

# 44

Fecha de presentación: Septiembre, 2021

Fecha de aceptación: Noviembre, 2021

Fecha de publicación: Diciembre, 2021

## ANÁLISIS

### CRÍTICO-JURÍDICO SOBRE LAS PENAS: FUNCIÓN Y PRESUPUESTOS

### **CRITICAL-LEGAL ANALYSIS OF PENALTIES: FUNCTION AND ASSUMPTIONS**

Julio César de Jesús Arrias Añez<sup>1</sup>

E-mail: [uq.julioarrias@uniandes.edu.ec](mailto:uq.julioarrias@uniandes.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5259-9359>

Rously Edyah Atencio González<sup>1</sup>

E-mail: [uq.rouslyatencio@uniandes.edu.ec](mailto:uq.rouslyatencio@uniandes.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6845-1631>

Ingrid Joselyne Díaz Basurto<sup>1</sup>

E-mail: [uq.ingridbasurto@uniandes.edu.ec](mailto:uq.ingridbasurto@uniandes.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2934-4010>

<sup>1</sup> Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ecuador.

#### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Arrias Añez, J. C., Atencio González, R. E., & Díaz Basurto, I. J. (2021). Análisis crítico-jurídico sobre las penas: función y presupuestos. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(S3), 334-339.

#### RESUMEN

El objetivo general del presente artículo fue realizar un análisis crítico-jurídico sobre la pena como institución del derecho penal con el objeto de delimitar su función, presupuestos y limitaciones. La investigación se abordó bajo el enfoque cualitativo, resultó de corte analítico, el método preponderantemente utilizado fue el hermenéutico jurídico, los resultados obtenidos se lograron gracias a la triangulación de la información obtenida de los textos legales y las entrevistas a profundidad realizadas a los informantes clave con amplia experiencia y pericia en la materia. El presente trabajo permitió concluir que la pena es la consecuencia jurídica que se impone a los infractores de la norma penal a través de una conducta injusta que lesiona un bien jurídico tutelado, cuando se logra demostrar su responsabilidad penal a través de un fallo condenatorio, tiene una función sancionatoria, pero a su vez preventiva. Igualmente, su imposición activa la función de Rehabilitación Social y Reinserción Social de los sujetos activos del delito, por lo que, resulta retributiva y restaurativa.

**Palabra clave:** Pena, consecuencia jurídica, fallo condenatorio, función retributiva, función restaurativa.

#### ABSTRACT

The general objective of this article was to carry out a critical-legal analysis of punishment as an institution of criminal law in order to delimit its function, assumptions and limitations. The research was approached under the qualitative approach, it was of analytical cut, the preponderant method used was the legal hermeneutic, the results obtained were achieved thanks to the triangulation of the information obtained from the legal texts and the in-depth interviews conducted with key informants with wide experience and expertise in the matter. This work led to the conclusion that the penalty is the legal consequence imposed on offenders of the criminal law through an unjust conduct that harms a protected legal right, when their criminal responsibility is proven through a conviction, it has a punitive function, but at the same time preventive. Likewise, its imposition activates the function of Social Rehabilitation and Social Reinsertion of the active subjects of the crime, therefore, it is retributive and restorative.

**Keywords:** Penalty, legal consequence, sentencing, retributive function, restorative function.

## INTRODUCCIÓN

La perpetración de hechos criminales por parte de los antisociales que delinquen infringiendo el ordenamiento jurídico requiere ser repelido a través del poder coercitivo, sancionador y punitivo de los Estados, el cual es desplegado a través del *Ius Puniendi* como facultad para penar mediante la activación del aparato de sistema de justicia por medio de la apertura del proceso penal contemplado en el principio dispositivo instaurado en primera instancia en las normas rectoras, el cual es discriminado en los instrumentos adjetivos penales condensados o integrales y las diversas leyes orgánicas especiales relativas a determinada materia como delincuencia organizada, tráfico de drogas, violencia de género, extorsión y secuestro, corrupción entre otras en concordancia con los postulados establecidos en las normas sustantivas de carácter penal. (Ricardo et al. 2021; Palacios et al. 2021).

Dentro de este escenario, en virtud del auge delincencial los diversos países con el fin de preservar la paz social y la convivencia pacífica dentro de sus territorios se han visto en la necesidad de sancionar leyes con fuerza jurídica imbuidas de políticas públicas de Estado, con el fin de proteger a sus nacionales, resguardar sus soberanías, en razón de la proliferación de los hechos delictivos, las cuales deben guardar armonía con el contexto internacional y el derecho comparado en virtud de los tratados internacionales suscritos por cuanto adquieren un rango vinculante y por ende los Estados deben adaptar sus marcos legales internos, en base al principio de proporcionalidad entre la comisión del hecho punible y el perjuicio ocasionado al bien tutelado que genera dichas conductas injustas que generan un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico en su ámbito de proyección.

En este contexto, el Estado a través del aparato legislativo define y describe las conductas delictivas consideradas injustas subsumiéndolas en cuerpos legales en materia penal que imponen sanciones como consecuencias jurídicas representadas por la institución legal de las Penas, las cuales varían dependiendo el quantum y la magnitud del daño causado y la gravedad de los hechos controvertidos, las mismas se decretan luego de haberse desarrollado el procedimiento ordinario a través de las diferentes etapas, tomando principal relevancia el juicio oral y público. En este escenario, un fallo condenatorio, que conlleva a la imposición de una pena, amerita todo el ejercicio del sistema de justicia penal y de los sujetos procesales donde cada quién cumple su rol de acuerdo a las facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, las penas representan un instrumento para prevenir, sancionar y erradicar la criminalidad, pero,

al mismo tiempo activan el sistema de Rehabilitación Social como política criminal en pro de la Reinserción a la Sociedad de los condenados o penados luego de haber culminado su vida intramuros, razón por la cual, la ejecución de la pena debe ser supervisada y controlada por los jueces de garantías penitenciarias, ya que la imposición de las penas como castigo por una conducta penalmente relevante perpetrada, no conlleva a la pérdida de la titularidad de los derechos consagrados en la Constitución y demás leyes, por lo contrario, los penados deben gozar de los derechos inherentes a la dignidad humana en su cautiverio, por lo que, un organismo técnico compuesto por un equipo multidisciplinario debe encargarse de desarrollar los programas y políticas de rehabilitación social en pro de la seguridad humana y jurídica de los reos.

Las penas son un mecanismo de resarcimiento para las víctimas, de castigo al delincuente, facultativo de los Estados que marca el cambio de estatus jurídicos de los procesados y que cuando adquiere una condición definitivamente firme activa una fase post procesal, pero igualmente importante dentro del aparato jurisdiccional penal, por lo que, requiere un tratamiento jurídico idóneo, eficiente y eficaz por parte de los administradores de justicia durante la ejecución de la sentencia condenatoria, donde se pueden presentar diversas coyunturas penitenciarias que requieren ser evaluadas y atendidas sin dilaciones indebidas.

## MÉTODOS

### Consideraciones epistemológicas

Cada enfoque hermenéutico responde a supuestos epistemológicos determinados, por lo que es imprescindible abordar la definición de conocimiento científico. Se pueden distinguir tres grandes modelos del conocimiento: el modelo materialista mecanicista, el modelo idealista y el modelo basado en el Materialismo Dialéctico. El método correcto de la ciencia para este modelo es el inductivo, partir de lo concreto a lo abstracto. La realidad es cosificada, Durkheim sostiene de forma categórica: “los fenómenos sociales son cosas y deben ser tratados como cosas” (Durkheim, 1986: 68).

La elección de paradigmas implica una toma de decisiones en la que se conjugan valores, ideología, sentimientos, formación académica, tipo y proveniencia de las publicaciones a las que tenemos acceso, experiencia profesional e investigativa, características y motivaciones individuales, institucionales y locales, cualidades personales creatividad, atrevimiento para disentir de las tendencias dominantes.

En este contexto, de conformidad con las premisas de Kuhn, las metodologías y técnicas de investigación, se hallan ligadas a un paradigma, el cual se regirá las metodologías y técnicas apropiadas de manera exclusiva. (Quero. 2013). Por tal razón, en la presente investigación, se acogió el paradigma interpretativo, por cuanto el objetivo principal consistió en realizar un análisis crítico-jurídico sobre la Pena, su función y presupuestos, aplicando un diseño de investigación documental y bibliográfico a través del estudio de la normativa legal vigente nacional y comparada relacionada con la imposición de las penas.

Dentro de este escenario, la modalidad de la investigación resultó Cualitativa, ya que, el paradigma interpretativo, está relacionado con Investigación Cualitativa, por qué, ambas tienen como característica similar el ser holística, es decir ven al fenómeno como un todo en su contexto, es naturalista, aceptan la verdad del otro.

### Tipo de investigación

El presente trabajo crítico, representó una investigación de tipo cualitativa de corte analítica, por cuanto se analizaron las consideraciones generales de la institución jurídica de las penas, el verbo rector en las investigaciones analíticas es Analizar. Partiendo de esto, la investigación analítica, es aquella que trata de entender las situaciones en términos de sus componentes. Intenta descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explican su integración. En este mismo sentido, son investigaciones con objetivos de mayor nivel de profundidad o más complejos, el análisis deja de ser un objetivo para convertirse en una herramienta, el reinterpretar un evento se constituye en un medio para llegar a conclusiones de diversa índole, porque es holística.

### Métodos de la investigación

La investigación cualitativa permite incluir una variedad de métodos de investigación, sin embargo, la perspectiva teórica asumida en este análisis es el de la hermenéutica, el cual estuvo presente de manera explícita en este apartado, pero en forma implícita formó parte de toda la investigación: en la elección del enfoque y de la metodología, en el tipo de preguntas que se formularon para recoger los datos, lo cual implicó una actividad de corte interpretativa.

Para el análisis de los textos legales, el método asumido en esta investigación fue el hermenéutico-jurídico. La hermenéutica jurídica se ocupa de interpretar los mandatos contenidos en **las normas jurídicas**; pero solo se logra una correcta interpretación si se cuentan con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. De ello, se ocupa la hermenéutica de establecer los

principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación **de las disposiciones normativas**.

Diseño, técnicas e instrumentos utilizados para la recolección de la información

El diseño aplicado fue de corte transversal, documental y bibliográfico, las fuentes de recolección de la información fueron de fuente mixta, los resultados obtenidos se lograron gracias a la triangulación de la información obtenida de los textos legales y la técnica de las entrevistas a profundidad propia de la teoría fundamentada realizadas a los informantes clave (jueces y fiscales) en materia penal nacionales y extranjeros a través de una guía de entrevistas.

Tal y como se hizo en otras investigaciones previas del autor principal y que representan un criterio sostenido de recabar inferencias, reiterado en trabajos previos como: Análisis Socio-Jurídico sobre la tipificación y sanción del delito de tráfico de drogas en la legislación ecuatoriana, (Arrias et al. 2020), Análisis crítico sobre el ordenamiento jurídico antidrogas contra el Narcotráfico comparando la legislación ecuatoriana y venezolana, (Arrias, Pupo & Atencio, 2021), Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de Lavado de Activos entre la legislación ecuatoriana y venezolana, (Añez, Arvelo & Zambrano, 2021) y Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de Asociación Ilícita para Delinquir entre la legislación ecuatoriana y venezolana, (Añez, Zambrano, Santos & Verdezoto, 2021).

## RESULTADOS

En este apartado, se anuncian los resultados obtenidos sobre el análisis crítico-jurídico, realizado en relación con las normas jurídicas vinculadas a la regulación de la institución jurídica de las penas, sus consideraciones generales, función y presupuestos legales, en este contexto, la investigación trajo a colación la postura asumida por el tratadista Claus Roxin (1997), quién al respecto, manifiesta en su obra: Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Sección I. Fundamentos, que: "El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. (p. 41)

En este marco, la legitimidad de la pena viene dada por la naturaleza social, por cuanto a través de la misma se castiga la alteración del orden social, público y jurídico, por ende, su aplicación va en pro de la convivencia pacífica de los seres humanos en el ámbito de una sociedad. Al

respecto, Méndez, (2013) en su artículo científico, *Penal: Función y Presupuestos* The penalty: function and requirements, sostiene que: “La legitimación de la pena debe reivindicar su naturaleza social, esto es, la necesidad de la sociedad de que se imponga una sanción en el caso concreto, y no limitarse el análisis a la relación entre el infractor que la padece y el Estado que la aplica”. (p. 3).

La pena representa un instrumento de consecución de la finalidad de la ley penal, citando el artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), el legislador prevé que: “Finalidad: Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”

Al respecto, Zaffaroni et al. (1998), sostiene que el poder punitivo es un fenómeno extrajurídico, meramente político con un aspecto represivo y un poder de vigilancia que se ejerce sobre toda la población. A su vez el derecho penal también tiene un objetivo político que puede ser expreso u oculto. Éste mismo autor en su obra *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Zaffaroni, 2006), afirma que: “El sistema penal es el conjunto de agencias que coinciden en la cuestión criminal. Algunas son exclusivamente penales (policías, servicio penitenciario, tribunales penales, órganos políticos de interior, seguridad, inteligencia, etc.), otras participan del poder punitivo, pero sus funciones son más amplias como: las agencias políticas (ejecutivos, legislativos); las agencias de reproducción ideológica (universidades, facultades, academias)”.

En este escenario, relata Enrique Zaffaroni (2006) que el derecho penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan poder punitivo, o sea, penas; por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales radica en que las primeras habilitan penas. De este modo, resulta que la delimitación del campo del derecho penal respecto del resto del derecho está siempre referido al concepto de pena. Sino precisamos este concepto no podremos delimitar el universo del derecho penal como saber jurídico. (Vargas & León, 2015).

Por otra parte, refiere igualmente Enrique Zaffaroni (2006) en la misma obra que respecto de la pena se han sostenido (y se sostienen) teorías positivas, es decir, que creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Se trata de posiciones que hacen acto de fe de alguna función manifiesta y en ella fundan la legitimidad de la pena y de ella deducen una teoría del derecho penal. Así, se dice que la pena tiene una función de

prevención general (se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan) o de prevención especial (se dirige a quien delinquirió para que no lo reitere), lo que presupone que la pena es necesaria porque esa función lo es, y, además, esa función colorea toda la teoría del derecho penal que se deduce a partir de ella: quien sostenga la función de prevención general estará apuntando a la gravedad del hecho cometido, en tanto que quien se centre en la prevención especial preferirá atenerse al riesgo de reincidencia que haya en la persona.

En este orden, Méndez, (2013) en su artículo científico *Penal: Función y Presupuestos*, manifiesta que: La retribución postula que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva. En esta línea, Kant sostuvo que, si la pena persiguiera alguna finalidad, como tratar al infractor o servir de ejemplo a la sociedad, o ser un medio para fomentar un bien, sea para el delincuente o para la sociedad, el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo y sería tratado como un medio, como un objeto del derecho de cosas.

En este orden de ideas, estas premisas reconocen la legitimidad de la figura de la pena como institución jurídica en materia penal, la cual representa el resultado de un proceso de juzgamiento subsumido de varias etapas procesales que contienen una serie de momentos con transición y oportunidad jurídica a través de principios relevantes para la realización de la justicia teniendo al proceso penal como instrumento fundamental.

## DISCUSIÓN

La presente investigación suministró importantes aportes teóricos desde el punto de vista jurídico y social, por cuanto se realizó un análisis crítico-jurídico sobre la función y presupuestos de las penas. Al respecto, es importante destacar que la pena representa la consecuencia jurídica que recae en contra del infractor que contraviene la norma penal, dicho castigo también es retributivo porque debe ser proporcional al daño sufrido por las víctimas titulares del bien jurídico protegido por los Estados, sin embargo, no siempre las legislaciones internas imponen penas proporcionales al daño causado y esto afecta el debido proceso, la tutela judicial efectiva y por ende la seguridad jurídica. Un ejemplo que se trae a colación son las penas previstas en la legislación ecuatoriana para castigar los tipos penales vinculados al tráfico de drogas. (García, 2016; Valladares, 2020)

Por otra parte, la pena también debe ser restaurativa, ya que, así como el Estado impone la privación de libertad como la pena más gravosa, que conlleva a un cautiverio intramuros en un centro de reclusión, presuntamente

de rehabilitación social, también el Estado debe ejercer como política criminal el seguimiento, supervisión y vigilancia de los penados para restaurar al delincuente a través de acciones estratégicas de carácter penitenciario con el objeto de insertarlo a la sociedad al purgar su condena y con esto evitar la reincidencia de los antisociales.

Ciertamente por medio de la pena se logra el resarcimiento y la reparación integral de las víctimas, así como la rehabilitación social de las personas condenadas o al menos éste es el espíritu del legislador tanto nacional como comparado, sin embargo, en la praxis real, dichas premisas no se cumplen fielmente por cuanto el sistema de rehabilitación social y penitenciario está plegado de hacinamiento, sobrepoblación, vulneración de los derechos humanos de las personas penadas, por falta de políticas públicas eficientes y eficaces que garanticen plenamente a las personas condenadas el pleno goce de sus derechos humanos, coyuntura que impide la rehabilitación social y reinserción a la sociedad.

## CONCLUSIONES

Desde la fundamentación teórica sobre la función y presupuestos de las penas, se concluyó que: La pena es una institución legal que representa una consecuencia jurídica en contra del infractor consumado a través de un fallo condenatorio por haber perpetrado una conducta injusta y penalmente relevante que generó un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico en su ámbito de protección y que socavó un bien tutelado y protegido por el Estado. La misma tiene una función sancionadora y preventiva derivada de su naturaleza social

Desde el diagnóstico del estado actual sobre la pena su función y presupuestos, se concluyó que: La pena consolida el principio de proporcionalidad contentivo dentro del debido proceso, sin embargo, el populismo penal por un lado y las penas no ajustadas a la gravedad de la infracción perpetrada dificultan el fiel cumplimiento de su finalidad, aunado a la falta de políticas públicas en materia penitenciaria tanto a nivel nacional como internacional, sobre todo en Latinoamérica.

Desde el desarrollo del análisis crítico-jurídico sobre las penas, su función y presupuestos, se concluyó que: Hace falta una profunda revisión de las legislaciones internas para adaptar las penas al contexto internacional guardando franca armonía con los tratados internacionales en materia específica como: Tráfico de Drogas, Delincuencia Organizada, Violencia de Género, Corrupción y Antixtorsión y Secuestro. Asimismo, se sugiere la implementación de políticas públicas en materia penitenciaria

asertivas, eficientes y eficaces en pro de la rehabilitación de los penados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Añez, J. Arvelo, P., & Zambrano, G. (2021). Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de lavado de activos entre la legislación ecuatoriana y venezolana. *Universidad y Sociedad*, 13(5), 20-26.
- Añez, J. Zambrano, J., Santos, M., & Verdezoto, J. D. B. (2021). Análisis comparativo sobre la tipificación y sanción del delito de asociación ilícita para delinquir entre la legislación ecuatoriana y venezolana. *Universidad y Sociedad*, 13(5), 615-620.
- Arrias Añez, J., Plaza Benavides, B. R., & Paucar Paucar, C. E. (2020). Análisis socio-jurídico sobre la tipificación y sanción del delito de tráfico de drogas en la legislación ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 371-376.
- Arrias Añez, J., Pupo Kairuz, A. R., & Atencio González, R. E. (2021). Análisis crítico sobre el ordenamiento jurídico antidrogas contra el narcotráfico comparando la legislación ecuatoriana y venezolana. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3), 1-17
- Durkheim E. (1986), *Las reglas del método sociológico*. Fondo de Cultura Económica.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N. 180. [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT\\_CEDAW\\_ARL\\_ECU\\_18950\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf)
- García Castillo, Z. (2016). Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49(145), 0-0.
- Méndez, I. (2013). *La pena: función y presupuestos*. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* (71), 141-167.
- Palacios, A. J. P., Ricardo, J. E., Piza, I. A. C., & Herrería, M. E. E. (2021). Phenomenological hermeneutical method and neutrosophic cognitive maps in the causal analysis of transgressions against the homeless. *Neutrosophic sets and systems*, 44, 147-156.
- Quero, M. (2013). *Políticas Públicas en Ciencia, Tecnología e Innovación en el Contexto del Desarrollo Endógeno en Venezuela* (Doctoral dissertation, Tesis Doctoral). Universidad de Zulia.

- Ricardo, J. E., Rosado, Z. M. M., Pataron, E. K. C., & Vargas, V. Y. V. (2021). Measuring Legal and Socioeconomic Effect of the Declared Debtors Usign The AHP Technique in a Neutrosophic Framework. *Neutrosophic Sets and Systems*, *44*, 357-366.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal, Parte general, tomo I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito*. Civitas Ediciones.
- Valladares, E. (2020). Retos del pensamiento crítico jurídico contemporáneo ante la complejidad de la racionalidad en la decisión judicial. *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (156), 165-191.
- 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.
- Zaffaroni E. (2006), Manual de Derecho Penal Parte General. Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (1998). *Manual de derecho penal*. Ediciones Jurídicas.