

# 54

Fecha de presentación: mayo, 2023  
Fecha de aceptación: agosto, 2023  
Fecha de publicación: septiembre, 2023

## LA PENA,

¿FINALIDAD RETRIBUTIVA O UTILITARISTA?

### **THE CRIMINAL SANCTION, RETRIBUTIVE OR UTILITARIAN PURPOSE?**

Yudith López Soria<sup>1</sup>

Email: [ylopez7@indoamerica.edu.ec](mailto:ylopez7@indoamerica.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6845-088X>

Mario Abad Tandazo<sup>2</sup>

Email: [ab.marioabadt@hotmail.com](mailto:ab.marioabadt@hotmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8248-7489>

Diana Maricela Bermúdez Santana<sup>1</sup>

Email: [dianabermudez@uti.edu.ec](mailto:dianabermudez@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3220-0990>

<sup>1</sup>Universidad Tecnológica Indoamérica: Ambato, Tungurahua, Ecuador.

<sup>2</sup>Estudio Jurídico Platinum Abogados: Guayaquil, Guayas, Ecuador.

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

López Soria, Y., Abad Tandazo, M. & Bermúdez Santana, D. M. (2023). La pena, ¿finalidad retributiva o utilitarista?. *Universidad y Sociedad*, 15(5), 550-558.

#### RESUMEN

Una de las cuestiones o categorías dogmáticas más vilipendiadas en materia de Derecho penal, es la pena o sanción derivada del poder punitivo del Estado. Y es que, sin lugar a duda, el hecho de que el Estado se haya convertido en garante de los derechos de los ciudadanos en una especie de trueque histórico que le faculta, a su vez, para determinar cuáles conductas serán consideradas delictivas y cuáles sanciones corresponderán a cada una de esas conductas, provoca reflexiones dogmáticas, filosóficas, jurídicas y normativas, latentes y actuales. Hoy, empleando un enfoque metodológico de investigación de índole cualitativo y aplicando métodos como el histórico-lógico, el analítico-sintético y el inductivo, queda trazado como objetivo general: argumentar la suficiencia justificativa de las teorías sobre los fines de la pena. Se llega a la conclusión de que las teorías formuladas por la dogmática penal se fusionan eclécticamente, pero, aun así, no acaba de quedar racional y necesariamente justificada la pena, sobre todo, porque en ocasiones, queda legitimado el Estado a castigar los mismos bienes jurídicos que fueron afectados por el agresor con la única diferencia de que este, no tenía justificación ni legitimidad para hacerlo.

**Palabras clave:** Teorías de los fines de la pena, justificación, legitimidad estatal, racionalidad y necesidad

#### ABSTRACT

One of the most vilified dogmatic issues or categories in criminal law is the penalty or sanction derived from the punitive power of the State. And it is that, without a doubt, the fact that the State has become the guarantor of the rights of citizens in a kind of historical barter that empowers it, in turn, to determine which behaviors will be considered criminal and which sanctions will correspond to each of these behaviors, provokes dogmatic, philosophical, legal and normative reflections, latent and current. Today, using a methodological approach to research of a qualitative nature and applying methods such as the historical-logical, the analytical-synthetic and the inductive, the general objective is: Arguing the justifying sufficiency of the theories on the purposes of punishment. Coming to the conclusion that the theories formulated by criminal dogmatics merge eclectically, but, even so, the penalty is not just rational and necessarily justified, above all, because on occasions, the State is legitimized to punish the same assets. legal that were affected by the aggressor with the only difference that he had no justification or legitimacy to do so.

**Keywords:** Theories of the ends of punishment, justification, state legitimacy, rationality and necessity

## INTRODUCCIÓN

La pena, la sanción, el castigo, el aspecto filosófico y normativo que hace más afflictivo y pesadumbroso al Derecho Penal, será el objeto de estudio en este trabajo, intentando encontrar en la doctrina la existencia de una real argumentación que la justifique como castigo.

Sobre los orígenes del castigo varios autores coinciden en que radica en el delito, sin embargo y se comparte con ellos que su origen radica en la culpabilidad, incluso, antes de haber sido concebida esta, como elemento subjetivo dentro de la estructura del delito sobre todo desde la teoría clásica alemana. El castigo por cuestiones lógicas y hasta de justicia, solo deberá imponerse a la persona determinada culpable del hecho dañino o peligroso que se le atribuye, y que, además, ha de ser típico y antijurídico. Hacer lo opuesto conllevaría a castigar a un inocente, y eso, además de ilógico, resulta arbitrario e injustificado. (López, et al. 2022)

La pena no es ajena a la norma, de hecho, está contenida en ella. Se refiere a comportamientos socialmente disvalorativos de los individuos. La sanción penal es la consecuencia de la infracción normativa, y por ende, está contenida en la misma norma que ha sido infringida. Ahora bien, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el derecho penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena.

Estas teorías son en el fondo teorías del derecho penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona. (Zugaldía, 1993, p. 102)

Estas teorías se clasifican en absolutas y relativas de la pena. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de que se haga justicia. Sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal, en consecuencia, se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de esos fines.

Es así como se entiende que, si se mezclan criterios retribucionistas y utilitaristas, o sea, desde una posición ecléctica de ambas teorías, podría decirse que la imposición de la pena se justifica, primero, porque el acusado ha infligido de modo ilegítimo un sufrimiento a alguien al dañar o poner en peligro, alguno de los bienes jurídicos que, por demás, están protegidos por el Derecho Penal y del que la víctima es titular. Y, en segundo lugar, diríase que, además, al imponer este castigo será útil para la sociedad ya que se haría con fines disciplinarios y

preventivos; y se actuaría también preventivamente, en el resto de la sociedad de modo general, y ahí se ubica parte de su función preventiva general; además de que intervendría preventivamente en el sancionado en particular y encontrando el contenido de la prevención específica o especial.

Se analizarán diversas fuentes que comienzan por ser libros clásicos y llegan a libros más modernos y artículos científicos contemporáneos sobre el tema. No se analizará legislación alguna, porque este trabajo discurre en una búsqueda eminentemente teórica y doctrinal.

## DESARROLLO

### La pena y su concepto

La comisión de un delito por parte de un sujeto culpable determina la responsabilidad penal, y por ello, la sugestión del transgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico: la pena. Pero, es de notarse que, además de la o las sanciones previstas, pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito, como es el caso de las medidas de seguridad, que no guardan, sin embargo, relación con la culpabilidad, sino con otros criterios de prevención y, asimismo, también en cuanto a las consecuencias civiles que derivan del hecho catalogado como delito.

La pena viene a ser la consecuencia lógica del delito, y consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del transgresor, la cual debe estar previamente establecida en la ley, y que es impuesta a través de un proceso legalmente establecido como respuesta estatal, a causa de la responsabilidad penal por dicho delito.

Según Ferrajoli:

Muchos de los equívocos que influyen sobre las discusiones teóricas y filosóficas, en torno a la clásica pregunta de «¿por qué castigar?», dependen, según su opinión, de la frecuente conclusión que se genera entre los diversos significados que a ella se atribuyen, entre los diversos problemas que ella refleja y entre los diversos niveles y universos de discursos a los cuales pertenecen las respuestas admitidas por aquella pregunta. Estos equívocos se manifiestan también en el debate entre «abolicionistas» y «justificadores» del derecho penal, lo cual da lugar a incomprendiones teóricas que a menudo son interpretadas como dissentimientos ético-políticos. Lo que es más grave, además, es que ellas confieren a las doctrinas justificadoras de la pena unas funciones apologéticas y de apoyo al derecho penal existente, por lo cual las mismas doctrinas abolicionistas quedan supeditadas en el plano metodológico. (Ferrajoli, 1995, p. 25)

La pena constituye una facultad en manos del Estado para determinar qué conductas la merecen, en qué magnitud, cuáles deben ser las clases y tipos de pena, así como determinar su duración.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, "la imposición de un mal al hecho punible cometido". (Muñoz, 2001, p. 75)

Y es que, la pena, no podía seguir siendo simplemente la restauración del orden jurídico o la intimidación general de los ciudadanos, debía ser el medio garante del orden social. El delito, más que una violación al orden jurídico es un daño social y el delincuente es un ser peligroso para la comunidad.

### Funciones de la pena. La función de la pena en el Derecho penal liberal

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal, se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales, en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un daño social.

Precisamente, fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. (Mayer, 1969)

Ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo. La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas, la preventivista y la retributiva respondía a una distinta concepción del hombre, al que, según ambas, y en cuanto liberales, debía servir el Derecho. Mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón, desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana.

### La función de la pena en el Derecho penal Intervencionista

Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena, tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. (Mir, 1982, p. 27-28)

### Derecho penal totalitario y Derecho penal democrático:

El principio intervencionista, rector del Estado social podía conducir, y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces, en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Este es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz.

Con este matiz, por así llamarlo, se aplica la pena en los regímenes penales totalitarios o, dictatoriales.

### Teorías de la Pena

La doctrina sobre la pena es muy amplia y abarcadora, y aún resulta insuficiente, dado a la insistencia por poder obtener argumentos válidos para justificar la necesidad de castigar o imponer una sanción a un individuo. Las teorías sobre la pena se clasifican en teorías absolutas y relativas.

Las teorías absolutas o retributivas, pues así se les llaman, indistintamente, en términos generales, fueron comenzadas por Ernst-Amadeus Wolff y a Michael Köhler, junto a sus discípulos, Kant, ha sido otro importante precursor de estas teorías, pero ya en la era contemporánea ha sido el profesor Jakobs (1995) quien, con su cambio radical de Luhmann a Hegel, dio partida de nacimiento al neo-retribucionismo, que no es más que la versión actual de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena.

Las teorías relativas o preventivas, por su parte, nacen con posiciones variadas, ya sean de prevención especial

o general, pero que discurren entre exponentes como Beccaria, Von Liszt, Von Feuerbach, Gmlin y Filangieri, Bauer, Romagnosi, Bentham, Schulze, Grolmann, y Janka.

Según las primeras (retributivas o absolutas), la pena se justifica por sí misma y encuentra en sí misma la razón de ser como consecuencia del delito. Señalan tales teorías que no debe plantearse el problema de otros fines concretos que se propone el Estado al sancionar. Se sanciona porque se ha cometido un delito, como una exigencia de justicia por lo cual al mal del delito debe seguir el mal de la pena, y encuentra su justificación en los fines prácticos que persigue considerándose un medio para la obtención de tales fines, que se concretan básicamente, en el merecimiento de la pena justificado, por la comisión del delito.

Otras teorías reúnen elementos de la retribución con la consecución de objetivos utilitarios configurando las denominadas teorías mixtas.

Las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el derecho penal se justificarían, racionalmente, porque son útiles para prevenir el delito.

Las teorías absolutas, en su contenido esencial, entienden que la pena es una retribución. Con ella se trata de que el que ha realizado un delito lo redima con la pena. Son dos de los más grandes pensadores europeos, Kant y Hegel, los que con mayor claridad han desarrollado la idea de la pena como retribución.

Para Hegel, la pena es la negación de la negación del derecho. Por lo tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente que conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho. Pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa. De esta manera, según cual sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado. (Hegel, 1986)

En Hegel, el fundamento de la pena es de carácter jurídico.

Con ella se trata de restablecer la vigencia del derecho en cuanto expresión del mundo racional que establece las bases de la convivencia social. Se trata de aclarar que el comportamiento contrario a la norma no es la pauta de conducta que se ha de seguir en el futuro,

sino las que marcan las normas. Si para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica, para Kant tiene una fundamentación ética. Para este pensador la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad. (Kant, 1989, p. 455)

El carácter de valor absoluto de la pena como de realización de la justicia queda de manifiesto en la conocida sentencia de Kant según la cual: "...aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción." (Kant, 1989)

La teoría retributiva de la pena es una teoría consecuente con el pensamiento liberal y constituye, decididamente, un progreso frente a la arbitrariedad penal característica del Antiguo Régimen. Hay en ella una idea de justicia que se concreta en la proporcionalidad entre la pena y el mal causado con el delito.

Por ende, se observa que, las teorías de la pena no se preocupan del fundamento de la pena, sino, simplemente, de contestar a la pregunta de para qué es útil.

El Derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término, por su utilidad social. La teoría relativa de la pena se plasma a su vez, en dos teorías, por un lado, la de la prevención general, y por la otra, la de la prevención especial. La prevención general va dirigida a toda la comunidad social para que se abstenga de delinquir. La prevención especial, en último término, es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir o bien sea, neutralizándolo con una actuación sobre su persona que le impida desarrollar una actividad delictiva.

Por eso, si bien las teorías relativas dieron origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, al mismo tiempo, le dieron un carácter legitimador fundamentado en su utilidad. En la prevención general es posible observar dos grandes variantes. De un lado, la prevención general intimidatoria y del otro, la prevención general positiva.

Según López y Sánchez (2022):

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial, así,

por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no, a la prevención general o, a la resocialización del delincuente. Pero, acorde a una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor, pero si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces, podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo. (López y Sánchez, 2022, p. 292)

### La prevención general intimidatoria

Sobre la prevención general intimidatoria, Feuerbach (1989) plantea que es: "...la pena que se destaca por la claridad de su planteamiento" (p. 62). Para este autor la pena previene en forma general los delitos porque es una intimidación o coacción psicológica dirigida a todos los ciudadanos que reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente seguirá la imposición de una pena a su hecho delictivo. Sin duda esta concepción utilitaria de la pena constituye un avance en el proceso de secularización del Estado que comenzaría con la Ilustración.

Hay un rechazo en esta concepción al retribucionismo por pertenecer al ámbito de la moral y no jurídico. Si la pena ha de imponerse, según esta concepción, es por su utilidad para el mantenimiento de las condiciones de la vida social. Con ella se trata de evitar los hechos delictivos venideros, la prevención general mira hacia la sociedad y atiende a los efectos que la amenaza penal pueda producir en ella.

Se dice, que, no obstante, a estos argumentos, es una realidad que, los efectos preventivos generales de la pena no son comprobables empíricamente. La prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución, la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso, se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesarían los costes y beneficios del delito. Por lo cual la abstención de su realización supondría una racionalidad homogénea en todas las personas. También postula la existencia de un Estado que, en la definición de procesos criminales, actuará dentro de un marco de racionalidad y no hará un uso abusivo de la amenaza penal que tan eficaz sería, para evitar conflictos sociales.

Se plantea que la prevención general no ha podido superar la crítica referida a la utilización de la persona como un

medio para la consecución de un fin. De acuerdo con sus postulados la amenaza de la pena y sobre todo la certeza de su aplicación a una persona condicionaría a los demás a no delinquir, fin político perseguido por el Estado. En el fondo, como señala Oneca: "es un escarmiento en cabeza ajena." (1949, p. 67)

Esta crítica parte del postulado ético kantiano en el sentido de que el hombre no puede ser utilizado como medio para las intenciones de otro porque es un fin en sí mismo. En segundo lugar, desde una perspectiva de garantías, el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino, conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones. Ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, y, por ende, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad.

En tercer lugar, en cuanto al pensamiento de utilidad en el sentido de eliminar hechos futuros pues lo ya realizados, tuvieron lugar y eso es irreversible ya, y obviamente hay penas que son radicales y no contienen efecto preventivo alguno, como lo es la pena de muerte o la cadena perpetua.

En cuarto lugar, en tanto que el Estado social y democrático de derecho pone su acento programático justamente en la intervención en los procesos sociales con el objeto de regular y controlar en su especificidad los desequilibrios que su propia dinámica genera, los postulados no intervencionistas de la prevención general resultan contradictorios precisamente por su generalidad.

### La prevención general positiva o integradora

La prevención general positiva o integradora constituye un intento superador de las críticas formuladas a la prevención general intimidatoria, la cual es calificada como prevención negativa. La prevención positiva se inclina por una prevención general más amplia, cuyo objetivo es perseguir la estabilización de la conciencia del derecho.

Las fundamentaciones de la prevención general positiva parten de la consideración del derecho penal como un control social más, sólo que, formalizado. En cuanto que está formalizado está limitado por los derechos fundamentales de la persona. En tanto, la finalidad perseguida con la imposición de la pena trasciende del Derecho penal a la sociedad y, en consecuencia, se espera que produzca resultados en la relación social, concretamente, de estabilizar la conciencia del derecho.

La prevención general positiva, sin duda, representa un avance respecto de las teorías absolutas y de la prevención general negativa. El reconocimiento del derecho penal como un control social formalizado y sujeto a los límites del Estado social y democrático de derecho, así

como, su planteamiento de orientación de la política criminal desde las consecuencias, constituyen aspectos valiosos y rescatables.

La prevención general positiva presupone la capacidad de motivar que encierra la norma, por eso no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria a la que objeta la utilización del miedo y su carácter limitado.

La prevención general positiva motivaría no a través del miedo, sino a través del derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos. Parte de la base, en consecuencia, de que el derecho contribuye al aprendizaje social. La amenaza penal, simplemente estabilizaría esa conciencia adquirida a través del aprendizaje social. Tampoco logra superar las objeciones que ponen de manifiesto su incompatibilidad con el Estado social y democrático de derecho, como la manipulación del hombre.

Por otro lado, cualquier prevención general por sus propios postulados no intervencionistas en los procesos sociales, ignorándolos en su especificidad, contraría el programa regulador del Estado social y democrático de derecho.

### La prevención especial

La idea de la pena preventiva especial, sin perjuicio de poder ser reconocida incluso en autores iluministas, surge con fuerza en la segunda mitad del siglo XIX con la Escuela positiva italiana. El autor que logró universalizar la prevención especial fue Von Liszt en su famoso programa de la Universidad de Marburgo. Conforme a esta concepción de la pena, la prevención no debía dirigirse a la generalidad sino, al individuo en particular. Habría que distinguir si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible. La pena sería de intimidación individual de corrección o inocuización. (Von Liszt, 1916)

La visión antropológica de la prevención especial es diferente a la de las teorías clásicas de la retribución y de la prevención general. Si para éstas, el hombre es un ser libre e igual por naturaleza, para la prevención especial, el hombre no es libre y el delincuente tampoco es un ser igual ya que está determinado al delito. Es un ser defectuoso, un peligroso social, un anormal respecto del cual, la sociedad tiene que defenderse. De esta manera, la peligrosidad del delincuente y la defensa social están en la base y en el horizonte de esta nueva concepción de la pena.

La prevención especial constituye una intromisión específica en la persona del delincuente. Para ello es necesario distinguir entre los diferentes tipos criminales para

someterlos a las medidas que sean adecuadas y necesarias para si es posible corregirlos, enmendarlos o rehabilitarlos y si no lo es, para inmunizarlos contra el delito.

Como reflexiones sobre esta teoría, se aduce que la prevención especial significa un avance, pues se centra concretamente en el hombre, y para ello, toma en cuenta sus particularidades y no en un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general. Despoja a la pena de su carácter mítico y moralizante, ya que lo importante es una pena adecuada a las características particulares de un sujeto.

Eso, como aspectos positivos; como elementos negativos, tanto la prevención general como la especial, instrumentalizan al hombre para los fines del Estado, sin respetarle su derecho fundamental a la dignidad como persona. Pero en la prevención especial este aspecto se acentúa aún más, ya que se dirige a un hombre real las posibilidades de manipulación son aún mayores.

Por otra parte, no son pocas las dificultades para plantear criterios de prevención especial. Esta ha fracasado al ser implantada de modo general, dado que, conforme a sus propios planteamientos, algunos delincuentes no necesitan ser tratados, y otros no serían susceptibles de tratamiento, pues no se conoce uno para ellos, como sería el caso de los incorregibles. Estas teorías de la prevención se enmarcan en sistemas políticos determinados como los estados fascistas y los liberales intervencionistas.

El principal exponente de esta teoría fue Franz Von Liszt (2016) quien señaló al delincuente como el objeto propio del derecho penal.

La crítica a esta concepción la hace Claus Roxin al encontrar en ella tres objeciones:

La primera, consiste en que tiende a dejar al particular a merced de la intervención estatal; como segunda, señala que existe el riesgo de no imponerse la pena a los delitos si no existe peligro de repetición; y, por último, indica que, si bien es cierto que la corrección indica un fin de la pena, en ningún modo contiene en sí misma la justificación de ese fin. (Roxin, 1997)

### Teoría de la Prevención General

Según esta concepción, el fin de la pena es intimidar a la generalidad de los ciudadanos, y en la medida que lo logre se legitima el uso del *ius puniendi*. Esta teoría tiene entre sus defensores a Von Feuerbach, el cual parte de la crisis social que surge cuando no se encuentran los mecanismos para internar a los individuos dentro de los intereses del grupo hegemónico.

En América Latina está Zaffaroni, quien señala que:

...el objeto de la pena es proveer la seguridad jurídica, la cual se logra por medio de la prevención penal que no es más que la prevención especial dotada de plasticidad, pluralidad de formas y sin atentar contra los derechos humanos. (1986, p. 59)

### La Teoría Unificadora Dialéctica

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales, como especiales.

El Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado.

Por su parte, Muñoz Conde describe la teoría en sus tres fases. La primera radica en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general, pero si, a pesar de esta amenaza, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces, a su autor, debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva.

Finalmente, durante la ejecución de la pena, una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente una especie de "conejillo de Indias", aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona (...). Sólo la integración armónica, progresiva y racional de estos tres estadios del fenómeno penal puede eliminar esos peligros. (Muñoz, 2001, p. 76)

Las conminaciones de pena: Esto es que el Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma, pueden encontrarse dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, donde los recursos penales, por ser los más drásticos, tienen que ser los últimos (Fernández, 1986); y la segunda, radica en que el legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importarle que dichos actos sean moralmente reprochables por el resto de miembros de la sociedad.

Imposición y medición de la pena: Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a

Derecho del medio. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estado. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena, lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: "La pena es la negación de la negación del derecho." (Hegel, 1986)

En pocas palabras, la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de la pena en respuesta a un mal previamente cometido.

### ¿Puede alguna de estas teorías justificar íntegramente el castigo hoy?

En este trabajo se ha pretendido sondear si las teorías existentes y esgrimidas a favor de la justificación de la pena, han cumplido su cometido. Para ello, se ha establecido una correlación entre estas perspectivas y teorías filosóficas contemporáneas, que han contribuido en forma más o menos directa, a ser el sustento ideológico de las mismas.

Se ha podido establecer que la pena de prisión nació con un fin retribucionista, de esta manera, el castigo aparece como encauzamiento de la venganza social y pasa a tener un fin preventivo. Se ha podido establecer que, a través del consecuencialismo, que es un elemento propio del utilitarismo, se persigue lo bueno y algo es bueno, si mejora la vida de alguien.

Actualmente, puede decirse que, hacia fines del siglo XX, se produjeron importantes cambios en lo que Garland (2005) denomina "penalidad del welfare".

Entre ellos se destaca, el del universo de justificación teórico de la Criminología y el Derecho penal que comenzó a asumir la caída de la época del tratamiento.

Diversas justificaciones fueron retomadas del pasado para reemplazar la idea de la prevención especial positiva y para brindar explicaciones de fines a una línea penal de mano dura, mejor representada por el llamado populismo punitivo, y que redundó en la inflación penal verificada especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, que pasó de tener, en 1975, una población reclusa total de 380.000 personas, a 740.000 diez años más tarde, para superar el millón y medio en 1995, y rozar los dos millones a fines de 1998. Estos datos suponen que el índice de encarcelamiento pasó de 139 a 650 cada 100.000 habitantes. (Christie, 2017)

Estos números revelan que la pena no cumplió con sus fines de prevención especial ni general. Las políticas penales que implementan los diversos gobiernos actuales tienen una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de reprimir y construir, a la vez, subjetividades. Pero es posible percibir que lo punitivo no es solo un medio, pues en sí mismo tiene las condiciones de reproducción de una organización social jerarquizada y basada en la exclusión.

Queda la justificación del castigo que ya no intenta producir ningún efecto hacia el futuro, sino que solo mira al pasado. Resta entonces, volver al pasado o al comienzo de las justificaciones de la pena.

Al ver a la norma penal en su poder motivacional, ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza directa de la pena, esto es lo que Von Wright llama "presión normativa", sino que, generalmente, "...se produce una internalización de las normas que permite que éstas operen mediante su aceptación por parte del destinatario. Cuando esta aceptación no se consigue, la eficacia de las normas penales es mucho más difícil." (Mir, 1982, p. 44)

Para que la prevención de la norma penal sea eficaz, depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena capaz por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios y, junto a la prevención intimidatoria debe destacarse, pues, la prevención positiva que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios.

La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales. En dichas alternativas el individuo ha de tener la posibilidad de participar, por eso, la pena ha de ser una alternativa más de participación en su solución. (López, 2021, p. 399)

Tal y como se comporta la situación actual de la criminalidad y sus índices en el mundo, parece ser que la pena cumple con la función de control social a la fuerza, para frenar a aquel individuo a quien ningún otro freno conductual le funcionó, y asimismo, se requiere reprimirlo, haciéndole ver que causando un mal contra alguien o todos recibirá igualmente un mal como castigo, el cual será más intenso en la medida de la gravedad del daño provocado o del peligro en que ha puesto al bien jurídico agredido, de aquí que se hable de proporcionalidad. Y, por último, seguirá cumpliendo su fin intimidatorio, a veces efectivo y a veces no, tanto en el plano individual o especial, como en el plano general.

## CONCLUSIONES

La pena es una manifestación del *ius puniendi* estatal, único titular, actualmente, del derecho a castigar. La pena es la forma legitimada de ejercer la venganza privada o social, y aparece determinada en ley para cada tipo penal.

La pena constituye un elemento normativo dentro de la concepción del delito, y forma parte de la norma misma, es la respuesta que da el Estado al delito, con fundamento en razones de utilidad y prevención o en fundamentos de merecimiento y retribución. De cualquier modo, la pena como manifestación de la facultad estatal que constituye el *ius puniendi*, amerita para ser impuesta, tener límites, precisamente, entre estos límites están la justificación, la necesidad de su imposición, los fines que persigue, así como, criterios de proporcionalidad que le mantengan la justa medida, en relación con el daño o peligro causado con el delito, a la respuesta penal que da el Estado, sobre todo en cuanto a tipo de pena e intensidad y duración de la misma.

Sobre la pena y sus fines se han establecido varias teorías, entre ellas puede citarse puntualmente tres, dígase la Teoría absoluta o retributiva, la teoría relativa o preventiva y las teorías unificadas o eclécticas. Todas intentan justificar los fines de la pena, pero en la actualidad y en criterio de los que suscriben, ninguna de ellas ha logrado justificar a cabalidad, ni desde el punto de vista práctico, ni desde el punto de vista filosófico, la necesidad y determinación de la pena misma, excepto la teoría unificadora, la cual logra explicar que la pena actualmente tiene su imposición justificada por el merecimiento de castigo que propició el sancionado, así como por los fines de utilidad social, buscando prevenir y evitar la comisión de nuevos delitos, tanto por el mismo sancionado, como en el resto de la sociedad. Por ende, observamos la pena con fines retributivos y utilitaristas a la vez. Pero, aun así, no logra evitar la comisión de nuevos delitos, ni disminuye los índices de criminalidad, ni evita la formación de reincidentes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Christie, N. (2017). *Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style*. Routledge.
- Feuerbach, P. (1989). *Tratado de Derecho penal: común vigente en Alemania. (14ª ed)*. Hammurabi.
- Fernández, J. (1986). *Derecho Penal Fundamental. Tomo I*. Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). El derecho penal mínimo. En J Bustos (dir). *Prevención y teoría de la pena*. (pp. 25-48). Editorial Jurídica Cono Sur.

- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- Hegel, G. W. F. (1986). *Principios de la filosofía del derecho*. Ed. Suhrkamp.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons.
- Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- López, Y., & Sánchez, D. X. (2022). La Teoría de Determinación de la pena reclama a la culpabilidad en su estructura. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S6), 286-296.
- López, Y., Sánchez, D. X., Cajas, J. L., & Ortiz, O. C. (2022). La culpabilidad prescindible como elemento, en la estructura del delito. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(6), 278-289.
- López, Y. (2021). La pena. Su presencia como daños punitivos en el derecho civil. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(2), 397-409.
- Mayer, M. (2007). *Derecho Penal. Parte general*. Editorial B de F.
- Mir, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch.
- Muñoz, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de F.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Editorial Civitas.
- Oneca, A. (1949). *Derecho Penal parte general*. Tirant lo blanch.
- Von Liszt, F. (1916). *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Hijos de Reus.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.
- Zugaldía, J. M. (1993). *Fundamentos de derecho penal (parte general): las teorías de la pena y de la ley penal:(introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*. Tirant lo Blanch.