preventiva. Aquí se empieza a rechazar que la pena fuera un instrumento de motivación, pues consideraba que esta motivación surgía única y exclusivamente de la norma. Toda vez que el estado ejerce la potestad del castigo a través de los órganos jurisdiccionales, porque al final del día este es pues su destinatario.

Kant reafirma el contractualismo del siglo XVII, como el marco teórico filosófico con el que se construyeron los estados modernos, en el cual los derechos son provisionales y la sociedad eminentemente política, es en este marco en el que Kant se planteó que el

estado civil protege estos derechos a través del derecho penal y pena determinados actos que atacan estos derechos externos, y que con este fin concede incentivos negativos a través de la amenaza de la pena criminal, por atacar los bienes jurídicos que protegen esas leyes,(Cordini, 2018, pág.677). Según Kant la sola idea de la constitución de una sociedad civil, representa ya una noción de justicia penal, cuya titularidad la ejercerá el poder supremo, entonces aquí la institución jurídica de la pena criminal se explica como una garantía estatal de los principios categóricos.

Sabiendo entonces que el trabajo de Kant giro alrededor de la posibilidad de evaluar las aptitudes de la razón humana, su proyecto filosófico se presenta como un procedimiento judicial, que pretende hacer comparecer a la razón ante el tribunal, para acreditar la legitimidad de sus potestades invocadas,(Herszenbaun, 2018, pág. 49 - 80). Kant concibió la pena como un imperativo categórico, y por tanto la sustento como una exigencia de justicia incondicional, libre de toda consideración utilitaria, la pena no sirve a la sociedad, porque el castigo al individuo que es un fin en sí mismo, no puede mentalizarse en favor de fines preventivos, ajenos a la proporción del mal causado,(Puig, 2017, pág. 50.).

En congruencia con semejante proyecto propuesto por Kant, que pretende revisar con un enfoque crítico los alcances de las facultades de la razón, es sensato esperar de la obra Kantiana algún tipo de ponderación sobre la racionalidad en cada uno de los terrenos del conocimiento en los que ella se jacta de tener autoridad, aquí es pertinente preguntar si la razón tiene legitimidad para brindar un fundamento del derecho penal y de la imposición de castigos,(Herszenbaun, 2018, pág. 49 - 80).

Binding ya desde 1930, aseguraba que, en la retribución, la gravedad de la pena tenía que estar regida por la idea de que el reo reciba lo que por su hecho le correspondía, claro está dentro de los límites de la proporcionalidad, mientras que a la seguridad (es decir para la teoría relativa de prevención), le importa únicamente el aseguramiento, sin tomar en cuenta decía, la proporcionalidad del hecho punible, cambiando incluso el sentido de la ejecución de la medida. Para el casualismo de Binding la defensa social que embanderaba la prevención, era una construcción sistemática demasiado indeterminada y teórica para que dirigiera pragmáticamente la práctica legislativa y la construcción de jurisprudencia, entonces el carácter asegurativo de las medidas de protección que pretenden prevenir los actos dañosos y que están ejercidos por el estado (por sus órganos agentes o representantes), termina siendo al final del día derecho administrativo.

En esta interpretación de la pena, esta es literalmente retribución *in malam partem*, pues según el profesor alemán, cuando en la historia apareció la pena como institución jurídica ejercida por el estado, esta sustituyó a la venganza privada, convirtiéndose en una retribución perfeccionada y objetiva, desplazando de su ser, su naturaleza instintiva, ilimitada y apasionada.

De acuerdo con la teoría de la retribución, queda por sentado que la pena es un mal que sufre el delincuente para compensar el mal causado. De aquí se deduce, que la retribución estaba dirigida directamente por la proporcionalidad entre delito y pena. Aquí se establece entonces un límite ineludible a la pretensión punitiva del estado, que encierra esta teoría absoluta, como único imperativo categórico emergente de la idea de justicia, tal como lo desarrolló Kant (Andrade, 2017, pág. 72).

Más sin embargo la obra de Kant conforma un sistema que hace difícil su apreciación si no es abordada por partes, es decir que no será posible entender lo que este autor diga sobre la naturaleza de la pena, si esta cuestión no es encuadrada en el marco más general de su filosofía práctica.

Después de todo Herszenbaun coincide con la línea de Roxin y Jiménez de Asúa, cuando dice que en efecto la interpretación de la pena de Kant, se rige bajo una interpretación teológica del castigo, pues se califica a la teoría de la pena kantiana como un retribucionismo moral, pues dice que esta teoría se construye desde un principio teológico, desde el cual se basa el derecho punitivo y termina deduciéndose desde este principio la relación imperativa entre juez y juzgado. Entonces se deduce que el fundamento kantiano descansa sobre un mandato teológico que ordenaría de manera categórica conseguir la realización del ideal de justicia en la tierra (Herszenbaun, 2019, pág. 49-80). Si esta interpretación propuesta por el profesor Jiménez de Asúa es correcta, estaremos frente a una fundamentación teológica del estado y por ende de su poder punitivo. Esta construcción dice el profesor Herszenbaun, haría imposible una fundamentación de un estado laico, pues estaríamos frente a una confusa mezcla de moral (judeocristiana), derecho y religión. Esto sin duda alguna si se alega su origen divino, representa una dificultad para levantar una justificación racional del poder punitivo.

Esta interpretación de la propuesta de Kant, que a priori parecería defender un posicionamiento moral dogmático como defensa de una verdad absoluta apartada de todo criterio de lógica racional (dios), construido sobre razones teológicas, conducirían a la

mera imposición de un castigo, sin justificación alguna ni razones de utilidad. Esta lectura del castigo estaría llena de fórmulas vacías que crean el espejismo de una justificación racional, pero que no podrían sostener una acción concreta contenida en la pena Kantiana (el castigo por el castigo).

Hegel sin embargo construye una teoría de imputación que apareció previo al establecimiento y desarrollo de la dogmática jurídica penal como ciencia y por consiguiente de la teoría del delito, como una construcción sistemática que incorpora desarrolla y analiza categorías centrales como objeto de estudio del derecho penal. Esto provocó que fueran abandonadas progresivamente las doctrinas hegelianas, por calificarlas de acientíficas. Sin embargo, fue imperiosa la necesidad de volver a poner en la discusión científica modelos paradigmáticos que científicamente se habían superado, por el desarrollo de modelos filosóficos, cuya base conceptual tenía orígenes en la filosofía hegeliana.

Entonces Hegel construye el carácter retributivo de la pena, justificando la necesidad de restablecer la concordancia de la voluntad general, que está representada por el orden jurídico, con la voluntad especial ejercida por el delincuente, concordancias que según Hegel la quiebra el delito. Este equilibrio aquí se consigue, negando con las imposiciones del castigo (pena), la negación de la voluntad general, por la voluntad especial del delincuente. Construcción está que se levanta sobre el método dialéctico hegeliano.(Puig, 2017, pág. 50).

Método dialéctico cuya estructura la encuentra cuando emprende con la tarea de superar la dicotomía entre un derecho natural a temporal y a histórico y un derecho positivo relativo o hipotético. Para esto propone fundir la conceptualidad intemporal y la mutación histórica a través de un proceso que tiene lugar en el ahora temporal, en el cual el desarrollo del concepto entra en un paralelismo con el desarrollo temporal.(Cordini, 2019, pág.20).

Entonces el profesor Mir Puig refiere que aquí, la posición es la voluntad general que se agota en el ordenamiento jurídico, la negación de esta voluntad general se constituye en delito, entonces la negación de la negación se la conseguirá según Hegel con la pena. En esta construcción dice el profesor español, la pena se constituye únicamente como una reacción que mira el pasado, es decir al delito, no tendrá por tanto

fines posteriores que la negación de este. Es decir, la pena hegeliana niega la perpetración de un hecho punible, para restablecer el ordenamiento jurídico a su normalidad.

Entonces el retribucionismo de Hegel dice que, al cometerse un delito, el individuo se rebela contra el derecho, siendo necesario una reparación contenida en la pena, con motivo de reafirmar la autoridad del estado, con esto se da una forma dialéctica a la pena, pues aquí entran en pugna dos negaciones, por un lado, el delito como negación del derecho, y la pena como negación del delito. Entonces la pena es la negación de la negación, sin embargo, la proporcionalidad de la misma es también un elemento esencial en esta construcción, pues la gravedad de esta deberá ser igual en valor, al mal cometido en el delito.

Aquí el delito es un acto libre que lo ejecuta un individuo, con el que se ataca la libertad, es decir se lesiona la voluntad libre, contenida en la existencia objetiva bajo la forma de normas, por tanto, el delito hegeliano es un acto contrario a la normatividad que aterriza en la realidad jurídica bajo la forma de derecho que a su vez nace de la voluntad libre. Entonces, en este sistema la segunda voluntad trae implícitamente algo universal, que abarca la voluntad del propio delincuente.

Este acto lesivo ejecutado por el delincuente, contra la voluntad existente (contra la normatividad que emana de la voluntad libre), puede ser cuantificado y calificado siempre y cuando sea contrario a derecho. En consecuencia este acto podrá ser castigado con mayor o menor rigor, esto significa que como ya dijimos antes la proporcionalidad de la sanción es parte fundamental en este sistema también.(Herszenbaun, 2018, pág. 59).

Este sistema permite que la relación entre delito y pena no se convierta arbitrariamente en una sucesión irracional e infinita de males, si no que más bien se presente como una superación del delito. El delito aquí no es entendido como una producción de un mal por sí solo, sino como una vulneración del derecho como tal, y es entonces este es el que debe ser negado. Entonces el mal del delito no se define por su naturaleza específica externa, sino más bien por su valor, es necesario entonces que haya una igualdad interna entre pena y delito, esto niega entonces la igualdad del talión que mira únicamente la existencia específica de las cosas.

Esta premisa no debe entenderse como una simple negación en la que la pena supone extremadamente una afectación perjudicial de derechos susceptible de ser caracterizada como mal, sino que más bien importa que lo relevante no es el efecto que

según dice la nomenclatura Jakobsiana tiene lugar en la naturaleza, sino que el significado de ese evento respecto de la vigencia de la norma. y es justamente por construir un mal que en efecto en el mundo físico resulta apto para expresar reproche y con ello restablecer el derecho infringido.(Vargas & León, 2016,)

Este sistema hace entender la teoría de Hegel como retributiva, entendiendo la retribución como determinación de la pena en medida de la culpa y del desvalor del acto ilícito, la medida del castigo aquí también se la determina en razón de la lesividad de la conducta con la seguridad de la comunidad. Se caracteriza entonces la lesión del derecho o al hecho punible, como nulo o como algo negativo, el castigo es entonces la eliminación de la lesión o como quedo anotado en líneas anteriores es la negación de la negación.

Para poder entender esta interpretación es necesario aclarar que entiende Hegel por negación y eliminación. Empezaremos diciendo que estos términos son característicos del pensamiento dialéctico y especulativo. Entonces el término eliminar se lo traduce de la palabra alemana *Aufhebung*, cuya traducción al castellano se la hace como eliminación o superación, supone entonces su significado suprimir lo anterior, pero de una forma que persiste bajo una forma distinta.

En su defecto la negación hegeliana se aparta de la negación lógica o gramatical, aquí la negación es la manifestación necesaria de un elemento con algo externo y distinto de si y por esto se vincula con el término *Aufhebung*. Lógicamente la superación que describe Hegel (*Aufhebung*) de un elemento determinado, supone su relación con otro elemento determinado, este nuevo elemento deberá ser integrado a una estructura conceptual superior que los reúna a ambos para que finalmente obtenga su significado en el interior de esta voluntad.(Herszenbaun, 2018, pág. 60).

Con esto nos damos cuenta que para Hegel al sancionar con una pena, la negación de la voluntad, nos encontramos frente a una venganza, justificada como el hecho de infringir un mal con la imposición de otro igual, este escenario podría suceder infinitamente, pero mientras las sociedades contractualistas entreguen la potestad de sanción al estado de manera exclusiva, se ha podido detener este círculo vicioso, a través de los jueces y la norma.

La teoría absoluta entonces recibe esta concepción, por cuanto no mira el castigo con un sentido de finalidad útil y social, sino más bien como ha quedado anotado, sostiene esta teoría que el sentido de la pena está en la mera retribución, pues la culpabilidad del

autor será compensada a través de la imposición del castigo. Es decir que el único fin de la pena es devolver el mal con un mal, y se niega a que el castigo tenga alguna funcionalidad social, pues el hombre no podrá convertirse en un medio para alcanzar los fines de la sociedad, incluso por una cuestión de dignidad humana como ya vimos que lo sostenía Binding.

Con este análisis nos damos cuenta en todo caso que la retribución también otorga una motivación a la norma, para que sea esta la que dirija la conducta humana, pues el castigo motivará únicamente a los seres irracionales (animales), motivación que se esconde en la norma a modo de orden, cuya existencia es incluso independiente de la sanción.

El pensamiento retribucionista en estas versiones, tiene su fundamento en que la culpabilidad del autor de un delito sólo se compensa con la imposición de una pena, pues esta teoría persigue únicamente con la sanción penal la realización de la justicia considerado como un valor ideal (Durán, 2019, pág. 95). Por esto la pena adquiere en este sistema un carácter absoluto, esto significa que no sirve para nada más, porque es un fin en sí mismo, esta existe porque debe imperar la justicia. Esto hace que la retribución vaya de la mano con el principio de proporcionalidad, porque para el retributivismo la culpabilidad a más de ser el fundamento de la pena, es también su medida. En consecuencia, el castigo, no podrá de manera general exceder la intensidad del reproche.

Asimismo, las teorías absolutas de la pena se basan sobre premisas que justifican la existencia de verdades o valores absolutos y que preceden al hombre, constantes absolutas estas en cuya virtud se pretende hacer justicia con la pena y restablecer la justicia o la afirmación de vigencia de derecho como fines a alcanzar. Por todo esto el derecho penal se legitima según estas teorías, como el instrumento eficaz para lograr alcanzar estos fines. Nos damos cuenta que los elementos comunes de las teorías absolutas se encuentran en dos ideas fundamentales, la primera dice que el castigo penal no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito.

La segunda idea consiste en entender a modo de una existencia de valores absolutos que la pena que le corresponde al delito tendrá que ejecutarse siempre y en su totalidad, por ello, para los partidarios de las teorías absolutas, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial son actos inconcebibles y contrarios a esta teoría, pues la evasión

de la pena por cualquier motivo aquí, por principio, dichos hechos se confrontan con la idea irrenunciable del ideal de justicia y derecho.(Durán, 2019, pág. 59.).

2.2.3.- Teoría relativa de la pena

Mientras que en sentido estricto las teorías absolutas parten de la premisa de que la pena ha de tener que imponerse como postulado de justicia sin que haya que tomar en cuenta fines preventivos ulteriores, las teorías de la pena relativas basan la construcción de su sistema en su necesidad para la subsistencia de la sociedad. Esta perspectiva de la pena no se inclina a la retribución de delito que ya fue perpetrado, en sí misma, sino a la prevención de delitos futuros. En este contexto la prevención mira al futuro según dice Séneca, no se pena quia peccatum est, sed ne peccetur. El nombre de las teorías relativas con que se conocen a las teorías preventivas, se origina porque a diferencia de la retribución que persigue el ideal de justicia que es absoluto, las necesidades de prevención que es el objetivo de estas teorías son relativas y circunstanciales.(Puig, 2017, pág. 53)

Sabiendo entonces que las teorías relativas atribuyen a la pena y al derecho penal la función de prevención de delitos, esta prevención también se desarrolla desde dos puntos distintos, pues también se bifurcan en dos corrientes propuestas por Feuerbach. Prevención general y prevención especial serán entonces las dos corrientes contemporáneas de la prevención vigente. Estas teorías renuncian a fundamentar en criterios éticos a la pena, esta será entonces entendida como un medio para alcanzar objetivos ulteriores, como un elemento básico de motivación y un remedio para impedir el delito.

Ya por ese entonces Feuerbach sobre la pena pensaba que tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos los individuos del crimen mediante su amenaza. Sin embargo, completaba su análisis diciendo que un mal plenamente combinado terminaría siendo más adecuado a su objetivo cuando pueda alcanzar mayores y más importantes objetivos paralelos a la prevención. Estos objetivos paralelos que tendría que alcanzar la pena según Feuerbach, serían la intimidación directa a través del espectáculo que significaría infligir la pena, la seguridad que alcanzaría el estado frente a los criminales penados y por último el mejoramiento jurídico del prisionero.

En relación al sentido de prevención de la norma jurídico penal, el profesor Luzón Peña dice que no tiene una razón de mero control social de conductas desviadas, la norma aquí no se agota en una función de pura represión o dominación, esto en las sociedades

democráticas. Por tanto la prevención pretende cumplir con la protección de bienes jurídicos importantes, es decir que pretende proteger las condiciones indispensables para la convivencia social de ataques graves y de la comisión de delitos.(Luzón Peña, 2016, pág. 13).

La teoría de la prevención especial tiene por fin evitar la comisión de nuevos delitos, al igual que la teoría de la prevención general. Se distancian porque su política incide sobre el delincuente a efecto de que no vuelva a delinquir, para esto se utilizarán diversos métodos. Conforme a la teoría de la prevención esta va dirigida al autor individual del hecho punible, aquí se está hablando según esta interpretación de una prevención especial, como fin de la pena. Esta teoría a diferencia de la concepción retributiva, es relativa porque se refiere a la prevención de delitos, y estas necesidades de prevención son relativas a las necesidades criminológicas y penales de cada sociedad.(Roxin, 2016, pág. 85)

En relación a las teorías relativas han sido dos direcciones doctrinales las que marcaron la separación de la prevención especial. En primer término, tenemos a Von Liszt con la escuela sociológica alemana y por otro lado la llamada escuela positivista italiana. Aquí el profesor alemán entiende al delito como un acto conexo del delincuente con el mundo que lo rodea, por lo tanto al ser la pena un arma de lucha contra el delito este no debe incidir con la colectividad sino que lo hará directamente sobre el delincuente de manera mediata o directa, esto a través de la coacción psicológica o motivación.(von Listz, 2017, pág. 11).

Por otra parte, el positivismo italiano con Ferri como su máximo exponente construyó su ideal de prevención especial sobre la convicción determinista del delito. Por lo que la pena no tendría que afectar a la comunidad sino únicamente al ciudadano porque este en último término es el afectado.

El objetivo de la finalidad preventiva ya sea general o especial, que recae sobre las penas y las medidas de seguridad es el procedimiento por el que las normas penales, pretenden cumplir con su objetivo de protección de bienes jurídicos, por tanto prevención general y especial, no se tratan de dos funciones encaminadas a fines distintos, pues la función de protección que persiguen se realiza a través de la función de prevención, por lo tanto estos dos tipos de prevención sirven a la protección de bienes jurídicos.

Entonces esta función de prevención de la norma penal depende de los medios empleados con que se previene. En este marco por lo general penas o medidas de seguridad. Por lo tanto, dice el profesor Luzón Peña, que a las normas relativas que contiene penas le corresponderá una función general y especial. En el marco de la prevención, también aparece el profesor Claus Roxin, diciendo que, una pena resulta legítima siempre y cuando sea preventivamente necesaria y justa, no es justa dice Roxin cuando la pena significa al condenado una carga que va más allá de su culpabilidad del hecho. El estado dice no está facultado para imponer una pena que no sea estrictamente preventiva.

Pues para Roxin, una pena que renuncie a una finalidad de prevención y únicamente demuestre la majestad del derecho, no alcanza a fundamentar el carácter social del derecho penal, sino que tampoco alcanzaría a ser compatible con la base de una constitución democrática. Pues si partimos de la idea de que la pena es una intervención grave del poder punitivo, no podrá consistir su fundamento únicamente sobre una idea metafísica de la comprensión retributiva de la culpabilidad, esta tendrá que estar sustentada entonces sobre una legitimación jurídica, motivada con estricto rigor jurídico. Esto se logra dice, solamente apelando a su idoneidad y necesidad para cumplir con las tareas que el estado le confía.(Roxin, 2016, pág.73).

Estas teorías dicen Enrique Bacigalupo procuran legitimar la pena confiándole un determinado fin, o confiándole la tarea a que obtenga la consecución de ese fin, entonces de aquí nace el criterio de que la legitimidad de esta pena está en su utilidad. Para esto los fines de intimidación serán analizados en dos momentos. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad de los individuos, inhibiendo sus impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados se tratará de una teoría preventivo general, en su defecto si el fin de esta pena se centra sobre el autor del delito con el fin de que no reitere su hecho, la teoría será entonces de prevención especial.

Partiendo de estas premisas entendemos entonces que las teorías llamadas relativas o de prevención general y especial, conciben a la pena como instrumento de motivación. La prevención general como ha quedado sentado aparece con Feuerbach, quien consideraba a la pena como una amenaza dirigida a todas las personas, infringida por la ley penal, esto con el objeto de disuadir a la delincuencia del seno del populacho. (Andrade, 2017, Pág.72).

Sobre los fines que ha de perseguir la pena y su construcción teórica, se le atribuye a Franz Von Liszt el impulso y desarrollo de la prevención especial. El profesor alemán sostenía que la pena al final del día termina siendo una coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y por tanto le otorga motivos suficientes para disuadirlo del cometimiento del delito.

Son tres manifestaciones distintas con las que construyó Von Liszt de prevención especial, que obedecían al tipo de delincuente al que la pena estaba dirigida. Para los delincuentes incorregibles propuso la inoculación, o una pena indeterminada en unidad de tiempo. La segunda manifestación de la pena en la retribución especial, la dirigió a los delincuentes habituales, a los que se tendría que aplicar una corrección. Mientras que a los delincuentes ocasionales se los tendría que intimidar. La pena decía Liszt es prevención y esta se la alcanza a través de la represión. No negó que la ejecución de estas penas implicaba algún grado de retribución, pero esto era un medio solamente para alcanzar la prevención.(Meini, 2016, pág. 148.)

De acuerdo con esta corriente, en la teoría de la prevención especial desarrollada por Von Liszt, la pena tiene por objeto prevenir el cometimiento de nuevos hechos penalmente relevantes del mismo autor con motivo de evitar la reincidencia(Andrade, 2017, pág. 72). La prevención especial y su intención de rehabilitar al procesado obnubilo al derecho penal. Mas sin embargo es necesario detenernos un momento frente a la idea de resocialización como fin legitimante de la pena y analizarlo más detalladamente.

Pues a priori resulta paradójico procurar la rehabilitación del delincuente cuando se lo confina a un encierro, en donde su contacto social se restringe significativamente y es obligado a asumir códigos de conducta que comprometen su rehabilitación y que difieren muchísimo del ideal de conductas sociales políticamente correctas y que se pregonan como válidas y aceptadas en nuestra sociedad.

Enrique Bacigalupo en su análisis se adelanta un poco en el desarrollo de la teoría de prevención especial y refiere que su fisonomía cambio cuando el positivismo jurídico se apoderó de ella para convertirla en su teoría de la pena y le otorgó nuevas características. Renovadas entonces la característica de la teoría preventiva especial, se convirtió en el siglo XX en el punto de partida de lo que ahora mismo consideramos como derecho penal moderno. Pues esta fue la base de la construcción de los sistemas penales de los estados de bienestar cuyo auge lo tuvieron en el siglo pasado.

La moderna teoría de la prevención especial, se caracterizó entonces por el aplazamiento del acento del derecho penal, del hecho punible al autor mismo, en consecuencia, aquí la pena se determina en relación a un hecho que a priori, parece no haber sido cometida por ningún autor. Esta premisa era defendida por Von Liszt, pues según decía esta era la manera de entender la pena retributiva, según el autor alemán retribución y prevención no constituyen oposición.(Bacigalupo, 2017, pág. 11).

Entonces la prevención especial positiva, a través de la pena amonestante intenta advertir o llamar la atención al delincuente para que se abstenga a delinquir en el futuro la pena juega un papel especial importante sobre delincuentes primarios y escasamente peligrosos por lo tanto la pena admonitoria surte efecto a través de penas cortas de privación de libertad, o de penas no privativas de libertad, entonces a través de la función resocializadora de la pena se pretende inculcar al individuo de manera científica una internalización de respeto a la ley y también se trata de repeler los impulsos o la necesidad de cometer nuevos delitos, expresamente la prevención especial positiva aquí tiene una función eminentemente protectora y resocializadora esto con la pena, mientras que las medidas de seguridad persiguen fines de curación de tutela y rehabilitación (Zugaldía, 2020, pág. 59 - 60).

La prevención especial negativa por su lado tiene el fin de persuadir al autor de reprimir sus niveles de peligrosidad en sus relaciones sociales, es decir se lo trata de inocular, este fin se lo aplicaba al reo que habiendo delinquido es imposible su resocialización, aquí se trata de anular por completo la causa del delito (la pena de muerte, la castración química o la cadena perpetua son ejemplos extremos de penas concebidas bajo esta teoría).(Zugaldía, 2020, pág. 60). En la prevención especial negativa se entendió a la pena como un instrumento de motivación, aunque esta no guarde concordancia con las teorías de prevención general, pero tampoco se puede agotar el sentido de la pena simplemente en la readaptación del condenado, o en su neutralización.

En todo caso la resocialización del delincuente no deja de ser tan sólo una hipótesis, que a fracaso con el tiempo, pues este fracaso se lo puede probar con el índice de reincidencia. En todo caso el eventual éxito que se le supone, no le corresponde del todo, pues su eficacia no ha resultado de la pena, sino de la eficacia del sistema de persecución penal. Esta realidad se verifica por un lado con el índice delictual, que no se ve reducido significativamente a pesar de ser sancionados con penas severas y por otro

en el hecho de que la determinación del nivel de resocialización aplicado a un sujeto se sustente sólo en conjeturas o posibilidades de reincidencia futura.(Meini, 2016, pág. 149)

A esta teoría habrá que cuestionarle también que no ofrece una respuesta para los delincuentes por convicción, pues según su lógica acepta penas indeterminadas que se encuentran por debajo o por encima de la culpabilidad del infractor, en este caso si las penas aquí cumplen el fin de tratar al sujeto, esta tendría que durar tanto como sea necesario para cubrir la necesidad del sujeto procesado. Esta postura resulta un poco incómoda pues la indeterminación de la pena atentaría a la seguridad jurídica, así también la resocialización deja de lado la legitimación y justificación jurídico penal del castigo, para centrarse en el déficit de socialización del individuo.

Otra crítica que se le hace a este fin de la pena es la subsistencia del castigo a pesar del arrepentimiento manifiesto del delincuente frente el hecho punible. Todo esto hace pensar que el análisis de la resocialización debería tratarse como postulados político criminales.

La prevención general negativa, por su parte la impulsó como ya vimos el profesor alemán Feuerbach, decía que al ser la pena incapaz de prevenir delitos pues esta aparecía con posterioridad a su comisión, era necesaria una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito, que significaría saber que a su hecho ha de seguir ineludiblemente un mal, que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho(Feuerbach, 20217, pág. 11.)

Aquí la función de la pena es la de amenazar con un castigo, a fin de disuadir la comisión de un delito. Pero este fin permite peligrosamente que las penas se eleven indefinidamente, pues aquí tendrá relación la amenaza y la intimidación, pues cuanto más grave sea el mal con que se amenaza, el efecto intimidante será también más grande. Esto hace que la prevención general requiera necesariamente límites, que dicho sea de paso no se pueden extraer de su propia lógica, y que tendrán que ser ajenos a esta función, por ejemplo aquí tendrá que determinarse una pena echando mano de la categoría de culpabilidad de autor.(Bacigalupo, 2017, pág. 11)

Entonces la seriedad de la coacción psicológica en la prevención general positiva, a riesgo de quedar vacía de contenido, termina condicionada a que esta se confirme con su aplicación. Para justificar esto algunos autores buscan apoyo en el psicoanálisis freudiano para justificar que la pena como amenaza haga posible la convivencia humana.

Con esto se echa mano de ciencias distintas al derecho para justificar teóricamente los fines de prevención general negativa. La sociología también analizó esta teoría, pues Jeremy Benthan, entendió que en todo caso la intimidación como fin de la pena ha de verificarse durante la ejecución de la pena y no antes de su imposición, por esto será importante la forma de ejecución de la pena.(Meini, 2016, pág. 151).

La prevención general positiva postula por su parte que la prevención de los delitos se la tendrá que hacer a través de la afirmación del derecho. Partiendo de esta premisa podemos identificar dos corrientes de prevención general positiva, prevención interrogadora y prevención estabilizadora. Con la primera la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma con el delito, para conseguir la confianza de la sociedad en el funcionamiento del derecho.(Jakobs, 2018, pág.75). Aquí la pena es la responsable de integrar la sociedad, propiciando la confianza de la colectividad y permitiendo el respeto al derecho. Jakobs refiere también que en la prevención general positiva las funciones son latentes, esto sobre todo cuando las funciones son especiales o individuales

La prevención general no es cuestionada, por tanto, bajo ciertas circunstancias en el momento de la amenaza de la pena. La discusión aquí se centra cuando hay que individualizar la pena dentro de una unidad de tiempo con mínimos y máximos. En este caso las consideraciones de prevención general que conduzcan a una pena superior a la culpabilidad de autor o a la gravedad del hecho punible, carecerá de toda legitimidad. A más de esto no se ha podido comprobar de manera empírica el efecto de la prevención general, con las penas ejecutadas en su nombre(Basigalupo, 2017, pág. 10)

2.2.4.- Teoría mixta de la pena

La polémica que ha resultado de la discusión de los fines que la pena ha de seguir en la retribución como en la prevención, nos deja la única certeza de que la pena persigue varios fines, que obedecerán al modelo teórico que lo sustente en cada sistema, pues ningún sistema teórico revisado hasta aquí, ha ofrecido argumento alguno que pueda agotar su explicación completa. De esta realidad nace la teoría mixta de la pena que pretende unificar en una sola construcción teórica las teorías que pretenden sustentar los fines de la pena. Aquí se parte de la premisa de que las dos construcciones teóricas (retribución y prevención) ofrecen verdaderos frentes de críticas que hacen tambalear su sistema, pues es imposible dice esta crítica explicar los fines de la pena desde las formas puras de cada teoría.

De este panorama nace esta teoría considerada como pluridimensional, que supone otorgar a la pena tanto fines preventivos como retributivos, recogiendo los puntos más positivos de cada teoría hasta aquí analizada.

Sabiendo entonces que es posible juntar los distintos aspectos de las teorías de pena, hay que entender también que esto puede tener algunos significados. Jakobs dice al respecto que al hablar de combinación no se alude a que se puede cubrir una deficiencia de una teoría que obstaculice su aplicación práctica con otra teoría, en este caso la teoría defectuosa no es apta en absoluto dice.

Y pone como ejemplo a la teoría de la retribución diciendo que estas deben complementarse, con consideraciones sobre la necesidad de retribución no son aptas como teorías retributivas, para fundamentar la necesidad de la pena, detrás de la combinación se encontrarán teorías preventivas vergonzantes. Combinación tampoco quiere decir que se acumulen varias teorías, pues la acumulación en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados, nos llevarán a la indeterminabilidad de la pena.(Jakobs, 2018, pág. 34 -35.)

La teoría llamada mixta o de la unión, intenta combinar los principios que legitiman la teoría absoluta y relativa, en una sola teoría que las unifica. En consecuencia, es una teoría que trata de justificar la pena desde su función represora o retributiva y preventiva o relativa, al mismo tiempo. Aquí entonces la función de la pena se legitima en la medida en que esta sea a su vez útil y justa. En esta teoría los valores de justicia y utilidad resultan unidos, valores que en el retributivismo terminan siendo excluyentes y en la prevención son miradas sólo en función de la preponderancia de utilidad social, dicho sea de paso.

Esta teoría debe admitir que el fin represivo y preventivo de la pena no siempre coincide hasta llegar al punto de ser antinómicos. Entonces dice Bacigalupo la pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad. En efectos de fines y de criterios legitimantes, por ser lógico incluso, decantándose por uno de ellos, al que se otorgara preeminencia sobre el otro.(Bacigalupo, 2071, pág. 11)

Los intentos por construir una fundamentación coherente de la pena, que gire alrededor de la retribución y prevención son varios, por ser esta teoría dominante en el derecho penal contemporáneo. La existencia de este intento por unificar dos presupuestos teóricos que a priori parecerían opuestos, demuestra dicen algunos autores, una ausencia

armónica de respuesta tanto de la doctrina como de la legislación, para intentar legitimar el poder punitivo del estado obviamente asumiendo todas las posibles consecuencias de inseguridad que de allí se derivan. Por lo general las teorías mixtas le confían al derecho penal la función de protección de la sociedad, pero esta función no es la misma en todas las teorías.

Pueden entonces identificarse dos grupos de fundamentaciones, están entonces aquellas que postulan que esta protección de la sociedad ha de estar basada en un ideal de retribución justa y que los fines de la prevención aquí sólo juegan un papel secundario, obedientes a la retribución y las que dicen que la pena defiende la sociedad y la retribución se encargará solamente de verificar el límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

Las teorías mixtas entonces, que antes fueron absolutamente dominantes para Roxin, se construyen sobre una convicción de las concepciones discutidas hasta nuestros días. Aquí se considera a la retribución, a la prevención especial y a la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así el fin retributivo tenía la función dominante, en primer lugar, estaba la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, pero junto a ello también el fin intimidatorio.

Los otros fines de la pena, el de corrección por ejemplo y el de aseguramiento, pasan junto a aquel en un segundo plano. A pesar de esto hoy se sigue acentuando todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una auténtica teoría unificadora o mixta en sentido estrictamente tradicional, cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se concentrarían en el punto trazado por la retribución. Entonces a esta teoría tendremos que rechazarle desde el punto de vista que defendió, por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra esta, y de aquí que sea tan difícilmente defenderla como a esta. (Roxin, 2016, pág. 94).

De esta crítica el profesor alemán, dice que resulta teóricamente correcto, en pro de la finalidad preventiva del derecho penal, pues sus normas están ineludiblemente justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual, y al orden social que quedará a su servicio, que la prevención especial y general deben trabajar en conjunto, como fin de la pena. Toda vez que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se

subordinan dice al fin último al que se extiende y son igualmente legítimos, considerando una teoría unificadora preventiva.

UNIDAD II

2.2.5. Sistema penitenciario

Empezaremos diciendo que el sistema penitenciario es órgano jurisdiccional del estado, con el que ejecuta las penas prevista en el sistema penal, este sistema obedecerá entonces a los principios sobre los que se ha levantado el sistema de justicia penal. En realidad, lugares en donde retener a las personas acusadas o culpables de haber cometido un hecho punible siempre han existido. Estas instituciones en sus orígenes cumplían solamente con la misión de segregar socialmente, sin preocuparse por la suerte del recluso. En este momento histórico se buscaba simplemente infringir un sufrimiento, por lo que la idea de corrección aún no se contemplaba, esta idea de operación apenas aparece en el siglo XIX, como un efecto del desarrollo de los distintos sistemas penitenciarios.(Checa, 2017, pág. 9).

Como un marco teórico sobre el que los sistemas penitenciarios se han de tener que construir, aparecen sistemas filosóficos que tratan de legitimar los sistemas penitenciarios. Estos sistemas lógicamente tuvieron que evolucionar en diversos matices conceptuales. Pero estas teorías se han construido para legitimar los sistemas de ejecución penal, que han dejado de lado los efectos negativos de estos sistemas. Como respuesta a esta realidad se han construido modelos teóricos con una fuerte carga crítica a los modelos penitenciarios tradicionales, proponiendo algunos incluso abolición, en el apartado que sigue abordaré brevemente algunos de los modelos que se discuten en la actualidad.

2.2.6. Escuelas teóricas del sistema penitenciario

La rehabilitación social y por ende los sistemas penitenciarios, aparecen junto con la cárcel, cuando se construye como un sistema humanizado con el cual tratar la cuestión criminal, propuesto por el iluminismo. Entonces el castigo entendido como privación de libertad, calculado sobre unidades de tiempo, trataba de suprimir las penas degradantes que atentaban en contra del principio de dignidad humana. La pena y por consiguiente el sistema penitenciario fue el gran invento del contractualismo, pues a decir del profesor alemán Von Henting, este sistema actuaba intimidado siempre al delincuente,

corrigiéndolo en ocasiones, en otras derrotando al delito, pero al final del día al menos encerraba al delito y al delincuente.

En realidad, en esta parte de las ciencias penales modernas no podemos hablar de escuelas teóricas del sistema penitenciario como tal, pues el marco teórico que trata de justificar la existencia de un sistema penitenciario y de la prisión, se pierde entre los límites de la sociología, la criminología y la política criminal. Sin embargo, Thomas Mathiesen construye su crítica al sistema penitenciario alrededor de la ideología de cárcel. Entiende Mathiesen para esto a la ideología como sistemas de creencias que dan sentido y legitimidad a la vida social. Entonces para Mathiesen existen dos componentes principales dentro de la ideología de la cárcel que le otorgan significación y legitimidad, apoyo y negación serán entonces los documentos que sostienen a la cárcel como la institución más importante del sistema penitenciario.

Elemento de apoyo dice, a la cárcel sirve con cuatro funciones ideológicas importantes en las sociedades capitalistas, de bienestar. La primera función es la purgatoria. Parte considerando a la cárcel y el sistema penitenciario como una institución en la que se aloja y controla al porcentaje de la población improductiva para la sociedad capitalista. Aquí se considera al sistema penitenciario sólo como una pieza de un sistema más grande de control social.

La segunda función dice, es la constitutiva del poder, pues los prisioneros son confinados bajo un sistema estructural que los registra como personas improductivas, a diferencia de una fábrica que otorga poder a sus trabajadores por depender de ellos, la cárcel al no depender de ellos, anula toda relación y por tanto le quita a los prisioneros todo rastro de poder.(Mathiesen, 20216, pág. 224.).

La tercera función dice es al distractora. Pues sin importar quien ha cometido un delito, los que son procesados por la máquina judicial y van a parar detrás de las rejas siendo víctimas del sistema penitenciario, son trabajadores de las clases sociales más bajas. La aplicación de mano dura contra este sector de la sociedad, distrae la atención de los ciudadanos, de los peligros a los que, detentan el poder expone a la sociedad. La última función es la simbólica, esta está ligada íntimamente a al distractora, pero aquí también se estigmatiza a los prisioneros.(Mathiesen, 20216, pág. 224.)

Este análisis permite ver que a pesar de que el sistema penitenciario está compuesto por otras instituciones mucho más grandes que la cárcel, este se ha convertido

en la más visible y en el protagonista del sistema. Sin duda este sistema ha empezado a cambiar entendiendo en la ejecución de la pena otros componentes, pero aun así la cárcel sigue teniendo protagonismo.

En su defecto el componente de negación se presenta en tres ámbitos públicos con singular importancia. El primero de ellos son los medios de comunicación, el segundo se encuentra compuesto por todas las agencias destinadas al control del delito, policía, tribunales, fiscales y finalmente las cárceles en sí mismas, al último pone Mathiesen, a los grupos profesionales especializados, como por ejemplo a los agentes investigadores (Mathiesen, 20216, pág. 227.). Entonces estos tres ámbitos públicos son también sistemas que al final de día ejecutan un examen de control sobre las instituciones del sistema penitenciario.

Al sistema penitenciario Zaffaroni lo aborda desde una perspectiva filosófica. En primer término, dice que, la primera ideología o filosofía era de raíz especulativa o moral. Aquí el delito y la locura eran el producto de una existencia desordenada y por consiguiente era preciso someter a las personas a un sistema ordenado en el cual se ordena su mejoría moral o psíquica. A este primitivo discurso moralizante especulativo dice le siguió un segundo momento que fue el positivismo peligrosista, aquí el delincuente era una persona peligrosa que merecía ser sometido a un proceso reductor de la peligrosidad. Un tercer momento del discurso de la ideología del tratamiento en el sistema penitenciario lo encuentra Zaffaroni, en el ocaso del positivismo biológico o peligrosista. (Zaffaroni, 2017, pág. 37)

Apareció lógicamente en el escenario del concierto teórico del sistema penitenciario, las llamadas filosofías re, en cuyo contenido se podía distinguir con mayor o menor claridad su fuente funcionalista sistémica, generalizadas como filosofías de tratamiento de la posguerra, se ha tenido con pocas variantes en las décadas siguientes. Consecuentemente uno de los efectos del cambio de paradigma criminológico a través del que se estudió el régimen penitenciario, fue la deslegitimación de la criminología determinista, por ser sospechosamente considerada como ideológica.

2.2.7. Sistema penitenciario ecuatoriano

Según la constitución de la república, el sistema de rehabilitación social ecuatoriano, tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas

sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones al recuperar su libertad, siendo la rehabilitación del delincuente un derecho cuyo acceso, garantía y cumplimiento le corresponde al estado. Esta responsabilidad la asumió el gobierno central con pretexto de la promulgación de la constitución de la república y trato de desarrollarlo a través del Código Orgánico Integral Penal, tratando de legalizar la regulación y funcionamiento del sistema en un nivel de legislación orgánica.

El nuevo sistema entonces, de rehabilitación social tiene una fuente constitucional en el Ecuador.

En este contexto en el que el estado intenta trabajar sobre el sistema penitenciario nos damos cuenta que, los actuales Centros de Rehabilitación Social, incluso los centros considerados como regenerados o modernos, como el Regional Guayas y Regional Sierra Centro Norte -Latacunga, no brindan las condiciones adecuadas, requeridas por las personas privadas de libertad, para gozar de una vida digna; ni ofrecen la infraestructura idónea para llevar a cabo programas de rehabilitación y de atención prioritaria en el lapso de estancia en los centros de privación de libertad, esto se debe en gran medida a que estas instalaciones en la mayoría de los casos no fueron construidas para fines penitenciarios, sino más bien fueron escuelas, centros comerciales, hospitales, etc. por tanto no cuentan con servicios básicos requeridos para su normal funcionamiento, lo que da como resultado, una total agresión a los derechos humanos de las personas sentenciadas, privadas de su libertad, así como a su integridad física y mental.(SNAI, 2019 pág.24)

Al levantar la información necesaria para este trabajo de investigación, este investigador pudo constatar de primera mano que la infraestructura de los centros de privación de libertad se encuentra en muy mal estado (Centro de rehabilitación Social con sede en el cantón Riobamba). Los servicios básicos como agua potable, luz, alcantarillado, así como las baterías sanitarias, hidráulicas, instalaciones eléctricas y de comunicaciones son insuficientes y presentan pésimas condiciones.

Hay que tomar en cuenta también que el sistema de corrupción que opera en el sistema penitenciario ecuatoriano se funda en una relación personalista sostenida entre funcionarios e internos y que ha logrado contaminar en todos sus niveles, realidad claro está a la que este investigador tuvo acceso de manera extraoficial al levantar las encuestas con los internos, esto en un contexto marcado por la sobrepoblación. El hacinamiento y

las malas condiciones de vida. El crecimiento de la población carcelaria durante los últimos quince años ha provocado que mantener el control dentro de las cárceles sea cada vez más difícil.

Es necesario entonces dentro de esta realidad, que el sistema orgánico del sistema de rehabilitación social ecuatoriano, que es parte importante también de las políticas públicas y criminales encaminadas a combatir el delito, se desarrollen los derechos universales, cuyo ejercicio el estado tendrá que garantizar a sus prisioneros, derechos como la salud, educación, trabajo, integridad, como garantía mínima y básica, que por ser inherente al ser humano son irrenunciables, imprescriptibles e inalienables (Silva Portero, 2018, pág. 60). Derechos estos que son fundamentales para que se efectivice, la rehabilitación social.

Entonces la estructura del sistema penitenciario y de rehabilitación social en el Ecuador, según el Artículo 9 del Reglamento del Sistema de Rehabilitación Social, estará regulado por el Directorio del Organismo Técnico, conformado a su vez por las máximas autoridades estatales encargadas de los derechos humanos, salud pública, trabajo o relaciones laborales, educación, inclusión económica y social, cultura, deporte y de la defensoría del pueblo. Será un delegado del presidente de la república, quien presida este director. En todas las sesiones de este directorio, estará presente necesariamente la entidad que ejerza el Organismo Técnico. Según reza el referido reglamento(Reglamento del Sistema de Rehabilitación Social SNAI 2020, pág. 8).

Las atribuciones que se le otorgan a este directorio se detallan en el referido cuerpo normativo y dice que tendrá que ejercer la rectoría, regulación, planificación y coordinación del sistema. Tendrá también que definir y evaluar la Política Pública del Sistema Nacional de rehabilitación para garantizar el cumplimiento de sus fines y prevenir todo tipo de tortura, trato cruel e inhumano y degradante. Tendrá también que aprobar las normas, regulaciones y planes necesarios para garantizar el funcionamiento de este sistema. Aprobará los modelos de gestión en el contexto de privación de libertad. Tendrá también que aprobar la creación o supresión de centros de privación de libertad. Convocará también en calidad de invitados sin voto y con la finalidad de tratar información técnica y especializada, a personas o entidades públicas o privadas a sus sesiones ordinarias, (Reglamento del Sistema de Rehabilitación Social 2020, pág. 9).

Este directorio a su vez también tendrá que convocar a la mesa técnica, cuya conformación estará compuesta por los delegados de organismo técnico de cada una de las áreas que se requieran, de los diferentes temas a tratarse, vinculadas a los ejes de las políticas públicas relacionadas con el tratamiento, rehabilitación, reintegración y reinserción, de los privados de la libertad y así como de las personas que estén bajo su cuidado y dependencia.

2.2.8. Políticas públicas en el sistema penitenciario ecuatoriano

Empezaremos diciendo que las políticas públicas necesariamente tienen que materializarse a través de la norma, estas por tanto son acciones concretas del gobierno, cuyo origen gira alrededor de intereses públicos que se generan a través de procesos de diagnóstico de la realidad sobre los que el gobierno decide trabajar, para solucionar determinados conflictos. Entonces estas acciones concretas del estado se materializan a través de acciones reglamentarias, legales, resoluciones administrativas, etc. Estas lógicamente son diseñadas por el gobierno.

En este contexto en Ecuador, el sistema penitenciario esta manejado por las políticas públicas emitidas por el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad. Para esto se ha establecido un marco programático, que en efecto ha procurado identificar y priorizar los problemas y sus posibles tratamientos a corto, medio y largo plazo. Lógicamente para esto el estado ha integrado y alineado a las instituciones que son parte del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, bajo un solo marco de política pública. La política pública entonces que fue formulada por el ministerio de gobierno y que fuera presentada a la mesa técnica, gira alrededor de los objetivos, metas e indicadores y que a continuación se detallan.

Para el sistema será un factor estratégico también, la disponibilidad de recursos, entonces estos serán dispuestos dice la política, en función de la salud del sistema económico del país. En el caso de escasez de recurso que es la norma general, las líneas de acción se enfocarán en hacer efectivos los recursos disponibles, en proyectos concretos cuya importancia sea prioritaria. Esta línea de acción tendrá que estar determinada, en razón de las necesidades de cada territorio, en el momento determinado.

Por esto es entendible que se prioricen ciertas intervenciones en los centros en cuya localización se estén desarrollando programas y proyectos como en los centros de privación de la libertad regionales de Azuay, Cotopaxi y Guayas. Para generar las líneas

de acción se requiere también adoptar programas y proyectos de forma coherente con la disponibilidad de recursos, será preciso seleccionar las acciones de mayor significado e impacto, que puedan ser sobrellevadas por la población, para que se puedan identificar con facilidad en el campo determinado de intervención estatal, deberán también ser base para la planificación institucional de estos planes y proyectos.(Revelo, 2021, pág. 57.)

Entonces para cada línea de acción se identificó el organismo final responsable de la ejecución, el nivel en la estructura ministerial. Ha señalado la política pública claramente los casos en que la responsabilidad de la ejecución reposa en el nivel desconcentrado y en manos del organismo técnico encargado de este control. Por consiguiente, los programas y proyectos se constituyen en el componente operativo de las líneas acción de sistema. Los programas y proyectos incluidos aquí serán aquellos considerados como claves y necesarios para en cumplimiento de esta política pública. Para esto cada programa y proyecto deberá indicar el costo referencial respectivo de su gestión y ejecución, necesarios para el cumplimiento de la política pública. Estos proyectos a su vez han de tener viabilidad técnica y financiera en el corto y mediano plazo.(Revelo, 2021, pág. 57.)

Los indicadores y las metas del sistema fueron los aspectos que facilitaron el proceso de formulación de soluciones a un problema y la selección de las distintas alternativas existentes para disminuir la tensión, en el presente o el ser, y el deber ser o la situación deseada, para saber cuál es la más apropiada o factible. Entonces la reducción de la incertidumbre implicó el conocimiento previo de la situación y por tal razón requirió estudiar el comportamiento de los indicadores. Trazadas que fueron las líneas de acción, fue necesario continuar entonces para construir una política pública estructurada, con el diseño detallado de los elementos estructurales de la alternativa, como metas e indicadores, responsables y corresponsables, sus competencias como planes, proyectos y presupuestos.

El sistema tendrá también como política pública determinar los logros e impactos determinados y que fueron esperados obtener a través de las líneas de acción, de manera particular el incremento en los productos y servicios entregados como resultado del programa y proyecto, así como el incremento en la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad de productos y servicios públicos. Aquí se ha analizado también la posibilidad de utilizar metas e indicadores de resultado que sean

relevantes, recordando siempre la importancia de desagregarlos por sexo, área o localización, edad condición de discapacidad situación económica y origen nacional.

La fuente del indicador entonces de año y valor de la línea de base estará a cargo del Servicio Nacional de Atención Integral a personas adultas privadas de la libertad y a adolescentes infractores, fue la institución fuente del indicador y que mostró el año y valor de la línea de base del indicador propuesto.

UNIDAD III

LA PENA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

2.2.10. Objetivos de las políticas penitenciarias

Como objetivo principal o propuesta base, del sistema de rehabilitación social se ha planteado el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad. Entonces el objetivo de la política pública del sistema de rehabilitación social se alineó al mandato determinado por la finalidad y prioridad establecida en el artículo 201, de la Constitución de la República.(Revelo, 2021, pág. 56).

Por otro lado, los objetivos específicos o líneas de acción para el caso, corresponden a las líneas de acción necesarias para implantar la política propuesta. Para esto se han formulado en fases cortas relativas a vías o caminos de acción que inician por un verbo rector, por ejemplo, ampliar la cobertura, establecer mecanismos, aumentar la oferta, generar redes entre otras. En consecuencia, aquí las líneas de acción deben ser específicas, medibles, alcanzables, relevantes y temporales. Entonces la formulación de estas líneas de acción tomó como base las normas internacionales principalmente, entre ellos algunos principios rectores del sistema como por ejemplo la disponibilidad, accesibilidad, calidad y adaptabilidad.

- La disponibilidad del sistema será entendida como la posibilidad de garantizar la disponibilidad de bienes, servicios públicos esenciales para el ejercicio de los derechos humanos.
- La accesibilidad en su defecto deberá garantizar que los programas y proyectos que ofrecen servicios básicos sean accesibles a todas las personas en aspectos físicos y económicos.

- La calidad por otra parte debe garantizar la satisfacción de las necesidades de la población penitenciaria.
- La adaptabilidad tendrá que garantizar también que esta política se adapte a los contextos culturales y sociales más relevantes en el país. la adaptabilidad también tendrá que atender a criterios de pertenencia por razones de género, con el objetivo de atender cada una de las necesidades e intereses particulares de hombres y mujeres de acuerdo con su ciclo de vida, condición o capacidades especiales, médicas, étnicas y sexuales.

2.2.11. Los fines de la pena en la constitución de la república y en el código orgánico integral penal

Los sistemas modernos han institucionalizado la pena contenida en la privación de la libertad en unidades de tiempo, convirtiéndose en una verdadera institución del derecho penal y al menos en nuestro sistema es considerada el medio más idóneo para corregir al ciudadano. Esta noción de la pena no sólo se ha institucionalizado en Ecuador, si no que ha encontrado en el panorama internacional también una gran acogida. De manera particular las teorías relativas han sido las que han impregnado con mayor facilidad y terreno de la doctrina de los derechos humanos. Serán entonces prevención general y especial los que manejen los hilos de la pena en la esfera internacional y por ende por el bloque de constitucionalidad en el Ecuador también.

El fin y la justificación de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad, son como ya vimos, cuando las han levantado bajo el lineamiento de proteger a la sociedad de corte preventiva y funcionalista.

En este contexto, la pena sólo alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo que sea posible, que el prisionero una vez liberado, se reincorpore a la sociedad. Sin embargo, el sistema penitenciario ecuatoriano se ha visto atrapado en medio de dos presupuestos teóricos, que pretenden dirigir los fines que este persigue. Por un lado, la Constitución de la República establece que el sistema se desarrollará alrededor de la prevención especial positiva, pues manifiesta que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de su derecho según reza el Art. 201 de la constitución.

“El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarse en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad”.(ConsE. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, Art. 201)

Este sistema dice la constitución garantizará el cumplimiento de sus fines a través de un organismo técnico que se encargará de valorar su eficacia y resultados, según reza el artículo 202 del referido cuerpo normativo

“Art. 202.- el sistema garantizará sus finalidades mediante un organismo técnico encargado de evaluar la eficacia de sus políticas, administrativas los centros de privación de libertad y fijar los estándares de cumplimiento de los fines del sistema”.

Los centros de privación de libertad podrán ser administrados por los gobiernos autónomos descentralizados, de acuerdo con la ley.

El director del organismo de rehabilitación social se integrará por representantes de la función Ejecutiva y profesionales que serán designados de acuerdo con la ley. La presidenta o presidente de la república designará a la ministra o ministro del sistema de rehabilitación social será nombrado por el organismo de rehabilitación social, previa evaluación de sus condiciones técnicas, cognoscitivas y psicológicas”.(ConsE. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, Art. 201)

La contradicción teórica y conceptual sobre la que el sistema se ha construido queda evidenciado sin embargo cuando el COIP en su artículo 52 pone como finalidad de la pena la prevención general, apartándose del precepto constitucional, cuando dice.

“Art. 52. Finalidad de la pena. - Los fines de la pena son la prevención general para la comisión del delito y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona condenada, así como la reparación del derecho de las personas como seres sociales”.

2.2.12. Prevención general y prevención especial en la realidad ecuatoriana

Después de haber revisado brevemente las teorías que justifican la necesidad y los fines de la pena, es necesario referirnos a la aplicación de estas en el sistema de rehabilitación social ecuatoriano. A priori pareciera que el sistema de rehabilitación social

en efecto carece de una planificación gubernamental que le permita dirigirse adecuadamente y cumplir de manera eficiente con los fines y objetivos que se ha trazado.

Pero el problema del sistema penitenciario no pasa por un tema de organización formal. Pues al ser la Constitución el cuerpo normativo que regula su existencia y funcionamiento, ha generado al rededor del sistema una verdadera infraestructura administrativa que al menos, trata de garantizar el ejercicio efectivo de los miramientos y objetivos que la prevención especial positiva consagrada en la constitución persigue.

Este intento al menos normativo y declarativo de la Constitución de garantizar el derecho de las personas privadas de la libertad, tiene relación directa con el artículo primero de la Constitución, pues aquí se declara al Ecuador como un estado de derechos y justicia, entonces bajo este criterio será necesario que los fines de la pena que persiga el sistema de rehabilitación social, persigan el ideal de justicia, sin quedarse en el sentido meramente retributivista de este, sino en el sentido de ser una necesidad imperiosa para la existencia de la sociedad, se tendrá por tanto que obedecer también al criterio de proporcionalidad y culpabilidad de la acción, con pretexto de hacer efectivos los fines preventivos especiales.

Esta planificación no se ha visto ejecutada de forma material en los centros de rehabilitación social. Pues la prevención especial de la que nos habla la Constitución se ve desdibujada por todo el aparato populista del derecho penal que exige por decirlo de alguna manera la intervención del delincuente y su supresión, pero no su rehabilitación. Es decir, la teoría que contempla la constitución de la república apenas es perceptible en el común convivir de los ciudadanos.

En términos por demás generales, este discurso de la constitución guarda coherencia con el desarrollado en el Código Orgánico Integral Penal, cuando se trata de construir el sistema partiendo de una teoría relativista. Pues este cuerpo normativo establece como fin del sistema de prevención general, como instrumento disuador del cometimiento de delitos.

Mas sin embargo la coerción de los ciudadanos, bajo la amenaza de una pena fuerte no ha creado el efecto deseado, pues al contrario de incidir en la disminución del índice de criminalidad, la población penitenciaria ha crecido exponencialmente quebrando el sistema, y convirtiendo a los victimarios en víctimas del estado. En consecuencia, las penas elevadas lejos de aliviar el sistema, lo ha comprometido y

empeorado y es en esta realidad en donde nos damos cuenta que la teoría desarrollada en el COIP que a través del punitivismo exagerado pretende cohesionar al delincuente para apartarlo, no ha surtido efecto alguno.

2.2.14. Determinación de la teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Respecto de la rehabilitación social en el país, se pudo evidenciar que dentro del contexto jurídico en cuanto tiene que ver al tema que acarrea los mismos problemas o diferencias que se observaron en el análisis global de la teoría de prevención especial negativa, ergo, la rehabilitación comprende un sometimiento por parte del estado al individuo que cometió un delito, para que dicha persona una vez dentro del centro privativo de libertad, cumpla ciertos procedimientos que apuntan siempre a una reformulación o recreación de su personalidad, de sus valores, de su vida en general. Otra realidad de la prevención especial positiva en nuestro país, es que pese a exigir al reo ciertos parámetros, el estado no le brinda en muchos casos las condiciones necesarias para que lo antes dicho sea posible, por lo que suena absurdo que hablemos de finalidad de la pena cuando sólo está escrita en papel y en la práctica comprende un escenario totalmente distinto.

El objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como al marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que él pueda iniciar por sí mismo reeducación”, entonces, no es tanto el hecho de poseer normas que direccionen todo nuestro sistema jurídico a un proceso de resocialización del reo, sino de fortalecer las opciones del mismo, donde el estado proporcione los instrumentos precisos para un ambiente que permita esta finalidad y que además incentive al privado de libertad a cooperar dentro de estos procedimientos.

Porque de no ser el caso, el escenario actual sobre rehabilitación conlleva consecuencias contrarias a la esencia propia de lo que significa tal concepto, colocando a la cárcel no como un verdadero centro de rehabilitación social, sino como un lugar de perfeccionamiento del delito, de irrespeto a los más fundamentales derechos humanos y sobre todo de sufrimiento y dolor para quien permanece ahí, para su familia, amigos y entorno social; convirtiendo estas incorrecciones, en que la delincuencia, su control y efectos sea el principal problema económico-social de la nación.

Sin duda, la prevención especial positiva denota un problema jurídico relevante, pues la aplicación de la misma dentro del régimen jurídico penal ecuatoriano no coordina, o no simpatiza con nuestro sistema garantista de derechos, que involucra un derecho penal mínimo y de última ratio.

A pesar del marco teórico que se ha desarrollado en la legislación ecuatoriana, la realidad del sistema penitenciario no ha cambiado en nada en los últimos diez años, pues la teoría que pretende justificar los fines y el sentido de la pena, no han podido detener la escala de violencia instaurada en los centros de privación de libertad. Pues la situación que se vive en el Ecuador, se presenta como un ejemplo patético del fracaso de los gobiernos en su intento por garantizar un sistema penitenciario que cumpla siquiera con mínimos estándares internacionales en cuanto al respeto a los derechos humanos, en su lucha por eliminar las desigualdades estructurales y la violencia dentro del sistema de rehabilitación social.

Esta realidad ha quedado en evidencia con los índices de violencia extrema, hacinamiento, corrupción en los centros de privación de la libertad. Hechos frente a los cuales el estado no ha podido reaccionar de manera adecuada, mostrando profundas deficiencias en la misma estructura del sistema de penitenciario. Muestra de esta situación es la suscitada en la penitenciaría de litoral el 28 de septiembre de 2021, incidentes en los cuales resultaron 116 personas privadas de la libertad fallecidas y 84 personas heridas. Presentándose este incidente por tercera vez hasta ese entonces en el 2021. Este fenómeno de violencia se presenta como una espiral que ha ido creciendo exponencialmente a propósito del control de los centros de privación de libertad.

Esta pugna de poder rebasa entonces la necesidad de una teoría de la pena que justifique su utilidad práctica, a la hora de rehabilitar al delincuente. Pues esta violencia estructural demanda del estado otro tipo de medidas encaminadas a combatir las causas del delito y la organización de las empresas delictivas que se forman a su alrededor. El combate entonces al delito en este nivel que emprenda el estado, tendrá que estar regido por un sistema integrado de ciencias penales, en las que los criterios criminológicos han de tener que primar, con el fin de identificar las causas del delito para atacar, no sólo al delincuente que termina siendo al final del día, el último eslabón de la cadena de violencia, sino para atacar las verdaderas causas de la cuestión criminal.

2.3. Hipótesis

La teoría de la pena no incide en el sistema penitenciario ecuatoriano.

CAPÍTULO III:

3 METODOLOGÍA

3.1. Unidad de análisis

La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano.

3.2. Métodos

Exploratoria. En el presente trabajo se aplicará una investigación exploratoria, pues con este trabajo se pretende abordar una visión general con respecto a la realidad del sistema penitenciario ecuatoriano y los fines de la pena que se aplica. Pues al ser un tema poco estudiado en el Ecuador no ha sido explorado a profundidad.

Descriptiva. Se aplicará también una investigación descriptiva pues, en el presente trabajo se describe algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos del sistema penitenciario ecuatoriano. Para lo cual se aplicarán criterios sistemáticos que permitirán poner de manifiesto la estructura o comportamiento del sistema penitenciario ecuatoriano, así se podrá observar la realidad del fenómeno estudiado.

Explicativa. Por último, en el presente trabajo se aplicará también una investigación explicativa, pues se procurará determinar las causas de la aplicabilidad o no de la teoría de la pena en el sistema penitenciario ecuatoriano.

Método Jurídico, analítico: Facilita la correcta comprensión del alcance y sentido de las normas jurídicas sobre la teoría de la pena, y su estudio en función del contexto político económico y social en el que se expidieron.

3.3. Enfoque de investigación

El presente trabajo empleará también un tipo de investigación cualitativa, pues se recogerán discursos completos de los sujetos para proceder luego a su interpretación, analizando las relaciones de significado que se han producido en el marco de la ejecución penal.

3.4. Tipo de investigación

En el presente trabajo, se utilizarán los siguientes tipos de investigación de conformidad a los objetivos que se ha planteado lograr:

Documental bibliográfico. La investigación es de carácter documental-bibliográfica porque para la elaboración de la parte teórica se ha de requerir de la asistencia y uso de documentaciones tales como libros, leyes, documentos, sentencias, revistas, artículos científicos, a través de los cuales se ha conseguido la información necesaria para fundamentar este trabajo investigativo.

Descriptiva. Porque se describirá la naturaleza del segmento o fenómeno estudiado, sin concentrarse en las razones por las que se ha producido el fenómeno estudiado, es decir se describirá el tema de investigación sin cubrir por qué ha sucedido.

3.5. Diseño de investigación.

Se considera el diseño no experimental, por ser sistemática y empírica, puesto que se basa en la observación y recopilación de datos de estudio en mención, para posteriormente analizarlos y describirlos.

3.6. Población de estudio

La presente investigación, al ser realizada en el Cantón Riobamba, Provincia de Chimborazo, se encuentra detallada en la siguiente tabla:

Tabla 1: Población

POBLACIÓN	NÚMERO
Director del centro de privación de la libertad del cantón Riobamba	1
Jueces de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba	3
Jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial Penal con sede en el canton Riobamba	3
Jueces de Garantías Penitenciarias de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba	3
Total	10

Fuente: Población para la ejecución de la investigación

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

3.7. Tamaño de la muestra

Para calcular el tamaño de la muestra se consideró al director del centro de privación de libertad del cantón Riobamba y a los jueces del tribunal penal, de garantías penitenciarias y de garantías penales del cantón Riobamba, provincia de Chimborazo.

3.8. Técnicas de recolección de datos

En el presente trabajo de investigación, se utilizó las técnicas e instrumentos como encuestas, entrevistas e historias de vida, a fin de poder levantar la información necesaria para poder procesarla e interpretarla.

3.9. Técnicas de análisis e interpretación de información.

Para la sistematización y procesamiento de la información que se levantará, se emplearán técnicas y procesos estadísticos, así como procesos de inducción, análisis y síntesis, de tipo cualitativo.

3.10. Comprobación de hipótesis

Tabla 2: Comprobación de hipótesis

Comprobación de hipótesis	
La teoría de la pena no incide en el sistema penitenciario ecuatoriano	
Variable dependiente	Variable independiente
Sistema Penitenciario Ecuatoriano	La Teoría de la Pena
Es el conjunto de instituciones públicas cuyo objetivo es el de ejecutar las penas establecidas en sentencias ejecutoriadas.	Es la ciencia del derecho penal que estudia el fin y el sentido de la pena, así como la función que ha de tener el derecho penal.
Interpretación de la hipótesis	
Variable dependiente	Variable independiente
Director del Centro de Privación de la Libertad	
De la recolección de información se deduce que en efecto el sistema penitenciario ecuatoriano persigue fines de prevención, pues pretende resocializar al procesado.	Se verifica también que estos presupuestos no se cumplen, pues a decir del entrevistado existe un desfase, entre la rehabilitación del procesado, y el proceso de recuperar su libertad.
Jueces de Garantías Penales	
Nuevamente verifica que los fines que persigue el sistema penitenciario se desarrolla en le ley penal y en la constitución de la república.	Es acreditar que, al momento de fijar una pena los parámetros sobre los cuales se lo hace son estrictamente legales, dejando de lado en esta parte del proceso penal los fines que la pena ha de tener que desarrollar.
Jueces del Tribunal Penal	
Se verifica que en efecto el sistema penitenciario tiene su fundamento en la ley penal, y en la constitución de la república.	A la hora de fijar una pena el criterio sobre el que se fundamenta, es distinto a los fines que el sistema penitenciario persigue, pues criterios como proporcionalidad, grados de participación, y legalidad aquí son determinantes, a la hora de imponer una sanción.

Resultado	Analizados que fueron los datos obtenidos verificamos que en efecto la hipótesis si se cumple.
-----------	--

CAPÍTULO IV:

4 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Entrevista realizada al Director del Centro de Privación de la Libertad del cantón Riobamba.

4.1. Resultados

Tabla 3: Pregunta 01.

¿Conoce cuáles son los criterios dogmáticos que se consideran para conceder un beneficio penitenciario?

Entrevista	Respuesta
Doctor Fernando Arias Reyes	<p>Para acceder a un beneficio penitenciario se requiere de 3 elementos de cumplimiento indispensables.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Encontrarse en el nivel de mínima seguridad, de acuerdo al régimen progresivo y al cumplimiento de la pena. • Tener una puntuación de mínimo 5 puntos en el plan individualizado de la pena esto de acuerdo a la valoración establecida por los ejes de tratamiento. • No tener faltas graves o gravísimas durante el cumplimiento de la pena.

Fuente: Entrevista con el Director del centro de rehabilitación social del cantón Riobamba.

Autor: Byron Iván Nieto Hernández.

Tabla 4: Pregunta 02.

¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

Entrevista	Respuesta
Doctor Fernando Arias Reyes	<p>El cumplimiento de la pena permite que las acciones de índole personal o social no queden impunes, si no existiese una pena por cumplir múltiples delitos quedarían sin recibir una sanción, esto llevaría a cometer una serie de arbitrariedades que sumiría a la sociedad en un caos. Desde la teoría de la pena se busca que el victimario cumpla con un proceso de readaptación a la sociedad, no se promulga sólo la sanción sino el propósito de tratamiento.</p>

Fuente: Entrevista con el Director del centro de rehabilitación social del cantón Riobamba.

Autor: Byron Iván Nieto Hernández.

Tabla 5: Pregunta 03.

¿Existe una política criminal que regule la aplicación y cumplimiento de los fines de la pena del sistema penitenciario ecuatoriano?

Entrevista	Respuesta
Doctor Fernando Arias Reyes	No existe una política criminal ya que la base del sistema de rehabilitación social ha sido precisamente el reinsertar socialmente a las personas que han cometido algún tipo de delito bajo parámetros de cumplimiento de la pena establecidos, obviando la pena de muerte como una posibilidad de castigo o sanción ante la pena impuesta.

Fuente: Entrevista con el Director del centro de rehabilitación social del cantón Riobamba.

Autor: Byron Iván Nieto Hernández.

Tabla 6: Pregunta 04.

¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen en el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?

Entrevista	Respuesta
Doctor Fernando Arias Reyes	Tienen una relación directa pero existen medidas sancionatorias y de beneficios de ley que debería reformarse, como por ejemplo el hecho de que si una persona se acoge al procedimiento abreviado no puede acceder el beneficio de cambio de régimen ya que está reconociéndose como autor del delito que se le impute sin embargo existe ese vacío legal, del mismo modo las personas que cuentan con varios delitos no deberían poder acceder a un cambio de régimen ya que queda en evidencia que no existe una adecuada garantía para su reinserción por ende sigue siendo potencialmente presa del cometimiento del delito.

Fuente: Entrevista con el Director del centro de rehabilitación social del cantón Riobamba.

Autor: Byron Iván Nieto Hernández.

Tabla 7: Pregunta 05.

¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden en el porcentaje de solicitudes de beneficios penitenciarios?

Entrevista	Respuesta
Doctor Fernando Arias Reyes	Existe un gran hueco dentro del proceso de rehabilitación social y es el hecho de que se busca garantizar los derechos de las personas privadas de libertad sin haberles enseñado un propósito de cumplimiento y tampoco una razón para reinsertarse de manera óptima en la sociedad, en su mayoría las personas que buscan el beneficio penitenciario son personas que cometen reincidentemente delitos descartando

	la rehabilitación y viendo al delito como un estilo de vida, desde allí los cimientos de la justicia debería poner pleno uso de la ley para que se garantice que tanto la sociedad como las PPLs cumplan un rol conexo que permita que el sistema de rehabilitación mejore.
--	---

Fuente: Entrevista con el Director del centro de rehabilitación social del cantón Riobamba.

Autor: Byron Iván Nieto Hernández.

4.2. Discusión

A través de la información recolectada con esta herramienta, se puede evidenciar que en efecto el señor director del Centro de Privación de la Libertad con sede en el cantón Riobamba, conoce de manera amplia los requisitos necesarios para poder acceder a un beneficio penitenciario, presupuestos necesarios para otorgar este benéfico, que se puede apreciar tiene como fuente una política criminal, que se trata de efectivizar a través de la ley (materialización reglamentaria).

Al indagar sobre los presupuestos dogmáticos de la teoría de la pena que legalmente se han de tener que desarrollar en el sistema penitenciario ecuatoriano, notamos que tiene una tendencia hacia la prevención especial positiva, pues se nos ha referido que el sistema tiene por objeto garantizar la rehabilitación y la reinserción social del procesado, presupuesto que persigue la constitución de la república. En este punto el entrevistado sobre la existencia de políticas criminales, refiere que no existen, pero al manifestar que en efecto el sistema penitenciario, parte de la premisa de reinsertar al ciudadano, se nota una contradicción.

Pues técnicamente las políticas públicas que aborden la cuestión criminal, tendrán que ser generadas necesariamente a través de procesos, que cubran las necesidades de rehabilitación, reinserción de las personas privadas de su libertad, y el combate al delito, para esto será necesario que estas políticas públicas no sólo se agoten en la represión del delincuente, sino más bien en el combate a las causas de este.

La concordancia de los presupuestos teóricos que se desarrollan en el sistema penitenciario ecuatoriano, dice el entrevistado existen en cierta medida. Más sin embargo el entrevistado al analizar el tema de los presupuestos doctrinarios de la teoría de la pena, conduce su análisis a procedimientos legales inherentes a regímenes de beneficios penitenciarios, que en primera instancia tendrían que ser otorgados, después de verificar el cumplimiento de los fines sobre los cuales la pena ha sido impuesta, es decir los regímenes y beneficios penitenciarios dependerán de los fines y función de la pena, y su desarrollo estará sujeto a su vez a su fundamento normativo.

Sobre el nivel de efectividad que tienen los fines de la pena refiere el entrevistado que en realidad no existe conexión alguna. Corroborando así los datos sobre reincidencia que analizaremos más adelante, pues a decir del entrevistado el cumplimiento de los fines que la pena persigue no tiene relación con las peticiones de beneficios penitenciarios. Pues manifiesta que en realidad es imposible cumplir de manera satisfactoria con una verdadera rehabilitación.

Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.

4.3. Resultados

Tabla 8: Pregunta 01.

¿Conoce cuáles son los fines del sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los jueces encuestados coinciden en que los fines de la pena son los establecidos en el Art. 52 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el Art. 201 de la constitución, por este motivo coinciden los encuestados en que el sistema penitenciario tiene falencias, a la hora de reinsertar y rehabilitar al procesado.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 9: Pregunta 02.

¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados manifiestan que el COIP es claro al otorgar al sistema penitenciario los fines que la prevención general ha desarrollado, tomando en cuenta que el sistema gira alrededor de la rehabilitación del procesado, tendrá que ser considerado de corte funcionalista.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 10: Pregunta 03.

¿Conoce usted que políticas penitenciarias se ha establecido para el sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados coinciden en el criterio de que, al ser titulares de una entidad jurisdiccional con independencia, no conocen los planes y proyectos que la autoridad administrativa encargada de los centros de rehabilitación social desarrolla.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 11: Pregunta 04.

¿Usted cree que los fines de la pena que se establecen en el COIP, guarda concordancia con la constitución de la república?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados coinciden en que los fines de la pena están desarrollados en el COIP y en la constitución de la república en efecto guardan coherencia

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 12: Pregunta 05.

¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden los porcentajes de casos de reincidencias?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados refieren que en realidad no indican porque los casos de reincidencia que han conocido son realmente altos, por lo general en delitos perpetrados en contra de la propiedad privada.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penales

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

4.4. Discusión

Los encuestados refieren que en efecto el sistema penitenciario, su función y sus fines, están desarrollados en la ley penal y en la constitución de la república, pero se puede apreciar que no son un criterio determinante a la hora de desarrollar el sistema pues no se ha podido verificar los fines que este persigue, debido al alto índice de reincidencia en el cometimiento de delitos determinados.

Sabiendo que entre los deberes fundamentales que el estado se asigna están los de procurar la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, así como también protegerlos de las amenazas en contra de su seguridad, el descuidar entonces en

la ejecución de la pena los fines que el sistema persigue, se presenta una tensión entre en ejercicio de la potestad punitiva del estado, y su obligación de respetar y proteger los derechos humanos que les asiste a las personas privadas de su libertad. Esta tarea de reprimir el delito y perseguir al delincuente, garantizándole un mínimo de garantías básicas y sistema de rehabilitación más o menos funcional, genera un desfase en la obligación que tiene el estado.

Encuestas realizadas a los Jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba

4.5. Resultados

Tabla 13: Pregunta 01.

¿Conoce cuáles son los fines del sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los jueces encuestados coinciden en que los fines de la pena son los establecidos en el Art. 52 del Código Orgánico General de Procesos, coinciden también en que el sistema penitenciario ha fallado a la hora de reinsertar y rehabilitar al procesado.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de tribunal penal

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 14: Pregunta 02.

¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados manifiestan que el COIP es claro al otorgar al sistema penitenciario los fines que la prevención general ha desarrollado, a pesar de esto dicen, no se ha podido mejorar el sistema.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de tribunal penal

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 15: Pregunta 03.

¿Qué criterios dogmáticos se consideran al momento de fijar una pena?

Encuestas	Análisis
Jueces	Para responder esta pregunta los encuestados toman como referencia parámetros como la proporcionalidad, legalidad, grado de participación y autoría del procesado, así como la actividad probatoria, con los que se han acreditado, los hechos que fiscalía llega a acusar.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de tribunal penal

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 16: Pregunta 04.

¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen en el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados manifiestan que en efecto al ser la constitución la norma superior, el COIP, guarda coherencia con la norma constitucional.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de tribunal penal

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 17: Pregunta 05.

¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden los porcentajes de casos de reincidencias?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados refieren que los fines de la pena no inciden sobre la reincidencia de los procesados, pues a sus despachos llegan un alto porcentaje de personas con sentencias previas, por lo general por el mismo tipo de delitos por los que fueron sentenciados en primera instancia.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de tribunal penal

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

4.6. Discusión

Hay que tomar en cuenta que para la persecución penal el Estado tendrá necesariamente que restringir derechos fundamentales como la libertad, procurando con esto garantizar la realización de la justicia como el más alto ideal del estado. Los fines que el sistema penitenciario desarrolla en las leyes penales y en la constitución de la república, pareciera que no se cumplen materialmente, pues a decir de los encuestados esto se puede verificar a través de alto índice de residencia.

Por otro lado, es importante también recalcar que los operadores de justicia al momento de fijar una pena manejan estándares de legalidad, situación que a priori está muy bien, pero en aras de procurar una evolución en el sistema penitenciario es importante que las resoluciones en relación a la fijación de la pena, tengan que basarse también en criterios científicos, que justifiquen la utilidad, función y sentido de la pena.

Encuestas dirigidas a los Jueces de Garantías Penitenciarias de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.

4.7. Resultados

Tabla 18: Pregunta 01.

¿Conoce cuáles son los criterios dogmáticos que se consideran para conceder un beneficio penitenciario?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los requisitos para acceder a un beneficio penitenciario o cambio de régimen, a decir de los encuestados, para ser otorgados dependerán del tipo de régimen que se solicite, régimen semiabierto, abierto y prelibertad, para acceder a ello se tendrá que cumplir entre otras cosas, haber cumplido con el 60 y el 80 % de la pena respectivamente, para los dos primeros, mientras que para el último, se necesitará certificado de encontrarse en el nivel de mínima seguridad , emitido por el director del centro.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penitenciarias

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 19: Pregunta 02.

¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los jueces encuestados coinciden en que la prevención general negativa y prevención especial positiva, son las teorías que confluyen en el sistema ecuatoriano, pues a más de la coerción que se ejerce al ciudadano a través de la amenaza de la pena, se procura también rehabilitarlo.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penitenciarias

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 20: Pregunta 03.

¿Existe una política criminal que regule la aplicación y cumplimiento de los fines de la pena del sistema penitenciario ecuatoriano?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los jueces entrevistados coinciden en que las políticas públicas, son de competencia de la administración de los centros de rehabilitación social, así como de su desarrollo y ejecución.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penitenciarias

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 21: Pregunta 04.

¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen en el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados refieren que tanto la ley penal, como la constitución de la república, guardan armonía, pues las dos sustentan y le dan forma al sistema.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penitenciarias

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

Tabla 22: Pregunta 05.

¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden los porcentajes de casos de reincidencias?

Encuestas	Análisis
Jueces	Los encuestados refieren que de ninguna forma inciden los fines de la pena, en el nivel de reincidencia pues el número de casos de reincidentes es bastante lato, de incidir de manera directa los fines que el sistema penitenciario persigue, los PPL, se terminarían rehabilitando.

Fuente: Encuestas realizadas a los Jueces de Garantías Penitenciarias

Autor: Byron Iván Nieto Hernández

4.8. Discusión

Los jueces de garantías penitenciarias al estar en contacto directo con la solicitud de cambio de regímenes o beneficios penitenciarios aquí los jueces en realidad, han constatado que los fines sobre los que el sistema penitenciarito ecuatoriano se levanta, sirven de poco o nada, pues la seguridad en los centros como los ejes de atención para la rehabilitación social son deficientes.

La realidad es que, para la obtención de un régimen penitenciario o beneficio, basta con cumplir los requisitos administrativos, sin importar el cumplimiento de los fines de la pena, ni peor aún el seguimiento que le ofrece otorgar a quien ha recuperado su libertad.

En términos generales la reparación que persigue y que se trata de alcanzar a través de la prevención general y especial del delito, en términos disuasorios del cometimiento del delito, con el objetivo de alcanzar el ideal de justicia, no se materializa, ni mucho menos podrá garantizar una satisfacción total a la víctima, con la reparación del derecho violentado, satisfaciendo la generalidad contenida en todo el hecho punible.

CAPITULO V

5.1 Conclusiones

1.- La Constitución garantiza la configuración y desarrollo del sistema penitenciario de manera formal, pues su estructura y protección de derecho se encuentran desarrollados en su parte formal y en los cuerpos normativos inferiores. A pesar de esto esta protección y desarrollo, no se traduce en la realidad material, pues a la fecha el sistema de rehabilitación social atraviesa por una grave y profunda crisis.

2.- El sistema penitenciario ecuatoriano no ha podido estructurarse alrededor de una escuela dogmática que fundamente su estructura y que le de legitimidad y carácter científico. Pues si bien es cierto que los cuerpos normativos desarrollan en sus textos los fines que ha de tener la pena con una fundamentación teórica conceptual, también es cierto que existen verdaderas contradicciones conceptuales que impiden que este sistema se desarrolle.

3.- Los programas de rehabilitación social no son funcionales, así como el acceso a derechos básicos como salud educación, trabajo, etc. es decir el centro de privación de la libertad del cantón Riobamba no cumple con los estándares internacionales mínimos para garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos.

4.- El sistema de rehabilitación ecuatoriano no alcanza a cumplir con los fines que la teoría de la pena persigue, pues no ha garantizado la realización de la justicia como el más alto ideal del estado, desde una perspectiva absoluta, ni ha podido garantizar la rehabilitación de las personas privadas de libertad ni la reducción del índice de delincuencia desde una perspectiva relativa.

5.2 Recomendaciones

1.- El sistema penitenciario ha de tener que organizarse de tal manera que se puedan cumplir con los principios y directrices que han sido establecidos en la constitución de la república, de tal manera que la formalidad de la que está revestido, se pueda plasmar en acciones que transformen la realidad material del sistema.

2.- El sistema de rehabilitación social ha de tener que organizarse alrededor de los presupuestos dogmáticos, desarrollados en la normativa jurídica. Esto con el fin de proponer políticas públicas que ejecuten y cumplan con los fines de la pena propuestos en la normativa jurídica.

3.- El organismo técnico encargado de manejar el sistema de rehabilitación social, tendrá que aplicar los programas de reinserción social, así como de intervención que harán posible el ejercicio y goce de los derechos a las personas privadas de libertad. Esta intervención tendrá que estar dirigida a cumplir con los estándares internacionales de calidad para la gestión de los centros de privación de libertad.

4.- El sistema judicial penal tendrá que reorganizarse para que puedan corregir sus contradicciones conceptuales, a fin de cumplir con los fines propuestos por cada modelo teórico. De esta manera se podrá garantizar la realización de la justicia como un ideal, y conseguir la disminución del índice de criminalidad a través de la prevención.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade, M. Y. (2017). Fundamentación de una teoría de la pena a partir de la justicia como equidad y del debate sobre el neocontractualismo. *Foro, Revista de Derecho*, 8, 71-86.

Apunte: Zaffaroni—Tomo 1 | Derecho Penal I | Abogacía UNC. Recuperado 2 de septiembre de 2021, de <https://filadd.com/doc/zaffaroni-eugenio-raul-tratado-de-derecho-penal>

Cordini, N. S. (2016). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de derecho (Valparaíso)*, 43, 671-701. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512014000200019>

Octubre, & Piso, S. (s. f.). ING. HUGO ENRIQUE DEL POZO BARREZUETA DIRECTOR. 144.

Derecho penal Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación Jakobs, Günther.. Recuperado 19 de septiembre de 2021, de <https://www.praxisjuridica.com.ar/ec/productos/derecho-penal-parte-general-fundamentos-y-teoria-de-la-imputacion-jakobs-gunther/>

Derecho penal Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación Jakobs, Günther. Praxis Juridica Libros. Recuperado 19 de septiembre de 2021, de <https://www.praxisjuridica.com.ar/ec/productos/derecho-penal-parte-general-fundamentos-y-teoria-de-la-imputacion-jakobs-gunther/>

Derecho penal parte general Claus Roxin. Recuperado 18 de septiembre de 2021, de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

Durán, m. (2017). Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos: Conceptos y Críticas Fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a Propósito del Neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. <https://doi.org/10.4067/s0718-43602011000100009>

Editorial Reus | Tratado de Derecho penal, Franz Von Listz | 978-84-290-1345-0 | Comprar online en Editorial Reus. (s. f.). Recuperado 18 de septiembre de 2021, de <https://www.editorialreus.es/libros/tratado-de-derecho-penal/9788429013450/>

Feuerbach Tratado de derecho penal. Librería-Editorial Hammurabi Tienda Online. Recuperado 18 de septiembre de 2021, de <https://www.hammurabi.com.ar/productos/feuerbach-tratado-de-derecho-penal>

Finalidad de la pena Luis E. Kamada.pdf. Recuperado 22 de junio de 2021, de <https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina Local>

Foucault 2004 Vigilar y castigar nacimiento de la prisión.pdf. Recuperado 22 de junio de 2021, de <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>

Fundamentos de Derecho Penal José Miguel Zugaldía Espinar | PDF | Intención (Derecho Penal) | Derecho penal. (s. f.). Scribd. Recuperado 18 de septiembre de 2021, de <https://es.scribd.com/document/469368964/Fundamentos-de-derecho-penal-JOSE-MIGUEL-ZUGALDI-A-ESPINAR>

Georg Wilhelm Friedrich Hegel | Causalidad. Scribd. Recuperado 12 de septiembre de 2021, de <https://es.scribd.com/document/495471439/9812-Texto-del-articulo-28221-2-10-20200413>

La teoría del castigo en el pensamiento jurídico de Hegel The theory of punishment in Hegel's legal thought. Recuperado 12 de septiembre de 2021, de https://www.researchgate.net/publication/322001228_La_teor%C3%ADa_del_castigo_en_el_pensamiento_jur%C3%ADdico_de_Hegel_The_theory_of_punishment_in_Hegel's_legal_thought

La teoría del castigo en el pensamiento jurídico de Hegel = The theory of punishment in Hegel's legal thought. (s. f.-b). Recuperado 12 de septiembre de 2021, de https://www.researchgate.net/publication/322001228_La_teor%C3%ADa_del_castigo_en_el_pensamiento_jur%C3%ADdico_de_Hegel_The_theory_of_punishment_in_Hegel's_legal_thought

La teoría del delito en la discusión actual |. (s. f.). Recuperado 17 de septiembre de 2021, de <http://www.marcialpons.es/libros/la-teoria-del-delito-en-la-discusion-actual/100995093/>

Lecciones de Derecho Penal Parte General 3ª Edición 2016 (Manuales de Derecho Penal): Luzón Peña, Diego-Manuel: Amazon.es: Libros. Recuperado 14 de septiembre de 2021, de <https://www.amazon.es/Lecciones-Derecho-General-Edici%C3%B3n-Manuales/dp/8491195629>

Libro de texto de derecho penal (Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas) Librerías Schulthess Comentarios, cursos de revisión, información especializada. Recuperado 3 de septiembre de 2021, de

<https://www.schulthess.com/verlag/detail/ISBN-9783428083480/Jescheck-Hans-Heinrich-Weigend-Thomas/Lehrbuch-des-Strafrechts>

Lorenzo, A. Bacigalupo Enrique Derecho Penal Parte General. Recuperado 3 de septiembre de 2021, de https://www.academia.edu/9191829/Bacigalupo_Enrique_Derecho_Penal_Parte_General

Mathiesen Juicio a la prision.pdf. Recuperado 19 de septiembre de 2021, de https://proletarios.org/books/Mathiesen-Juicio_a_la_prision.pdf

Meini, I. (2016). La pena: Función y presupuestos. Derecho PUCP, 27.

Mir, S. (1982). Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho (2a ed. rev). Bosch.

(PDF) Determinación Judicial De La Pena, Claus Roxin Y Otros, Jose Paul Haraldo Gallardo Echeverria—Academia.edu. Recuperado 22 de junio de 2021, de https://www.academia.edu/16603363/DETERMINACION_JUDICIAL_DE_LA_PENA_-_CLAUS_ROXIN_Y_OTROS

(PDF). Introduccion Al Derecho Penal Francisco Muñoz Conde | Karen Michelle—Academia.edu. Recuperado 3 de septiembre de 2021, de https://www.academia.edu/35444794/_Introduccion_Al_Derecho_Penal_Francis_co_Mu%C3%B1oz_Conde

PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL: PARTE GENERAL | ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATERO | Casa del Libro. casadellibro. Recuperado 18 de septiembre de 2021, de <https://www.casadellibro.com/libro-principios-de-derecho-penal-parte-general/9788476005002/35896>

PROYECTO-TRANSFORMACIÓN-SISTEMA-REHABILITACIÓN-SOCIAL_VF_15NOV2019. Recuperado 23 de septiembre de 2021, de https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/02/PROYECTO-TRANSFORMACI%C3%93N-SISTEMA-REHABILITACI%C3%93N-SOCIAL_VF_15NOV2019.pdf

Puig, S. M. Introducción a las Bases del Derecho Penal. 349.

Revelo, M. F. (s. f.). Política Nacional del Sistema de Rehabilitación Social. 90. Silva Portero, C. (2018). Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad (1a. ed). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sobre el fundamento práctico de la pena en Immanuel Kant. (s. f.). Recuperado 5 de septiembre de 2021, de <http://isonomia.itam.mx/isonomia/50/363660496003/html/index.html>

TFM NATALIA CHECA RIVERA.pdf. (s. f.). Recuperado 19 de septiembre de 2021, de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vargas, S., & León, F. (2015). El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. *Ius et Praxis*, 21(1), 171-216. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122015000100006>

Zaffaroni, E. R. (1997). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. *THEMIS: Revista de Derecho*, 35, 179-191.

Legislación

Código orgánico integral penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado 25 de agosto de 2021, de <https://www.uasb.edu.ec/publicacion/codigo-organico-integral-penal-hacia-su-mejor-comprension-y-aplicacion-690-id690/>

Constitución de la República del Ecuador. Recuperado 20 de agosto de 2021, de <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf>

Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitación-Sociale-SNAI-2020_compressed.
Recuperado 26 de septiembre de 2021, de https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/08/Reglamento-del-Sistema-de-Rehabilitacion-Sociale-SNAI-2020_compressed.pdf

ANEXO.

Anexos 1



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatario; Jueces de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba

Objetivo: Recabar información necesaria para, para la ejecución del trabajo investigativo.

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

Preguntas:

- 1.- ¿Conoce cuáles son los fines del sistema penitenciario ecuatoriano?
- 2.- ¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?
- 3.- ¿Conoce usted que políticas penitenciarias se a establecido para el sistema penitenciario ecuatoriano?
- 4.- ¿Usted cree que los fines de la pena que se establecen el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?
- 5.- ¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriana, inciden los porcentajes de casos de reincidencias?

Anexos 2



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO**

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatario; Jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba

Objetivo: Recabar información necesaria para, para la ejecución del trabajo investigativo.

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

Preguntas:

- 1.- ¿Conoce cuáles son los fines del sistema penitenciario ecuatoriano?

- 2.- ¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

- 3.- ¿Qué criterios dogmáticos se consideran al momento de fijar una pena?

- 4.- ¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?

- 5.- ¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden los porcentajes de casos de reincidencias?

Anexos 3



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatario; Jueces de Garantías Penitenciarias de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba

Objetivo: Recabar información necesaria para, para la ejecución del trabajo investigativo.

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

Preguntas:

- 1.- ¿Conoce cuáles son los criterios dogmáticos que se consideran para conceder un beneficio penitenciario?
- 2.- ¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?
- 3.- ¿Existe una política criminal que regule la aplicación y cumplimiento de los fines de la pena del sistema penitenciario ecuatoriano?
- 4.- ¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?
- 5.- ¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden en el porcentaje de solicitudes de beneficios penitenciarios?

Anexos 4



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatario; Director del Centro de Privación de la Libertad del cantón Riobamba

Objetivo: Recabar información necesaria para, para la ejecución del trabajo investigativo.

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “La teoría de la pena y su incidencia en el sistema penitenciario ecuatoriano” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

Preguntas:

- 1.- ¿Conoce cuáles son los criterios dogmáticos que se consideran para conceder un beneficio penitenciario?

- 2.- ¿Conoce los parámetros dogmáticos de la teoría de la pena desarrollados en el sistema penitenciario ecuatoriano?

- 3.- ¿Existe una política criminal que regule la aplicación y cumplimiento de los fines de la pena del sistema penitenciario ecuatoriano?

- 4.- ¿Usted considera que los fines de la pena que se establecen el COIP, guardan concordancia con la constitución de la república?

- 5.- ¿Usted considera que los fines de la pena que desarrolla el sistema penitenciario ecuatoriano, inciden en el porcentaje de solicitudes de beneficios penitenciarios?