



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**LA IDONEIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
COMO RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD Y LA EFICACIA
DE ESTA PARA LOGRAR LA REHABILITACIÓN.**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de

Abogada de los Tribunales de la República

Autora: Melanie Cristina Riera Martínez

Director: Dr. Juan Carlos Salazar Icaza

Cuenca-Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi familia, por ser siempre el pilar en el que me sostengo pues la calidez de su amor me ha dado forma y por ellos nunca me faltó nada. A mis abuelos Manuel y Julia, a quienes amo más de lo que las palabras podrían expresar y de quienes obtengo la fuerza para hacer todo para que se sientan orgullosos; a Delia, mi madre, por su amor y apoyo incondicional, porque a sus ojos yo siempre fui suficiente; a mis tíos Alexandra, María y Alejandro porque siempre confiaron en que yo sería capaz de hacer cualquier cosa que me propusiera y nunca dejaron de animarme; y especialmente a mi tía Patricia, por ser mi amiga, mi confidente y mi modelo a seguir, porque sin ella, su amor, su fortaleza y su ejemplo, yo no podría estar aquí.

Por último, a Salem y Sabrina, mis gatitos que durante toda la carrera me acompañaron en esas largas noches de estudio y siempre me reconfortaron con su compañía aún en los tiempos más difíciles.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer en primer lugar a mi director Dr. Juan Carlos Salazar por confiar en mi capacidad para realizar este trabajo y por su apoyo y constantes palabras de aliento durante su elaboración. Asimismo, quisiera agradecer al honorable tribunal conformado por la Dra. Julia Elena Vásquez por apoyar la realización de este trabajo. Y por supuesto a la Universidad del Azuay y todos los profesores que la conforman y de los cuales tuve el privilegio de aprender.

Pecaré de omisión seguramente en mi cometido de agradecer a todas las personas que me ayudaron durante estos años de universidad, pero no podría dejar de mencionar a mis queridas amigas Stefany y Paz porque su amistad y apoyo han sido la mayor de las fortunas ya que con su presencia han aportado sumo color a los recuerdos que siempre atesoraré de nuestros años en la universidad.

Finalmente, a mi hermana Gala, porque ha sido la más grande alegría el tener la oportunidad de crecer y experimentar juntas esta vida, pues su amor y apoyo, tan constantes como la luz de la estrella del norte, me animan para levantarme y trabajar cada día, por la pura emoción de ver en lo que nos vamos a convertir.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	II
Agradecimientos.....	III
Índice de contenidos.....	IV
Índice de ilustraciones y cuadros.....	V
Resumen.....	VI
Abstract.....	VII
Introducción.....	7
CAPITULO I: Corrientes doctrinarias que han influenciado nuestro Sistema Penal.....	3
1.1 Corrientes expansionistas del Derecho Penal.....	3
1.1.1 El Funcionalismo	4
1.1.2 El Derecho Penal del Enemigo	6
1.2 Corrientes reduccionistas del derecho penal	8
1.2.1 El Abolicionismo	9
1.2.2 El Garantismo	12
1.3 ¿Cuál de estas teorías resulta idónea para ser aplicada a un Estado de Derecho como Ecuador?	14
CAPITULO 2: Impacto de las corrientes expansionistas en el Sistema Penal Ecuatoriano	17
2.1 Evidencia de la influencia de corrientes expansionistas del derecho penal en nuestra legislación.	17
2.1.1 El populismo penal y la consecuente adopción del funcionalismo como respuesta a la criminalidad.	19
2.1.2 Inobservancia del principio de mínima intervención del derecho penal y específicamente de la pena privativa de la libertad	24
2.2 Efectos de la influencia de estas corrientes reflejadas en el sistema penitenciario.	28
2.2.1 Hacinamiento en las cárceles como resultado del empleo de la pena privativa de libertad como herramienta de prima ratio.	29
2.2.2 Reducción de los métodos alternativos a la pena privativa de la libertad.	36
CAPÍTULO 3: Idoneidad de la pena privativa de libertad como mecanismo para combatir la criminalidad	41

3.1	Referencia a la criminalidad como un problema social-estructural que no puede ser resuelto por medio del funcionalismo.....	41
3.1.1	Factores socio-estructurales que incrementan la criminalidad	41
3.1.2	Por qué una problemática de causas socio-estructurales no puede ser resuelta por medio del funcionalismo.	51
3.2	La justificación de la pena privativa de libertad y las implicaciones generales de su aplicación.	55
3.3	Impacto de la privación de la libertad sobre las personas en los aspectos psicológicos y sociales y su relación con las posibilidades de reinserción.....	60
3.4	Referencia a las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad.	64
3.4.1	Crisis penitenciaria en Ecuador y referencia a las cárceles como escuelas del delito	69
CAPITULO 4: Eficacia de la pena privativa de libertad para lograr el fin social de rehabilitación de las personas privadas de libertad.....		78
4.1	Qué debemos entender por rehabilitación como fin social y objetivo del Estado.....	78
4.1.1	Sistema Nacional de Rehabilitación.....	79
4.2.	¿Cuáles son los mecanismos por medio de los cuales el Estado pretende lograr la rehabilitación de los privados de la libertad?.....	82
4.2.1	Sistema de progresividad.....	82
4.2.2	Plan individual del cumplimiento de la pena.....	86
4.2.3	Beneficios penitenciarios del régimen progresivo de rehabilitación social.....	89
4.3.	¿Es posible la rehabilitación?	94
CONCLUSIONES		100
REFERENCIAS.....		102

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS

Ilustración 1.	INEC: Censo Penitenciario 2022. Quito, 2023	62
Ilustración 2.	CIDH: Personas privadas de la libertad en Ecuador, Quito, 2022	65
Ilustración 3	Defensoría del Pueblo del Ecuador: Promedio anual de personas privadas de libertad. Quito, 2020	71

LA IDONEIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD Y LA EFICACIA DE ESTA PARA LOGRAR LA REHABILITACIÓN

Melanie Cristina Riera M¹

RESUMEN

Con el objeto de determinar la utilidad de la pena privativa de libertad, este trabajo se dividirá en dos partes, siendo la primera un análisis de las variadas corrientes doctrinarias que han influenciado al sistema penal ecuatoriano, las cuales, a pesar de ser teorías completamente opuestas, han pretendido ser aplicadas a nuestro país de manera simultánea a pesar de su evidente contradicción práctica, siendo estas, en primer lugar, el garantismo y, en segundo lugar, el expansionismo.

Para la segunda parte de este trabajo, primeramente, se hará un análisis de la idoneidad de la pena privativa de la libertad como mecanismo mediante el cual el Estado pretende combatir la creciente criminalidad en el país, esto por medio del análisis de los factores sociales y estructurales que incrementan la criminalidad y en segundo lugar, se procederá con la determinación del nivel de eficacia que tiene la pena privativa de libertad para lograr la rehabilitación por medio de un repaso de los mecanismos planteados por el Sistema Nacional de Rehabilitación para lograr dicha finalidad.

Palabras clave: crisis carcelaria, pena privativa de libertad, rehabilitación, sistema penitenciario, expansionismo penal, derecho penal del autor, punitivismo, derecho penal del enemigo.

¹ Aspirante al título de Abogada por la Universidad del Azuay

ABSTRACT

To determine the usefulness of the custodial sentence, this paper will be divided into two parts, the first one is an analysis of the various doctrinal currents that have influenced the Ecuadorian penal system, which, despite being opposite theories, have tried to be applied to our country simultaneously despite their obvious practical contradiction, being, firstly, the "gigantism" and, secondly, the "expansionism". For the second part of this work, first, an analysis will be made of the suitability of the custodial sentence as a mechanism through which the State intends to combat the growing criminality in the country, through the analysis of the social and structural factors that increase criminality and secondly, we will proceed with the determination of the level of effectiveness of the custodial sentence to achieve rehabilitation through a review of the mechanisms proposed by the National Rehabilitation System to achieve this purpose.

Keywords: prison crisis, custodial sentence, rehabilitation, penitentiary system, penal expansionism, author's criminal law, punitive, enemy's criminal law.

Traslated by:



Melanie Riera M.



INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha ido haciendo cada vez más evidente la existencia de un problema en el sistema penal ecuatoriano, que repercute directamente en el sistema penitenciario. Esto como resultado de la progresiva influencia de las corrientes expansionistas del derecho penal, lo cual, en palabras de Gómez & Proaño (2012) debe ser entendido como el rol que juega el populismo en el derecho penal, en el sentido del inicio de una producción de retórica en el campo político y los medios de comunicación, para luego traducirse en iniciativas que, por lo general, son encarnadas a través de la producción legal. Esto significa, responder a la retórica social y política con un incremento de leyes y una maximización de las penas, que será usada como una moneda de cambio en el mercado político y un intento de respuesta a la criminalidad.

Coba Mejía (2008) dentro de su obra *Rehabilitación, el verdadero castigo* manifiesta que “si existe un punto donde es posible ubicar los efectos de un gobierno sobre las poblaciones es en los “Centros de Rehabilitación Social”. Si existe un lugar donde se articulan las nociones de Estado, derecho y nación es en las cárceles del país”, a su vez que hace mención a la paradójica semántica que constituye la relación existente entre la pena impuesta por el Estado a los individuos infractores de la ley, con la rehabilitación social, pues ¿qué sociedad asociaría la tortura del asilamiento a la reinserción social?

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la garantía de sus derechos, por lo que la prioridad del sistema sería el desarrollo de las capacidades de los individuos para que estos al recuperar su libertad, puedan ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades. (p.71) No obstante, la adopción de estas políticas de corte punitivista impulsadas por una suerte de populismo penal han dado lugar a que actualmente la pena privativa de libertad no sea más que una pena utilitaria, contraria al garantismo propugnado por nuestra Constitución; la cual en ninguna medida disminuye la criminalidad y mucho menos garantiza la rehabilitación, pues si bien la cárcel por sus propias características ha demostrado no ser la herramienta más idónea para garantizar la rehabilitación de los individuos, la insuficiencia de las políticas públicas eficientes y estructuradas destinadas a la rehabilitación de estos individuos no hace más que agravar el problema.

CAPITULO I

CORRIENTES DOCTRINARIAS QUE HAN INFLUENCIADO NUESTRO SISTEMA PENAL

1.1 Corrientes expansionistas del Derecho Penal

Silva Sánchez (2001) manifiesta que en la actualidad no es difícil constatar la existencia de una tendencia expansionista que ha llegado a influenciar el sistema penal puesto que es evidente la reciente introducción de nuevos tipos penales así como un agravamiento de los previamente existentes, además de la creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, una ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, entre otros cambios que no pueden ser sino características de esta tendencia a la que no cabe referirse sino como “expansión penal”.

Y es que, es posible que los orígenes de esta tendencia se remonten a la existencia de una verdadera demanda social en nuestro ámbito cultural, que es la necesidad de *más protección*, la cual es canalizada por la sociedad en la forma de una demanda (irracional) de mayor punición, la cual es acogida acríticamente por las Instituciones Estatales, la cuales, en lugar de introducir elementos de racionalización en dichas demandas, proceden a responderlas con la misma irracionalidad e incluso a retroalimentarlas en términos populistas². Ahora, partiendo de lo expuesto anteriormente, el autor ha propuesto las que, a su consideración, son algunas de las causas de la expansión del derecho penal y que consisten en 10 postulados, de los cuales se considera útil explorar brevemente dos de ellos que parecen ser el origen de la problemática.

- a. Los «nuevos intereses».** Hacen referencia a que el Derecho Penal es un mecanismo ideado para procurar la protección de bienes jurídicos especialmente importantes. No obstante, es posible que la expansión de este se deba, al menos en parte, a la introducción de nuevos bienes jurídicos o al aumento del valor de algunos preexistentes, suceso que podría responder a la evolución de las sociedades y a la nueva complejidad que estas puedan representar.

² Silva Sánchez, J-M. (2001) en “*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”. Madrid: Editorial Civitas.

b. **La efectiva aparición de nuevos riesgos.** Esto hace referencia a la consideración del modelo de sociedad postindustrial en que vivimos como una “sociedad de riesgo”, esto en razón a la aparición de un marco económico sumamente cambiante y a avances tecnológicos sin precedentes, que resultan en la configuración de un *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*, cuyas consecuencias son que muchas de los peligros a los que los individuos están expuestos son resultado de decisiones tomadas por otros individuos en el manejo de sus avances técnicos para el desarrollo en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc. Pero también, porque la sociedad tecnológica, altamente competitiva, desplaza a la marginalidad muchos individuos que prontamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales.

Finalmente, teniendo en mente lo que ha de entenderse por expansionismo y las causas que posiblemente dieron origen a dicha tendencia y su aplicación al sistema penal, hemos de pasar al análisis de dos teorías que forman parte de esta corriente expansionista y que sostienen, desde enfoques tal vez un poco diferentes un mismo punto que es la relevancia de la aplicación de la ley penal y una suerte de justificación de la aplicación de la pena.

1.1.1 El funcionalismo

El funcionalismo tiene sus orígenes en la teoría planteada por Talcott Parsons, donde este propone un modelo organicista de la sociedad, dentro del cual el concepto de “función” sirve para explicar las relaciones existentes entre un todo (organismo) y sus partes diferenciadas (órganos). Esta relación se definiría en términos de "necesidad", por cuanto el *todo* precisará que sus *partes diferenciadas* satisfagan determinadas necesidades mediante tareas diferenciadas. Como resultado de esto, la sociedad será un sistema que se mantendrá estable siempre y cuando se satisfagan sus necesidades. (Cárdenas, 2016)

A su vez, Niklas Luhmann hace un desarrollo posterior del funcionalismo de Parsons, y llega a determinar que la sociedad es un sistema compuesto de comunicaciones, mas no de individuos y que como sistema, sigue sus propias reglas, sosteniendo con esto que, a través de las comunicaciones, la sociedad crea una realidad que funciona por intermedio de los individuos, por cuanto presupone la existencia de seres humanos —en la medida que es inconcebible una

sociedad sin éstos—. De esta forma, la teoría funcionalista de Luhmann pretende estudiar a la sociedad sin tener en cuenta su historia, sino a partir de como la encuentra en el instante en que la aborda, con el objetivo de comprender y estudiar sistemáticamente cómo cada uno de los elementos sociales —que forman un todo— conjugan entre sí. (Cevallos Kristensen, 2018)

Finalmente, es a partir de estas bases que Jakobs plantea su teoría del funcionalismo radical³, adaptando las teorías funcionalistas anteriormente desarrolladas para aplicarlas al derecho penal y dando como resultado el postulado que sostiene que la función primigenia del Derecho Penal es proteger el cumplimiento de la norma jurídica, puesto que la sociedad es un sistema integrado por medio de la comunicación y la interacción entre individuos, donde la norma es entendida como una expectativa, en razón de la cual, no solo se espera un determinado comportamiento por parte del otro, sino que se valora la propia conducta con relación a un tercero y sus expectativas. En este sentido, las normas jurídicas constituyen una expectativa de comportamiento de acuerdo con un rol social establecido que constituye a la persona.

De esta forma, esta teoría centra su sistema de imputación en la finalidad de prevención general positiva de la pena, lo cual significa que la finalidad de la pena es restaurar la vigencia de la norma infringida con el delito, y constituir un castigo por la desobediencia de esta por parte del individuo, quien era entendido por Jakobs como alguien que no debe ser lesionado y que, a su vez, no tiene la potestad de lesionar a otro.

Ahora, como ya se mencionó anteriormente, para el funcionalismo de Jakobs, el concepto de persona está ligado al cumplimiento de la norma, como resultado de la función y rol que esta cumple en el ámbito social. De esta forma, solo puede ser considerado como persona quien cumple un papel útil socialmente, adecuándose al consenso, a la seguridad pública y al entorno. Generando así un criterio de división de los individuos, en el cual solo merece un trato digno quien es capaz de asumir su rol social, lo cual, a su vez, da origen al concepto del “derecho penal de enemigo” que se trata a continuación.

³ Véase, Jakobs, G. (2005). *La pena estatal: Significado y finalidad. El fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Lima: Ara.

1.1.2 El Derecho Penal del Enemigo

La teoría del Derecho Penal del Enemigo fue introducida por el jurista alemán Günther Jakobs (1997), quien inicialmente propuso que era necesario establecer una diferenciación entre las personas que conforman una sociedad, presentando así dos “tipos ideales” de personas que difícilmente aparecerían en la realidad en estado puro, las cuales consisten en:

- a. **“El ciudadano”**, quien es la persona que ejerce sus derechos en el marco de la ley y para quien se aplicaría el “derecho penal del ciudadano”, mismo que tiene por objeto definir y sancionar los delitos e infracciones a las normas cometidos por ciudadanos de manera incidental y que por lo general son únicamente el resultado de un abuso de las personas de las relaciones sociales en que participan desde su estatus de ciudadanos.
- b. **“El enemigo”**, que deberá ser entendido como la persona que por su comportamiento, actividad económica o incorporación a una organización delictiva se ha apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantiza la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal. A esta persona le será aplicado el “derecho penal del enemigo”, por el cual debemos entender que a los sujetos se les podrá privar de sus derechos porque ellos han renunciado a vivir de forma civilizada.

Esta distinción entre quienes integran la sociedad se debe a que las actividades y ocupaciones realizadas por quienes son entendidos como "enemigos" no tienen cabida en el ámbito de las relaciones sociales que se consideran legítimas, sino que expresan la conexión entre dichos individuos y organizaciones estructuradas que operan al margen de la ley y están comprometidas con actividades inequívocamente “delictivas”.

Respecto de esto, se ha planteado que el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas, y que, en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo⁴.

⁴ Véase, Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal (n. 1), p. 164

De esta forma, jurídicos se ha planteado que, con el objeto de optimizar la protección de los bienes, las sociedades modernas han recurrido a regulaciones propias del derecho penal del enemigo, las cuales consisten en:

1. Un adelantamiento de la punibilidad, esto haciendo referencia a aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.
2. Un aumento de la magnitud de las penas en contraste con el derecho penal “de ciudadanos”, esto es una desproporcionalidad en las penas y la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación de la punibilidad.
3. La disminución e incluso supresión de las garantías procesales como lo es la disminución de las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, la introducción de medidas de intervención de las comunicaciones, se amplían los plazos de detención policial, así como los de prisión preventiva, entre otros.
4. El surgimiento de un segmento especial del derecho penitenciario, destinado a ser aplicado en contra de los destinatarios del derecho penal del enemigo, esto es el Derecho Penitenciario, cuyas regulaciones pretenden endurecer las condiciones de clasificación de los internos, limitar los llamados beneficios penitenciarios, ampliar los requisitos de la libertad condicional, entre otros.

De esta forma, encontramos en la obra “*Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"* (2005) el postulado de que debemos entender al Derecho Penal del Enemigo en función de su finalidad, la cual sería, esencialmente, la seguridad cognitiva, de forma que en este modelo lo que se pretende no es la conservación o mantenimiento del orden, sino la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. Esto es, el tratamiento excepcional para los individuos “excluidos” que con su comportamiento ponen en peligro a la sociedad, razón por la cual debe desplegarse para ellos una vigilancia especial, un adelantamiento de la punibilidad y medidas de aseguramiento o custodia de seguridad.

Frente a esto Silva Sánchez (2001) sostiene que lo que procede es cuestionar la legitimidad de este modelo ya que, si este alega basarse en consideraciones de absoluta

necesidad, subsidiariedad y eficacia en un marco de emergencia, entonces habría que preguntarse si esto sigue siendo realmente “derecho” o si es, por el contrario, un “no-derecho”. Y que siendo así, este modelo debería considerarse, no como un modelo de derecho a ser aplicado, sino únicamente como una reacción de hecho meramente defensiva frente a sujetos “excluidos”. Esto es, un conjunto de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no representen peligro de contaminación del Derecho Penal “de la normalidad”, que es el que conocemos y aplicamos. En conclusión, lo que plantea el autor sería tomar al Derecho Penal del Enemigo no como un modelo a aplicar sino como una herramienta subsidiaria para responder a situaciones excepcionales. (p.166)

1.2 Corrientes reduccionistas del derecho penal

Estas corrientes se ven representadas mayormente por la búsqueda de alternativas a la aplicación de la pena privativa de libertad y su objetivo puede ser entendido a partir de la enunciación de dos aspectos: *La vía despenalizadora*, cuyas propuestas contrarían del todo a las corrientes expansionistas; y las propuestas consistentes en *Devolver el protagonismo del conflicto penal a la víctima*.

La defensa de dichas corrientes reduccionistas del Derecho Penal, también conocidas como “*minimalismo*” tiene su origen en las posturas defendidas por varios de los más relevantes autores de la conocida «Escuela de Frankfurt», y es que dicha postura parte de la defensa de un modelo ultraliberal del Derecho Penal que propone la restricción de este a un “*derecho penal básico*” que tuviera por objeto únicamente las conductas atentatorias a los bienes jurídicos de mayor relevancia, como son la vida, la salud, la libertad y la propiedad; a su vez que abogan por la conservación de las máximas garantías legales, la imputación de responsabilidades y el debido proceso⁵.

Asimismo, Baratta (1982) sostiene que el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya

⁵ Véase, Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal (n. 1), pg. 19

función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas.

1.2.1 El abolicionismo

En primer lugar, es necesario acotar que es posible distinguir, en términos generales, al abolicionismo en dos sentidos: *un sentido restringido*, el cual tendría por objeto la abolición de un aspecto concreto del sistema penal, y *un sentido amplio*, el cual pretendería la abolición de todo el sistema penal en conjunto, por considerarlo un problema social en sí mismo⁶.

Adicionalmente, Vera Andrade (2006) afirma que lo más acertado no sería hablar de abolicionismo, sino de abolicionismos ya que “como perspectiva teórica, hay diferentes clases de abolicionismos, con diferentes fundamentos metodológicos para la abolición. Postura que es secundada por Zaffaroni⁷ cuando afirma que los abolicionismos pueden ser estudiados en 4 posturas, entendiendo por estas: (a) La fenomenológica de Louk Hulsman; (b) La fenomenológico-historicista de Nils Christie; (c) La estructuralista de Michel Foucault, y (d) La tendencia marxista de Thomas Mathiesen;

Ahora, aunque las cuatro posturas son importantes, nos limitaremos a hacer referencia a las dadas por Nils Christie y Louk Hulsman por ser las que mayormente han influenciado las nociones de abolicionismo y justicia restaurativa que nos son familiares.

a. El abolicionismo penal de Louk Hulsman.

La teoría de Louk Hulsman propone la abolición del sistema penal, en el sentido de reemplazar el sistema centralizado estatal por mecanismos descentralizados de gestión de conflictos, esto es, mecanismos alternativos de solución de conflictos, cuya estructuración se desarrollaría a partir del replanteamiento del concepto de *delito*, pues según el autor, dicho cuestionamiento sobre lo que ha de entenderse como una conducta delictiva conduciría a “una

⁶ Folter, D. (1989). *Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal*. Buenos Aires: AAVV

⁷ Véase Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar

completa renovación de todo el discurso en torno al llamado fenómeno criminal y a la reacción social que causa”. (Hulsman & Bernat de Celis, 1997, pág. 97)

De esta forma, el abolicionismo ideado por Hulsman propondría que la noción de “*delito*”, que viene dada por lo que establece la ley que debe considerarse una conducta delictiva, debería ser reemplazada por una noción mucho más amplia, y flexible que es la noción de las “*situaciones problemáticas*”, la cual permitiría poner en práctica los mecanismos descentralizados de gestión de conflictos, consistentes en poner en manos de los involucrados la posibilidad de elegir el marco de interpretación del suceso, como también la orientación que llevará a una posible solución. Esto con el objeto de devolver el conflicto a las partes y de esta forma cumplir con dos objetivos deseados por el autor, que son: *a) la eliminación de los problemas sociales provocados por el sistema penal*, esto es la producción en serie de culpables, la estigmatización de los penados, la marginación de diversos grupos sociales, etc.; y *(b) la revitalización de la interacción social*, esto en el sentido de que la eliminación de la estructura centralizada de la justicia criminal conseguiría abrir un espacio para que la sociedad pueda buscar otros mecanismos para solucionar sus problemas. (Achutti, 2015)

Finalmente, el autor considera que, adicionalmente, la utilización de los mecanismos descentralizados permitirá a los involucrados una interacción verdadera que posibilitará la superación de la posición pasiva que venían ocupando las víctimas en la justicia criminal ordinaria, dado que de esta forma los sujetos dejarán de ser únicamente medios para la aplicación de la legislación, y pasarían a volverse parte activa en el proceso pues tanto la víctima como el ofensor participarían de forma en la conducción y en la resolución del problema con el objeto conjunto de satisfacer el interés de ambos, por medio de una disputa participativa.

b. El abolicionismo minimalista de Nils Christie

Nils Christie (1981) es considerado un abolicionista moderado por cuanto, a pesar de criticar lo que él llama “imposición intencional del dolor” (entiéndase la aplicación y ejecución de la pena de prisión), difiere de Hulsman, pues no defiende la abolición completa del sistema penal debido a que “en casos absolutamente excepcionales, no hay más opción que alejar al ofensor del medio social”. No obstante, si propone la reducción máxima del sistema penal por medio del empleo de mecanismos alternativos para la gestión de conflictos.

Para dicho objetivo, el autor parte de la idea de que hay que mirar hacia alternativas al castigo, y no castigos alternativos y propone un sistema comunitario y descentralizado de justicia donde los involucrados puedan participar activamente de la resolución de sus conflictos y que estos no les sean sustraídos por el Estado. Para ello propone la conformación de tribunales comunitarios, ubicados lo más cerca posible de las comunidades y orientados a tratar temas civiles y penales, pero especialmente civiles.

A su vez, realiza una crítica a la profesionalización de los principales actores jurídicos y las consecuencias de ello para la justicia criminal, razón por la cual propone que los tribunales comunitarios estén conformados de individuos comunes, (no profesionales del derecho) y que sean estos quienes participen de las deliberaciones, esto para evitar que los efectos de la burocratización de la justicia criminal y de la división del trabajo entorpezcan la forma en que los casos se tratarán.

Por último, el autor critica también la forma simplista en que la ley penal ve y maneja el ser humano dado que basa la decisión de todos sus casos en un sistema binario de sí/no, bueno/malo, culpable/inocente, evitando así la percepción de la interacción social que ha propiciado el acto delictivo y limitándose a responsabilizar solamente al actor inmediato por el acto, ignorando una perspectiva colectiva de responsabilidad y dando como resultado que la responsabilización sea siempre individual, jamás del grupo o de la comunidad donde vive el ofensor⁸.

Ahora, dado que los tribunales penales solo reciben la información que la legislación considera relevante, estos no son el mecanismo adecuado cuando lo que se busca es tener en cuenta toda la historia del caso y los detalles que hacen que cada caso sea particular, para que estos pasen a ser relevantes para la toma de decisión. Por ello, se pretende construir un modelo que permita que las partes sean conocidas en su integralidad, como seres complejos y en constante interacción con su medio y con las personas con quienes conviven.

⁸ Achutti, D. (2015). Abolicionismo penal y justicia restaurativa: Del idealismo al realismo político-criminal. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 55-74.

1.2.2 El garantismo

El Garantismo es una teoría planteada por el jurista Luigi Ferrajoli (1995) en su obra *Derecho y Razón*, en la cual propone, en términos generales, equilibrar el poder entre los individuos y el Estado para garantizar la protección de los derechos y libertades individuales, esto por medio de la implementación de límites al poder estatal, basados en principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Se podría decir que el pensamiento de Ferrajoli tiene influencias del pensamiento utilitarista, pero adicionando a este la necesidad de la vigencia de todas las garantías del Derecho Penal liberal a la luz de las exigencias del Estado de Derecho⁹.

Para el Garantismo, la protección de los derechos individuales debe estar en el centro del sistema legal, razón por la cual éste debe estar diseñado para salvaguardar estos derechos tanto como sea posible, de forma que el Estado sea visto como una entidad necesaria pero limitada que debe ser controlada por un sistema de frenos y contrapesos de tal modo que por medio de controles rigurosos se pueda evitar que el Estado abuse de su poder e infrinja los derechos individuales.

Ahora, un consenso en la doctrina nos dice que la teoría del garantismo planteada por Ferrajoli puede ser entendida por medio de tres nociones distintas pero vinculantes entre sí, siendo estas:

- a.* En primer lugar, como un *Modelo Normativo*, compuesto por un sistema dotado de mecanismos de protección capaces de garantizar los derechos de los individuos frente al abuso de la potestad punitiva del Estado.
- b.* En segundo lugar, como una *Teoría Crítica del Derecho*, cuya misión consiste en denunciar la validez y efectividad de las normas jurídicas que sirven de base para legitimar o deslegitimar las funciones que el derecho desempeña, esto es, las divergencias empíricas entre el ser y el deber ser de los ordenamientos jurídicos.

⁹ Demetrio Crespo, E. (2004). Del “Derecho penal liberal” al “derecho penal de Enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 87-115 (106)

- c. Y, en tercer lugar, como una teoría que alude a una *Filosofía del Derecho* en virtud de la cual se endosa al Derecho y al Estado el deber de justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente su finalidad

Como resultado del análisis de las 3 nociones anteriormente planteadas, Moreno (2007) establece que es posible, a su vez, condensarlas en dos significados de garantismo: El Garantismo como teoría general del Derecho y como Estado Garantista de Derecho, siendo este segundo significado el que nos atañe.

Es así como el “Estado Garantista de Derecho” surge a partir de las críticas del autor al Estado liberal, y cuyo postulado consiste en abandonar la subordinación de todos los derechos a la política mediante la estricta legalidad, entendiendo por esta última a los derechos fundamentales que toman el rol de fuente de legitimación. Dicha reformulación de lo que ha de entenderse como legalidad implicaría que sólo podrán ser entendidos como Estados de Derecho aquellos modelos que adhieran a nivel normativo una serie de límites o vínculos materiales a las posibilidades de expresión del poder político¹⁰.

Es de esta forma que, dicho modelo normativo o de Estado Garantista, en su práctica no admitiría ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición o punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor, y además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.¹¹

De lo anteriormente dicho se desprende a su vez que “Garantismo” y “Derecho Penal Mínimo”, en palabras de Patiño & Martínez (2006), son términos sinónimos, pues designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona, esto mediante la implementación de mecanismos alternativos que sean de igual utilidad para proteger los bienes jurídicos protegidos, resultando en que la aplicación del derecho penal o sus expresiones más severas pasen a considerarse “de ultima ratio”, esto es, que sea aplicable

¹⁰ Véase, Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta

¹¹ Véase, Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta

únicamente para sancionar comportamientos irreparables que no puedan ser sancionados por medio de otro mecanismo.

1.3 ¿Cuál de estas teorías resulta idónea para ser aplicada a un Estado de Derecho como Ecuador?

En orden de establecer un criterio sobre cuál de las cuatro corrientes anteriormente analizadas es compatible o idónea para ser aplicada a la legislación ecuatoriana, debemos en primer lugar hacer una breve referencia a las características que conforman nuestro ordenamiento jurídico, entendiendo por estas las que la Constitución de Montecristi (2008) ha establecido al nombrar al Ecuador como un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Respecto de esto, Ramiro Ávila (2008) nos explica que dichos calificativos o características pueden ser entendidas por medio de tres puntos.

- a.* El autor nos indica que el calificativo de **“Estado Constitucional”** denomina a un tipo de Estado donde la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, de forma que los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar y vínculos porque los poderes de los Estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.
- b.* Por otro lado, el calificativo de **“Justicia”**, según Ávila¹², no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.
- c.* Por último, el calificativo de **“Estado de Derechos”** significaría que este modelo difiere del modelo de “Estado de Derecho” en donde el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades (1) por cuanto este es entendido exclusivamente como la ley y (2) porque existe un sometimiento a la Constitución. Pues en el “Estado de Derechos” todo poder público y privado estaría sometido a los derechos de las personas reconocidos en la Constitución, los cuales son anteriores y superiores al Estado y por dicha razón someten y limitan a todos los poderes.

¹² Véase Ávila Santamaria, R. (2008). Desafíos Constitucionales: La Constitución del 2008 en el contexto Andino. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Serie Justicia y Derechos Humanos*, 19-38.

De lo anterior podemos concluir que todos dichos calificativos apuntan a la increíble relevancia que tendrían en nuestro ordenamiento jurídico los derechos de los individuos, por cuanto parecen ser el centro del ordenamiento jurídico y el máximo objeto de su protección, de forma que el sistema legal y la sociedad deben estar estructurados de tal forma que se garantice el cumplimiento de los derechos de las personas, por sobre todas las cosas ya que estos son superiores al Estado y constituyen el cimiento del ordenamiento jurídico y asimismo los límites aplicables a su ejercicio.

Ahora, dada la relevancia de los derechos de los individuos en nuestro ordenamiento jurídico y la necesidad imperativa de garantizar su efectivo goce, varios constitucionalistas consideran que el Ecuador es un país garantista que incluso incurre en hiper garantismo¹³, corriente que fue analizada en párrafos anteriores y que se ve íntimamente relacionada con la noción de un Derecho Penal Mínimo y que incluso ha sido ya incorporado a nuestra legislación en la forma del principio de mínima intervención, según el cual los operadores judiciales estarían obligados a agotar todas las instancias antes de decidir iniciar un proceso judicial, garantizando en el proceso, los derechos de ambas partes y pretendiendo a su vez, evitar que los procesados se vean privados de su libertad a causa de delitos menores.

De esta forma, se vuelve evidente que el ordenamiento jurídico ecuatoriano es claramente garantista, en respuesta a la naturaleza de las características atribuidas al Estado por la Constitución de Montecristi, por lo que la introducción de normas y procedimientos que correspondan a una ideología expansionista del derecho penal o influenciadas por la corriente del Derecho Penal del Enemigo sería y es actualmente una clara contradicción a la naturaleza misma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia y a su espíritu garantista plasmado en la Constitución.

Y es que, desde un enfoque garantista podríamos decir que el Derecho Penal tiene una doble función de protección, esto es, si bien una de sus funciones es la de proteger los bienes jurídicos que son relevantes para la sociedad (derechos) de ataques o vulneraciones, también es su función la de establecer límites al poder punitivo del Estado con el objeto de evitar abusos de

¹³ Véase, Romero Recalde, Torres Iglesias y Durán Ocampo. (2021). Derecho Penal del Enemigo Vs Derecho Penal del Ciudadano en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano. *Revista Científica Dominio de las Ciencias*. 547- 565 (560)

poder por parte de este. Idea que a su vez se corresponde con lo que había propuesto Ferrajoli¹⁴ al desarrollar su teoría del garantismo, esto es la necesidad de “frenos y contrapesos” que limiten el ejercicio de la pretensión punitiva para de esta forma garantizar el goce de los derechos de los individuos en la sociedad.

Pero si en su lugar, nos dejamos influencia por el Derecho Penal del Enemigo, donde se pretende dividir a los individuos en ciudadanos y enemigos y combatir tempranamente a los segundos por medio de un aislamiento de estos con la intención de “proteger a la sociedad”, esto resultaría simplemente incompatible con nuestro modelo de Estado actual y llevado a la práctica resultaría, y actualmente está resultando, en una constante contradicción de normas que responden a distintas corrientes y que dan lugar a antinomias y una gran serie de problemas en el ordenamiento jurídico puesto que no se puede pretender ser garantista en la Constitución y al mismo tiempo permitir la influencia del expansionismo penal en el COIP y el sistema penitenciario.

¹⁴ Véase Ferrajoli, L. (1995) Derecho y Razón, Teoría del Garantismo. Madrid: Editorial Trotta

CAPITULO 2

IMPACTO DE LAS CORRIENTES EXPANSIONISTAS EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO

2.1 Evidencia de la influencia de corrientes expansionistas del derecho penal en nuestra legislación.

Es un hecho ya conocido para todos la presencia cada vez más notable del expansionismo penal, el cual ya ha influenciado tanto a nuestro sistema jurídico como a muchos otros puesto que se trata de un fenómeno cuyos efectos no se limitan únicamente a nuestra región, razón por la que actualmente se ha dado paso a un nuevo modelo político-criminal, donde se deja de lado la cualidad de ultima ratio que caracterizaba al Derecho Penal, para pasar a ser de prima ratio, lesionando de esta manera el principio de subsidiaridad, rector del derecho penal.

Sobre este punto, Emundo & Márquez (2022) manifiestan que los efectos producidos en los sistemas jurídicos por la influencia del expansionismo penal son fácilmente reconocibles ya que son una respuesta a los factores que dieron origen a este fenómeno en primer lugar, siendo estos, el hecho de que actualmente nos encontremos viviendo en las llamadas *sociedades de riesgo*, circunstancia que implicaría que existe una percepción social por parte de los individuos de sentirse potenciales víctimas de la delincuencia, hecho que a su vez otorgaría legitimidad a la prevalencia de la seguridad ciudadana por sobre las libertades civiles, así como también lo es “la proliferación de bienes jurídicos colectivos susceptibles de tutela penal”, los cuales ya fueron analizados en el primer capítulo de este trabajo.

De esta forma, es en virtud de dichos factores originadores que los efectos más comunes y fácilmente apreciables de este serán:

- ***La inflación normativa en materia jurídico-penal.*** Este efecto implicaría un incremento en la promulgación de tipos penales como respuesta a las demandas político-sociales existentes, tales como las exigencias en seguridad social frente a la delincuencia o la necesidad por parte del estado de mostrar una postura firme frente a la inseguridad. No obstante, esta práctica podría conducir a la criminalización de conductas que antes no se encontraban dentro del catálogo de tipos penales, conductas que podrían no requerir un castigo tan severo, creando de esta forma el riesgo de introducir penas desproporcionadas con respecto de los delitos.

- ***El endurecimiento de las sanciones preexistentes.*** Este efecto implica aumentar las penas de delitos ya existentes en el catálogo penal, hecho que podría impactar tanto la severidad de dichas sanciones como la cantidad de personas que serán privadas de la libertad a consecuencia de ello (aumentando el riesgo de sobrepoblación carcelaria) esto como un intento de abordar problemas sociales y disuadir a las personas de cometer delitos o como mecanismo para subsanar la percepción social de que las penas actuales no ostentan la severidad suficiente.

- ***La práctica de legislación seleccionadora.*** Este efecto implicaría la introducción al catálogo penal de nuevos tipos penales que tengan por objeto sancionar conductas que no necesariamente causen un daño concreto a un bien jurídico, sino que su verbo rector sería “representar un riesgo” de que una conducta futura pueda afectar dicho bien jurídico, esto como respuesta a un aumento en la percepción de riesgo por parte de la sociedad. Al respecto han surgido muchas preocupaciones tales como la incertidumbre jurídica que generaría el que se criminalicen conductas difíciles de definir objetivamente y también el riesgo de que las sanciones contempladas en estos tipos resulten ser desproporcionadas en relación con el riesgo real o la falta de daño que implican.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la íntima relación existente entre el expansionismo penal y el populismo penal podríamos concordar con Gonzáles Malla & Armijos Campoverde (2021) cuando manifiestan que “el poder político del país, en su afán de ganar votos y reelegirse ha reformado la ley penal a pedir de bocas y a gusto de unos y de otros”, hecho que se hace evidente si observamos que el COIP (2014), bajo la clara influencia del expansión del derecho penal, incrementó la pena establecida para muchos delitos al igual que añadió un sin número de nuevos tipos penales, como es el caso del delito de asesinato, respecto del cual la pena establecida iba de dieciséis a veinticinco años; no obstante, ahora va de veintidós a veintiséis años; de igual manera que con la pena establecida para el delito de robo, la cual iba de tres a seis años y ahora va de cinco a siete años. Y, por último, respecto de la acumulación de penas, el COIP en su art. 55 establece que será de hasta cuarenta años, mientras que en el anterior código de 2011, se establecía hasta treinta y cinco años.

Asimismo, en los últimos años hemos asistido a un endurecimiento progresivo de las penas, evidenciado en la reforma del COIP del 2019, a partir de donde se impidió la aplicación del régimen progresivo a 16 tipos penales (SNAI, 2020).

Ahora, dado que es evidente la influencia de este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico, no podemos dejar de preocuparnos por las graves consecuencias que esto podría tener para la sociedad, riesgos que fueron contemplados anteriormente, tales como: la criminalización de conductas que no requieren una respuesta penal, el incremento del riesgo de sobrepoblación carcelaria, y la posibilidad de desproporcionalidad de las penas de los nuevos tipos penales. No obstante, otro efecto negativo del expansionismo y al cual no se había hecho referencia es la criminalización de la pobreza; y es que, respecto de este punto es necesario tener en cuenta las tasas de pobreza que tiene nuestro país, que si bien no son las peores de Latinoamérica, deben ser consideradas puesto que no son raras las ocasiones en las que el aparato penal resulta ser discriminatorio para con las personas de escasos recursos y sin acceso a servicios legales puesto que estas tienden a ser las más propensas a ser criminalizadas y encarceladas al encontrarse en una situación de indefensión frente al aparato punitivo, hecho que puede aumentar la desigualdad social y económica.

En conclusión, las consecuencias que trae consigo la influencia del expansionismo penal en nuestro ordenamiento jurídico pueden llegar a representar un importante riesgo a la sociedad, razón por la cual los efectos de este y su introducción a nuestro sistema legal no deben ser tomados a la ligera pues constituyen una amenaza al efectivo goce de los derechos de los individuos y un riesgo de incrementar las ya de por sí existentes desigualdades económicas y sociales.

2.1.1 El populismo penal y la consecuente adopción del funcionalismo como respuesta a la criminalidad.

En un primer momento, parece necesario referirnos a la noción del “ius puniendi” o “derecho a castigar”, la cual debe ser entendida como aquella prerrogativa ostentada por todo Estado y la cual surgiría inicialmente de una necesidad de orden público, entendida como una medida de “control social” y que resulta necesaria para poder considerar a determinadas

conductas como prohibidas por ser potencialmente lesivas para los individuos que conforman una sociedad, y, por ende, que dichas conductas sean castigadas de manera ejemplar.

Entonces, podríamos entender que la función del poder punitivo del Estado consiste en aplicar sanciones a los individuos cuyas conductas signifiquen la vulneración de los derechos de los individuos. No obstante, el jurista Enrique Bacigalupo (2004) considera que en la actualidad esta función se ha visto desnaturalizada para convertirse en un mecanismo de satisfacción a la demanda de los ciudadanos, ocasionando con esto que no se cumplan o no se establezcan políticas integrales que permitan obtener soluciones a los diversos problemas que afligen a la sociedad. Razón por la cual este autor considera que en los últimos tiempos nos hemos convertido en testigos de este fenómeno cada vez más común, conocido como “*populismo penal*” o “*populismo punitivo*”, término acuñado por Anthony Bottoms para referirse al uso del Derecho Penal realizado por los gobernantes, con el fin de obtener ganancias electorales, asumiendo política y acríticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad¹⁵.

De esta forma, el populismo penal vendría a ser la promesa según la cual el problema de la delincuencia será finalmente resuelto por medio de un endurecimiento del sistema penal, premisa que le otorga popularidad y efectividad discursiva a este fenómeno. Consecuentemente con dicho postulado, “las decisiones en materia de política penal se someterían cada vez más al juicio de la opinión pública y se dejaría de consultar a los expertos en esta materia, cuestión que implicaría un retroceso en los derechos y garantías adquiridos en favor de una justicia de tono emocional claramente retributiva.”¹⁶

Ahora, esto nos lleva a preguntarnos cuál es la razón de que este fenómeno se haya vuelto tan común en nuestra realidad; respecto de lo cual Cabrera Trujillo (2018) ha manifestado que la forma en la que el populismo punitivo llega a instaurarse en una sociedad es por medio de la concurrencia de determinadas circunstancias, como son:

a. La explotación del miedo. Consistente en la técnica mediante la cual se pretende incrementar el miedo en los individuos, a fin de que estos, de manera voluntaria le

¹⁵ Antón-Mellón, J., Alvarez, G., & Rothstein, P. (2017). *El populismo punitivo en España (1995-2015): Presión mediática y reformas legislativas*. Madrid: Revista Española de Ciencia Política.

¹⁶ Mouzo, K. (2012). Inseguridad y “populismo penal”. *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 43-51

permitan al gobierno reducir sus libertades, de forma que “la tarea política es convencer a los ciudadanos que la criminalidad es una amenaza mayor que el exceso gubernamental”. (Reed Hurtado, citado en Cabrera Trujillo, 2018)

b. La estrategia de problema-reacción-solución. Consistiría en que el interesado en implementar las leyes que limiten las libertades civiles del pueblo anuncie en los medios de comunicación que existe un *problema*, consistente en que la sociedad está plagada de criminalidad. Dicho anuncio generaría una *reacción* de miedo, rabia e indignación que se traducirá en la sensación de peligro, la cual a su vez activaría en la sociedad un instinto de supervivencia y dará como resultado el que la sociedad unida reclame al gobierno una *solución* que se traducirá en la imposición de medidas drásticas y urgentes que limiten sus propias libertades¹⁷.

En conclusión, podríamos entender que el populismo penal no es sino una manifestación de la expansión del derecho penal y sus efectos en nuestra realidad jurídica y social.

▪ **La adopción del funcionalismo.**

Se había mencionado al inicio de este capítulo el hecho de que actualmente acudimos a una evidente expansión del derecho penal y que los efectos de dicha expansión habían llegado a impactar nuestro sistema jurídico, dando lugar a un nuevo modelo político-criminal donde el punitivismo es el primer y más importante mecanismo de respuesta frente a la criminalidad.

Al respecto, Ramiro Ávila sostiene que esta expansión del derecho penal y su influencia en el ordenamiento jurídico habrían dado lugar a una nueva forma de percibir el derecho penal, o una nueva dinámica en el funcionamiento de este, la cual este autor denomina “*funcionalismo penal*”, el cual constituiría un fenómeno cuya justificación no sería únicamente mediática, fáctica o política sino que esta nos vendría dada desde el positivismo penal, en donde se plantea que “hay dos tipos de personas en la sociedad: aquellos que ejercen sus derechos en el marco de la ley y otros, *los enemigos*, que violan la ley o pretenden violarla, por lo que a estos últimos se les puede privar de los derechos porque ellos han renunciado a vivir de forma civilizada, razón por

¹⁷ Cabrera Trujillo, J. (2018). Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia. *Revista Republicana*, 135-160

la cual los estados tienen el derecho de anular o eliminar a las personas que provocan daños graves.” (Ávila Santamaría, 2013.p10)

Así también, para el profesor Luigi Ferrajoli (citado en Ávila, 2013), el funcionalismo sería la teoría más sólida para justificar la expansión del poder punitivo por cuanto este habría vuelto a traer a colación la teoría del peligrosísimo y ha hecho uso también de varios de los postulados propios de la ya tratada corriente del derecho penal del enemigo, postulados propios del positivismo penal, y según las cuales se deberá usar el derecho penal para prevenir infracciones mediante el uso de mecanismos de seguridad contra las personas que representen un riesgo cognitivo de poder estar inclinados a incurrir en conductas delictivas y de esta forma, estableciendo normas penales por medio de las cuales no media el comportamiento sino la personalidad desviada de un individuo, es decir, se castiga el ser (derecho penal de autor) y no el hacer (derecho penal de acto), lo cual establece la diferencia entre un estado autoritario de uno democrático, razón por la cual el funcionalismo atentaría contra los principios de dignidad, igualdad y libertad, los cuales son pilares fundamentales del Estado Constitucional¹⁸.

Sin embargo, a pesar de la popularidad que puedan tener actualmente dichas corrientes y de la influencia que tienen en nuestro sistema, no debemos olvidar que el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado; razón por la cual desde un inicio la doctrina había propuesto una serie de principios de orden constitucional que debían ser entendidos como barreras o límites de este poder. Dichos principios serían los de: legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, igualdad, presunción de inocencia, intervención mínima, resocialización, entre otros.

No obstante, hemos podido advertir que, a consecuencia de la influencia cada vez mayor que tiene en nuestra sociedad el expansionismo del derecho penal o expansión del poder punitivo, la noción de que el *ius puniendi* debe tener límites tiene cada vez menos relevancia, situación que, como resultado de ello ha abierto al Estado la posibilidad de utilizar la potestad sancionadora como moneda de cambio político para responder de forma errónea a los pedidos de una mayor seguridad por parte del pueblo.

¹⁸ Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar

Es por esta razón que Álvarez Alcivar (2008), plantea que, si no somos capaces de separar al derecho penal de los otros tipos informales de control social, podríamos considerar que el derecho penal como actualmente se usa, no es más que “el brazo armado de las mayorías, con permiso para lesionar arbitrariamente derechos, denigrar a las personas e incluso disponer sobre sus vidas; en tal caso, no merecería llamarse derecho sino violencia estatal organizada”.

Y es que, tal como lo manifiesta Ávila Santamaría (2013), la apuesta por el funcionalismo penal como mecanismo de respuesta frente a la criminalidad conduce a consecuencias fatales, como son:

- a. ***La reducción del problema de la seguridad ciudadana al delito.*** En este punto debemos entender que el problema de la delincuencia y la seguridad social representan un complejo fenómeno que tiene sus orígenes en una combinación de factores y actores, y que puede manifestarse de varias formas, por lo que reducir el problema solo a la violencia definida por la ley penal, a una forma judicial y a una explicación jurídica no es adecuado porque no comprende la complejidad del fenómeno.
- b. ***La inutilidad del derecho penal como herramienta de abordamiento de un problema social.*** Esto quiere decir que, a diferencia de lo que se cree, la violencia social no implica únicamente al victimario y a la víctima, sino que es un problema que involucra y responsabiliza a todos los individuos por tolerar una sociedad que mantiene y refuerza la exclusión social, y donde el proceso penal, por su naturaleza represiva y no reparadora, desde un inicio no toma en cuenta esos factores y termina incluso por invisibilizar a la víctima. Esto además del hecho de que dentro de este proceso no hay lugar alguno para la reparación, esto debido a que es erróneo considerar que al encerrar al victimario se está de alguna forma reparando el daño provocado pues ello no implica reparación integral alguna, por lo que queda en evidencia que el derecho penal desde esta óptica funcionalista es insuficiente para resolver los problemas sociales.

En conclusión, el actualmente empleado “funcionalismo penal” sería la teoría en virtud de la cual se ha pretendido responder al problema de la inseguridad por medio de la limitación de las libertades civiles de los individuos y aun así fracasando en dicho objetivo, pues el expansionismo punitivo que esta teoría propicia, en la forma de nuevos tipos penales y el

endurecimiento de las sanciones, contrario de contribuir a la seguridad ciudadana, ha influenciado de forma negativa el sistema penitenciario y ha dado origen a serios problemas de hacinamiento en las prisiones, demostrando que la estrategia de la “prevención general” resulta ineficaz.

2.1.2 Inobservancia del principio de mínima intervención del derecho penal y específicamente de la pena privativa de la libertad

Como se mencionó en el apartado anterior, la doctrina había propuesto una serie de principios que figuraran como límites a la potestad sancionadora del Estado o *Ius Puniendi*, y uno de esos límites es, precisamente, el principio de mínima intervención del derecho penal, incorporado en el art. 195 de la Constitución, razón por la cual hemos de entender que es un principio constitucional, y, por lo tanto, de obligatoria y directa aplicación. Esto en razón de que, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como el nuestro, el modelo de derecho penal deberá ser aquel condicionado y limitado por el respeto y protección de los derechos humanos, es decir, un derecho penal mínimo, ya que “reconociendo la naturaleza intrínsecamente lesiva del derecho penal, lo que se busca con un modelo de derecho penal mínimo es someterlo a ciertas garantías que condicionen su ejercicio en tutela de los derechos de las personas”¹⁹.

En virtud del principio de mínima intervención, se considera que el derecho penal debe ser de *última ratio*, es decir, el último recurso al que habría que recurrir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse con medios menos lesivos que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos pues su uso sería injustificado. A su vez, este principio está íntimamente relacionado con otro, conocido como *principio de subsidiaridad*, en virtud del cual, el derecho penal no está destinado a proteger todos los bienes jurídicos de una sociedad ni sancionar todas las conductas que pudieran lesionar a estos, sino únicamente se aplicaría a los ataques más graves a los bienes jurídicos, de forma que el resto de bienes jurídicos y las conductas que pudiesen lesionarlos, puedan ser sancionadas por

¹⁹ Álvarez Alcívar, M. F. (2008). La ejecución de la pena: Un acercamiento desde el derecho penal mínimo. En Varios, Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad (págs. 121-143). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

diferentes, y menos lesivas ramas del derecho tales como el derecho civil o el derecho administrativo²⁰.

A consecuencia de lo anteriormente expresado, hace sentido que se pretenda que el principio de mínima intervención, en razón de su naturaleza y objetivo, sea un pilar al momento de regir la aplicación del Código Orgánico Integral Penal; esto con el objeto de que el Estado evite un gasto innecesario en procesos penales por delitos para los cuales existen mecanismos alternativos de solución de conflictos por medio de los cuales estos se puedan resolver, y a su vez que implicaría que los operadores judiciales están obligados a agotar todas las instancias antes de decidir iniciar un proceso judicial, garantizando en el proceso, los derechos de ambas partes y pretendiendo a su vez, evitar que los procesados se vean privados de su libertad a causa de delitos menores.

Ahora, Medina Cuenca (2007) sostiene que una aplicación consecuente del principio de mínima intervención como tendencia general podría conducir a una despenalización, aunque no en todos los casos. No obstante, nos dice este autor, que ese no sería el objetivo de su aplicación, sino que en realidad se trata de garantizar la legitimidad y la eficacia de la intervención punitiva y el ejercicio de la potestad sancionadora, o lo que es lo mismo, que ésta se utilice únicamente cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos y sus derechos.

Sin embargo, a pesar de ser evidente la importancia de respetar la aplicación del principio de mínima intervención, el Estado, bajo la influencia de un expansionismo penal ha dejado de lado dicha garantía y límite de la potestad sancionadora para pasar a emplear el derecho penal como mecanismo de *prima ratio*, esto en la forma del uso indiscriminado de herramientas como la pena privativa de libertad, la cual, como ya vimos, debía ser una herramienta subsidiaria, razón por la cual en los últimos años hemos visto, cada vez más seguido, su empleo en la forma de un mecanismo preventivo.

Respecto de esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha manifestado que “la prisión privativa de la libertad tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad”. No obstante, su uso indiscriminado la ha

²⁰ Muñoz Conde & García Arán. (1998). Derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant lo blanch

transformado en una pena adelantada, pese a que ésta es contemplada como medida de ultima ratio en la normativa internacional, constitucional y penal; resultando esto en un informe dado por la Defensoría del Pueblo (2018) donde se evidencia que para el año 2017, la prisión preventiva representaba el 69.2% de la población en espera de juicio y sólo al 30.8% de los demás acusados en procesos penales se le aplicó otras medidas cautelares.

Y es que, es de suma importancia no dejar de lado las implicaciones negativas que tiene el uso de la pena privativa de libertad como mecanismo de prima ratio, y sobre todo el uso excesivo de la prisión preventiva, no solo porque, por su naturaleza, la privación de la libertad no debería considerarse como un mecanismo preventivo, sino también por el impacto que su aplicación tiene sobre los individuos.

El COIP (2014) en su artículo 534 reconoce a la prisión preventiva como una privación legal de libertad impuesta sobre la persona procesada con el objeto de garantizar su comparecencia al proceso y el cumplimiento de la pena, por lo que podemos entender que esta medida es de carácter cautelar y provisional. Sin embargo, el aspecto problemático de esta medida surgiría en el momento en el que “el aseguramiento de la comparecencia y garantía de cumplimiento de la pena se constituyen como nociones perjudiciales si, acabado el proceso penal, resulta que el imputado, que ha gozado de presunción de inocencia solo nominalmente (y no materialmente), es declarado inocente de los cargos”²¹, puesto que en ese caso habría sido privado, injustificadamente, de sus derechos constitucionales tales como la presunción de inocencia, su derecho de libertad ambulatoria, su derecho al honor, se habría afectado su desarrollo personal, su salud psicológica, entre muchas otras posibles consecuencias que trae consigo el encierro.

Esto sin dejar de lado la estigmatización que conllevan las sanciones penales, ya que, debido a la importancia que nuestra sociedad da a la libertad, el privar a determinados individuos de ella daría el mensaje de que estos no son merecedores del respeto otorgado a otros miembros más virtuosos de la sociedad, por lo que la estigmatización resultante de la pena privativa de libertad no recaería únicamente sobre los individuos que ya han sido condenados y sancionados con dicha pena, sino que también afectaría a aquellos que únicamente han sido acusados porque según

²¹ Pérez Correa, C. (2013). *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho*. México D.F: Revista Mexicana de Sociología, 75(2), 287-311

Pérez Correa (2013) el estigma deviene tanto de la sanción penal como del proceso en sí mismo por cuanto este “conlleva en sí mismo un componente de deshonra para el acusado, razón por la cual el mero acto de ser señalado como sospechoso de un delito normalmente supone parte de la carga del estatus de *criminal*.”

Y es que, respecto del actual uso excesivo de la prisión preventiva hemos de tener en cuenta lo propuesto por Zaffaroni (citado en Castillo Cuchuyrumi & Otros, 2022) según quien la criminología ostenta tres divisiones: La academia, la de los muertos y la mediática; siendo en este punto relevante la última de estas por cuanto significaría que la influencia de los medios de comunicación sobre la sociedad es determinante pues dicha influencia crearía una realidad donde hay un conjunto de personas buenas enfrentadas a una masa de criminales, a lo que seremos capaces de identificar por medio de estereotipos ideados para el ojo público, y dando como resultado que se dote al derecho penal y procesal penal de características irracionales y clasistas.

Paralelamente, para Ferrajoli (citado por Alejos, 2020) este conjunto de características negativas e irracionales que han llegado a cubrir a la cuestión criminal como resultado de la trascendencia de la criminología mediática son las que han dado origen a lo que él denomina como “derecho penal máximo”, que no es sino otra forma de llamar a lo que en este trabajo se venía tratando como *expansionismo del derecho penal*, el cual “se desarrollaría en un marco de irracionalidad que pone en crisis los principios clásicos de legitimación, lesividad, proporcionalidad, obligatoriedad de la acción penal, y también la función del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos haciendo surgir así una penalización preventiva.”²²

Por último, y también siguiendo esta línea crítica, la CIDH²³ ha criticado el enfoque neo-retribucionista utilizado por muchos países de América Latina, incluyendo a Ecuador por el uso excesivo de la prisión privativa de la libertad como estrategia para hacer frente a la crisis de inseguridad, creyendo erróneamente que esta se debe al insuficiente rigor de las sanciones penales y consecuentemente endureciéndolas, pese a lo complejo de probar su eficacia, y aun a

²² Castillo Cuchuyrumi, G., Apomayta Huanca, M., Vilca Vilca, A., Centeno Quispe, M., Quispe Yucra, L., & Lipa Mullisaca, B. (2022). La prisión preventiva desde la óptica de la criminología. *Revista de Derecho. Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano*, 7(1), 102-124

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Washington D.C: Organización de los Estados Americanos.

pesar de que según los expertos, lo único que se consigue es el contagio moral, la reincidencia y el resentimiento del delincuente.

Esto además de llevar a la grave crisis de hacinamiento en la que actualmente se encuentra el sistema penitenciario, y de la cual se dependen aún más problemas dentro de las prisiones como son la violencia generalizada entre los reos, situaciones de autogobierno dentro de las instalaciones, corrupción, falta de recursos, condiciones de salubridad deplorables, entre otros problemas que se derivan directamente de la sobrepoblación de los centros de rehabilitación y que serán tratados con detenimiento en un acápite más adelante.

2.2 Efectos de la influencia de estas corrientes reflejadas en el sistema penitenciario.

El maestro Eugenio Zaffaroni (2006) en su obra *El Enemigo en el Derecho Penal* manifiesta que la característica más predominante de poder punitivo en Latinoamérica es su carácter prisionizante; esto a razón de que al menos las $\frac{3}{4}$ partes de las personas que se encuentran privadas de la libertad se hallan sometidos a algún tipo de medidas de aseguramiento, lo cual significa que se encuentran encerrados a pesar de que no se les haya demostrado responsabilidad penal aún, esto es, que se priva de la libertad a las personas por una mera presunción de peligrosidad. Dicha noción claramente responde a influencias de un derecho del enemigo y expansionismo penal, corrientes que defienden el poder punitivo y aprueban que se discrimine a las personas, reduciéndolos solo a agentes dañinos o peligrosos, para de esta forma impartirle un trato no correspondiente a su condición de personas, esto es, un trato alejado del respeto por sus derechos.

Y es que, como ya lo ha manifestado Zaffaroni, es claro que existe dicha influencia y que como resultado de ello se ha dado origen a algunas situaciones problemáticas en el marco del sistema penitenciario ecuatoriano. De entre las cuales podemos hacer una breve referencia a tres principales consecuencias que engloban varios problemas que han surgido a raíz de la aplicación de políticas públicas que responden a una expansión del derecho penal y a la influencia del populismo punitivo.

- a. Un mayor uso de la prisión preventiva.* Esto hace referencia precisamente a lo señalado por Zaffaroni en líneas anteriores, que es despojar al individuo infractor de su carácter

de persona y sus derechos, reduciéndolo a un agente peligroso y dando como resultado un incremento en el número de personas privadas de la libertad en razón a una mera presunción de peligrosidad.

- b. Sobrepoblación carcelaria y condiciones inhumanas.* El uso excesivo de la prisión preventiva sumado con el incremento de tipos penales resulta en una sobrepoblación carcelaria que deriva en graves problemas de hacinamiento, lo cual dificulta el abastecimiento de servicios básicos y atención médica adecuada, y puede conducir a la violación de los derechos humanos de los reclusos. Hecho que a su vez degenera en un incremento de la violencia en las cárceles, hecho que podemos comprobar en nuestra realidad con un simple repaso de los hechos sumamente violentos que han tenido lugar en las diversas cárceles del país.
- c. Enfoque en la neutralización del enemigo.* La influencia del derecho penal del enemigo en combinación con la falta de recursos y programas para ayudar a los reclusos a reintegrarse a la sociedad una vez que han cumplido su condena nos lleva al hecho de que el sistema penal actual se limita a neutralizar la amenaza al encerrar a los individuos infractores, en lugar de intentar rehabilitarlos, lo cual a su vez deriva en la liberación de individuos que no han sido correctamente rehabilitados, aumentando de esta forma la probabilidad de que vuelvan a delinquir.

Finalmente, si bien se ha hecho una breve referencia a estos tres efectos de la expansión del derecho penal en nuestro sistema penitenciario, a forma de corolario, estos se encontrarán desarrollados con mayor detenimiento en los siguientes apartados.

2.2.1 Hacinamiento en las cárceles como resultado del empleo de la pena privativa de libertad como herramienta de *prima ratio*.

La Constitución de la República (2008) en su artículo 51 establece que las personas privadas de libertad gozan de derechos fundamentales específicos, tales como: la prohibición del aislamiento como sanción disciplinaria; asistencia de salud; declarar ante una autoridad judicial sobre el trato recibido durante su estancia en prisión, asistencia de necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas así como una atención

preferente y especializada para mujeres embarazadas, en período de lactancia, adolescentes, y personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otros.

No obstante, la actual crisis carcelaria ha estado marcada por una serie de problemas recurrentes como lo son: la violencia generalizada, el deterioro de la infraestructura, corrupción, deficiente prestación de servicios básicos, falta de personal capacitado, insuficiente número de defensoras y defensores públicos, traslado de PPL a centros de reclusión alejados de su lugar de origen o residencia habitual, afectando de esta forma su derecho de vinculación familiar, entre muchos otros que derivan directamente de la gran crisis de hacinamiento en la que el sistema penitenciario se ve sumido. Problema a raíz del cual surgen una variedad de otros problemas que obstaculizan el efectivo goce de los derechos humanos de las personas que se encuentran cumpliendo sus condenas en los centros de privación de libertad.

Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales les corresponden a todas las personas por el solo hecho de serlo, por lo que no tiene cabida dejarnos influenciar por el derecho penal del enemigo, cuando este propone que los individuos que realizan actos que violen el ordenamiento legal y atenten contra los bienes jurídicos renuncian ipso facto a ser tratados como personas y que, por lo tanto, al cumplir su sanción en los centros de privación de libertad, está bien sean despojados de sus derechos, sino que, al contrario, las personas privadas de libertad siguen siendo titulares de derechos, no obstante, se encuentran en una situación de dependencia en donde el Estado se vuelve garante de sus derechos, razón por la cual este debe procurar que dichos centros de reclusión resulten lo menos desocializadores posible y produzcan el menor impacto negativo en la vida de los privados de la libertad y sus familias.

Sin embargo, y como ya ha sido mencionado anteriormente, el Ecuador asiste a una grave crisis carcelaria donde una de las principales problemáticas es, precisamente, el hacinamiento; respecto del cual hemos de señalar el hecho de que para el año 2019 la sobrepoblación estuvo alrededor de un 40.42% a nivel nacional, significando esto que existían entonces un total de 40.096 personas privadas de la libertad, siendo la capacidad instalada para 28.554 personas.

Mientras que para diciembre del año 2020 existían 29.746 personas privadas de libertad a nivel nacional, resultando en una tasa de hacinamiento del 30,20%²⁴.

A su vez, a raíz de ese hacinamiento, surgen problemas de variada índole; los problemas de infraestructura son aquellos de los que más escuchamos e incluyen situaciones tales como la falta de celdas, baños funcionales, duchas; en muchas ocasiones los centros de reclusión no cuentan con ventanas o estas son escasas y pequeñas, resultando en la ausencia de luz en las instituciones; también está la problemática relacionada con la falta de suministros tales como colchones, kits de aseo, vestimenta, alimentos para los PPL, y por último, pero no menos importante, los problemas psico-sociales que si bien son resultados del encierro en general, empeoran con el hacinamiento, pues este incide en la destrucción de la personalidad y en la salud.

Los contagios de múltiples enfermedades virales e infecciones; por un lado, y por otro, las alteraciones sensoriales que empiezan afectando a los sentidos, especialmente la visión con la denominada *ceguera de prisión*; asimismo, hay afectación en la audición, que se debe a la escasez de ruidos contrastados. En cambio, la salud mental se afecta por el estado permanente de ansiedad, depresión y angustia, la ausencia de expectativas de futuro, la pérdida de contacto con el exterior, etc. lo que se conoce como *efecto de prisionización*". (Cerezo Domínguez, citado por González Malla, J.P., & Armijos Campoverde, 2021)

En un intento de contrarrestar la crisis del hacinamiento, el Estado ecuatoriano propuso la construcción de tres nuevos centros de reclusión regionales que empezaron operaciones a partir de 2014, no obstante, dado que la pena privativa de libertad se ha vuelto una herramienta de *prima ratio*, dicha medida resultó insuficiente. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha criticado en varias ocasiones la tendencia generalizada en toda América Latina de usar exageradamente la prisión como medida "para hacer frente a la crisis de inseguridad, en relación sobre todo a delitos contra la propiedad, de tránsito y droga, creyendo

²⁴ Defensoría del Pueblo. (2019). *Informe anual 2019*. Quito: Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

erróneamente que la actual crisis o las anteriores se deben al insuficiente rigor de la sanción penal”²⁵.

Y es que, parece relevante mencionar que los delitos con mayor índice de materialización en Ecuador son los delitos contra la propiedad y entre ellos, el robo es el delito mayormente cometido y denunciado en Ecuador, respecto de lo cual, el Estado, en un intento de reducir su cometimiento incrementó con respecto de normativas de años anteriores la sanción merecida por este delito, no obstante, todos los días siguen ocurriendo robos en el país, y es que, tal como lo expresa Beccaria (citado en Punín Tandazo, 2022): “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la fiabilidad de ellas [...]. La certidumbre del castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”. Esto es, que si el individuo tuviese la certeza de que a su acción delictiva le vendrá una consecuencia mayor al beneficio que obtendrá, éste desistiría de cometer el delito.

Al respecto, Gonzales Malla & Armijos Campoverde (2021) manifiestan que “las prisiones son lugares cerrados que incrementan el riesgo de contagio criminal, de enfermedades, y la aparición de patologías, con más frecuencia que en la vida en libertad. De aquí la importancia de que la infraestructura ofrezca un ambiente digno para los reclusos; postulado que se encuentra en armonía con lo propuesto por Hulsman (2007) cuando dijo que “si tienen que haber cárceles, las condenas nunca deberían superar los cinco años, pues el tiempo de encarcelamiento no garantiza la rehabilitación; al contrario, los resultados observados son de una persona enferma y empedernida, mañosa y curtida”.

2.2.1.1 Efectos que tiene el diseño carcelario en la conducta de las personas

Gallego García (citado por Cabrera Trujillo, 2018) sostiene que la cárcel cerrada constituye un atentado permanente contra la humanidad, por su carácter degradante al despreciar al ser humano, razón por la cual manifiesta que cárcel y humanidad se repelen y excluyen mutuamente; y que doscientos años de institución cárcel habrían demostrado su fracaso.

²⁵ González Malla, J.P., & Armijos Campoverde, H. (2021). La crisis penitenciaria en Ecuador y la vulneración sistemática de los derechos humanos. *AXIOMA - Revista Científica de Investigación y Proyección Social*, 66-72.

Respecto de esto, considero relevante hacer referencia al análisis sobre la “*psicopatización de los guardias y del personal administrativo en las cárceles cerradas*” realizado por Cabrera Trujillo (2018), en donde el autor nos cuenta que en diversas universidades de prestigio se han llevado a cabo experimentos sociológicos que pretendieron estudiar el ambiente de las prisiones, y de los cuales se obtuvieron resultados muy similares entre las universidades que los realizaron. El más famoso de estos experimentos es el de “La cárcel de Stanford”, conducido por el psicólogo Philip Zimbardo, quien, con el objeto de llevar a cabo una simulación de una cárcel cerrada reclutó a 25 voluntarios blancos, que correspondían a los perfiles psicológicos más estables y al mejor comportamiento social. De entre estos, aleatoriamente se eligió a aquellos que harían de reclusos y quienes harían de guardias en esta simulación de prisión, la cual se llevaría a cabo en los sótanos de la misma Universidad de Stanford. De esta forma, a los reclusos se los detuvo y se siguió con ellos el mismo proceso que se seguiría en una detención real, mientras que a los guardias se los proveyó de uniformes, silbatos, esposas, entre otros.

Todos los participantes estaban conscientes de que se trataba de una simulación, sin embargo, al cabo de dos días los guardias empezaron a decir que los reclusos eran peligrosos y que tenían que aplacarlos. La razón fue que, al segundo día, los presos se rebelaron y dijeron que no querían llevar números, ni gorras en la cabeza y empezaron a insultar a los guardias. Para preservar el orden, los guardias utilizaron la fuerza física contra los reclusos. En ese momento el experimento se transformó en una cárcel real. Y aunque la violencia había sido prohibida dentro del experimento, en los días posteriores los guardias comenzaron a utilizar violencia psicológica contra los reclusos, llegando incluso a practicar contra ellos graves humillaciones en horas de la noche, cuando el profesor Zimbardo dejaba de vigilarlos para irse a dormir.

Debido a estos hechos, el experimento terminó antes de lo previsto, y los resultados llevaron a Zimbardo a concluir que las conductas asociadas a las instituciones penitenciarias no tienen que ver con el carácter individual, sino que es la propia institución la que parece influir en el comportamiento, al dictar los roles de sus miembros. (Levy citado por Cabrera Trujillo, 2018). De esta forma, al haberse repetido este experimento en otras universidades y haber arrojado

resultados similares, podríamos inclinarnos a pensar que tal vez la maldad sería consecuencia del diseño carcelario y no de los rasgos de las personas²⁶.

2.2.1.2 Cárcel cerrada y consecuencias del hacinamiento en Ecuador

Como sabemos, el modelo de cárcel cerrada es aquel en virtud del cual la persona que se encuentra cumpliendo su condena deberá permanecer en el centro de reclusión todo el tiempo hasta que cumpla con los años de pena que le han asignado, sin oportunidad de salir y con visitas reguladas. Este es el modelo predilecto por los operadores de justicia en Ecuador, y podríamos creer también que es una de las razones por las que hay tan altas tasas de hacinamiento en el país.

Anteriormente se había mencionado el hacinamiento y los problemas en los que deriva, tales como la violencia, pero referirnos a este problema de forma general parecería restarle gravedad, y es que no se trata de un problema menor pues la principal causa de muerte de los reos es la violencia.

Los reportes de prensa indican cuarenta y nueve asesinatos entre enero y mayo del 2019, mientras que en agosto del 2020 se registraron once muertes, en septiembre 2021, ciento dieciocho asesinados por enfrentamiento armado entre bandas que buscan el dominio al interior de la Penitenciaría del litoral; sólo en febrero de 2021 setenta y nueve reos fueron asesinados y en julio de 2021 alrededor de 22 muertos. La extrema violencia se observa en mutilaciones, decapitaciones, incineraciones y otros actos de barbarie, que han infligido dolor, agonía y sufrimiento prolongado” (González Malla & Armijos Campoverde, 2021, p. 70)

Se mencionó también las deficiencias en infraestructura y la falta de suministros, pero es necesario destacar que estos problemas se traducen en las siguientes situaciones reportadas por informes realizados por la Defensoría del Pueblo (2019):

- El 46.15% de los centros a nivel nacional posee celdas de aislamiento, denominadas con el eufemismo “celda de reflexión”, utilizadas para las sanciones disciplinarias. Estos espacios son oscuros, sin agua, sin ventilación ni iluminación; no tienen colchones ni cobijas; en ciertos casos, los sanitarios de dichas celdas están en la parte exterior;

²⁶ Cabrera Trujillo, J. (2018). Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia. *Revista Republicana*, 135-160

asimismo, en ocasiones, los internos orinan en recipientes que tienen al interior de las celdas; en general, donde hay sanitarios éstos se encuentran dañados, fuera de uso, convirtiéndose en un foco de infección.

- Insuficiencia en el servicio de abastecimiento de agua potable. En algunos centros de reclusión el agua se ofrece por horas, determinados días o cada 15 días, en otros, el agua no tiene suficiente presión para llegar a todas las duchas del centro, en otros los PPL deben abastecerse con tanqueros y pagarlo de sus propios bolsillos y algunos, ni siquiera poseen servicio de agua potable y se abastecen de agua entubada no apta para el consumo humano.
- Deficiente ventilación natural o artificial que deriva en malos olores, de la misma forma que en algunos centros de reclusión de la costa no se cuente con aire acondicionado y que en los centros de reclusión de la región sierra no exista calefacción.
- Escasa iluminación natural que da como resultado problemas de visión para los PPL.
- Los sanitarios o servicios higiénicos son limitados en proporción a la población carcelaria, etc.

Como resultado de estas circunstancias, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha establecido como patrones y posibles causas de estos problemas a la corrupción del personal de los centros de reclusión, el tráfico de influencias, la falta de transparencia en el manejo de los recursos destinados a los centros, y al sistema de autogobierno o gobierno compartido entre autoridades penitenciarias e internos, hecho que según algunos también sería una consecuencia del hacinamiento ya que con un índice de sobrepoblación de hasta el 30% difícilmente los guardias asignados podrían controlar una cantidad de PPL que claramente excede su capacidad, motivo por el cual recurrirían a bandas delictivas que tienen poder o control dentro de las instalaciones para de cierta forma “ayudar a mantener el orden”.

De esta forma, no es difícil llegar la conclusión de que los PPL están en condiciones de total abandono social y, sobre todo, por parte del Estado; lo que nos lleva a concluir que el encierro de los individuos infractores solo para alejarlos de la sociedad es únicamente un castigo, más aún si en dicho encierro los sometemos a condiciones inhumanas. Ese encierro no rehabilita ni soluciona problema alguno, sino que incluso lo agrava, ya que las cárceles se convertirían en nada menos que escuelas del crimen.

No obstante, siendo que el hacinamiento y el uso excesivo de la pena privativa de libertad son los hechos originadores de todos estos problemas, el camino a seguir sería plantear cambios reales que comiencen con la obediencia del principio de mínima intervención del derecho penal por parte de los operadores de justicia, la aplicación de las salidas alternativas a la pena privativa de la libertad, e incluso la consideración del empleo de regímenes carcelarios que vayan más allá de la prisión cerrada.

2.2.2 Reducción de los métodos alternativos a la pena privativa de la libertad.

Como se había hecho notar anteriormente, la pena privativa de libertad, lejos de solucionar el problema de la criminalidad, lo acentúa y origina otros problemas como el hacinamiento y las complicaciones estructurales que implica este fenómeno. Es así que, si ya sabemos que el uso de la pena privativa de libertad como mecanismo de prima ratio es una herramienta de doble filo, se hace necesario referirnos a los métodos alternativos o salidas alternativas a la pena privativa de la libertad, los cuales no son otra cosa que mecanismos que pueden ir desde limitar la prisión preventiva hasta imponer medidas que buscan evitar que la persona cumpla la sanción penal privada de la libertad, y las cuales son idóneas para ser aplicadas a delitos menores, bajo el razonamiento de que la prisión es de ultima ratio y por lo tanto, solo se emplearía cuando no exista otra opción debido a la gravedad de la infracción, dando como consecuencia, adicionalmente, un ahorro de recursos, para que los mismos sean focalizados en los casos que si requieren de la intervención penal.

Es así que, cuando las salidas alternativas a la pena privativa de libertad son aplicadas correctamente, estas pueden tener un gran impacto positivo en el sistema jurídico penal puesto que producirían los mismos efectos que una verdadera sentencia en razón de que también emendarían los efectos producidos por el conflicto a la vez que aumentan la posibilidad de una rehabilitación efectiva por parte del imputado, de esta forma satisfaciendo los intereses de la víctima, lograrían la finalidad de prevención general de la misma forma que la prisión, y lograrían evitar la contaminación criminal que implica la cárcel para el imputado y la violencia que dicho encierro conlleva²⁷.

²⁷ Regalado Miño, C. (2021). Afectación al principio de mínima intervención penal con la eliminación de salidas alternativas a la pretensión punitiva estatal en el sistema penal ecuatoriano.

Y es que el empleo de las salidas alternativas a la pena privativa de la libertad es compatible con una política criminal reduccionista, la cual a su vez se encuentra más en armonía con el modelo garantista que tiene el Estado ecuatoriano. De esta forma, el artículo 130, numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial (2015), en concordancia con este pensamiento, determina que “Los jueces y juezas siempre deben procurar la conciliación de las partes, en cualquier etapa procesal, evitando de esta manera iniciar un innecesario juicio penal, encontrando de forma pacífica una solución alternativa a los conflictos.”

En el derogado Código de Procedimiento Penal se establecían algunas salidas alternativas que desaparecieron de nuestro sistema legal con la introducción del actual Código Orgánico Integral Penal, el cual contempla como única salida alternativa a la conciliación. No obstante, parece útil hacer una referencia a dichas medidas contempladas en la norma derogada, las cuales son; los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento y la conversión.

- a. Acuerdos reparatorios.* Debemos entender a esta salida alternativa como “Cualquier forma sustitutiva de compensar los perjuicios causados a la víctima, ya sea por medio de una prestación económica en su favor, por la prestación de algún servicio a su favor o favor de la comunidad o simplemente por medio de una disculpa formalizada de algún tipo, entre muchas otras”. (Duce, citado en Regalado Miño, 2021)

De esta forma, para que pueda llegar a configurarse el acuerdo reparatorio es necesario un concurso de voluntades entre las partes de forma que el imputado renuncie a su derecho a un juicio y además acepte que debe reparar los daños producidos a la víctima, la cual, a su vez, deberá aceptar dicha reparación. Por último, para su aplicación era un requisito que ya exista la imputación del delito con el inicio de la etapa de instrucción fiscal.

- b. Conversión.* Se trata de una salida alternativa consistente en reemplazar una pena privativa de libertad impuesta judicialmente por otra sanción, pero de diferente naturaleza, de forma que se daría paso a los sujetos de la relación procesal para que estos pudieran cambiar de la acción penal pública a una acción penal privada.

Para la aplicación de esta medida era un requisito su autorización por parte del fiscal, la cual, a su vez, dependería de que los hechos que se investigaban no hubieran perjudicado gravemente el interés público, no obstante, si este pretendiera denegar su aplicación debería hacerlo fundamentadamente, esto como una forma de limitar la arbitrariedad del

fiscal. Por último, la ley establecía que para su aplicación se tenía un término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avocara conocimiento de la causa.

- c. ***Suspensión condicional del proceso.*** La suspensión condicional de la pena consiste en la interrupción de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando la persona condenada cumpla determinados requisitos necesarios y se someta a ciertas condiciones²⁸. Esta salida alternativa se encontraba regulada en la derogada norma y aunque actualmente no figure dentro del capítulo del COIP referido a mecanismos alternativos de solución de conflictos, aun forma parte de nuestro ordenamiento jurídico ya que se encuentra regulado en el art. 630 de la norma anteriormente mencionada.

Este mecanismo está dirigido a ser aplicado a delitos con una pena privativa de libertad no mayor a los 5 años. Para su aplicación se analizarán los antecedentes personales, sociales y familiares del ofensor, además de la modalidad y la gravedad de su conducta, para conocer si estas indican que no existe la necesidad de ejecución de la pena privativa de libertad. Adicionalmente, es necesario que el ofensor no tenga otra sentencia en vigencia, proceso en curso, o que no se le haya aplicado otra medida alternativa con anterioridad, y, por último, esta medida no tendrá cabida en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La suspensión condicional de la pena se aplica a la pena privativa de libertad impuesta en primera instancia, a petición de parte, en la audiencia de juicio o en las 24 horas posteriores; además, las condiciones, la forma de cumplimiento y el tiempo de la suspensión son precisados por el juez. No obstante, frente al incumplimiento grave o transgresión de dichas condiciones o del plazo acordado, se ejecutará directamente la pena privativa de libertad²⁹.

- d. ***Conciliación.*** Como bien se mencionó anteriormente, esta salida alternativa es actualmente la única de la que dispone nuestro sistema legal y guarda gran similitud con la figura de acuerdos reparatorios, contenida en el Código de Procedimiento Penal.

²⁸ González Zorrilla, C. (1997). "*Suspensión de la pena y 'probation'*". *Penas alternativas a prisión*. Sevilla: Bosch

²⁹ Punín Tandazo, P. (2022). Incongruencias de un sistema rehabilitador: Severidad, cifras, limitantes y alternativas. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 42(113), 265-290.

Para su aplicación, es necesario que las partes procesales acuerden una reparación de forma previa a la imputación del delito al acusado. Dicha imputación deberá ser entregada al fiscal para que este la presente en audiencia ante el Juez de Garantías, diligencia a la que deberán también asistir el fiscal y el defensor y donde el juez verificará que existe un concurso de voluntades de las partes respecto del acuerdo y, que además, dicho acuerdo verse sobre delitos en los cuales se permite la aplicación de dicha salida alternativa puesto que la conciliación solo se aplica a delitos cuya pena privativa sea de máximo 5 años y con una limitante de que no se pueden tramitar delitos contra la propiedad, con excepción del caso en el que el perjuicio ascienda a 30 SBU (USD 12000).

Ahora, siendo conscientes de la existencia de una tendencia marcada hacia la descarceración, fundamentada principalmente en los efectos negativos que la pena privativa de libertad ha tenido en relación con los aspectos rehabilitadores de los condenados y su reinserción en la sociedad, uno pensaría que lo lógico sería incrementar o dar mayor relevancia a las salidas alternativas a la pena privativa de libertad existentes, no obstante, es evidente que en este punto hemos asistido a un retroceso de este objetivo con la entrada en vigencia del COIP, donde podemos evidenciar una reducción del catálogo de salidas alternativas respecto al que teníamos anteriormente con el derogado Código de Procedimiento Penal.

Entonces, podemos concluir con aceptar la existencia de una necesidad imperativa de dar mayor relevancia a las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, postulado que plantea que es imperioso que los operadores de justicia empiecen a considerar como una primera opción la aplicación de las medidas alternativas que se encuentran disponibles en nuestro ordenamiento legal, puesto que si bien actualmente se encuentra establecida la conciliación como única salida alternativa, nuestro ordenamiento contempla otros mecanismos alternativos a la prisión para sancionar conductas delictivas, como lo es la suspensión condicional del proceso o incluso el trabajo en beneficio de la comunidad, también conocido como servicio comunitario, medida que se encuentra consagrada en el catálogo de penas no privativas de libertad del artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal, junto con otras medidas que también pueden ser empleadas como alternativas a una sanción de pena privativa de la libertad.

Puede que nuestro ordenamiento jurídico cuente con menos salidas alternativas que los de otros países, pero más allá de tener más o menos mecanismos contemplados en la ley, lo realmente importante recae sobre el hecho de que los operadores de justicia tienden a olvidar siquiera considerar la aplicación de estas medidas ya que, como hemos visto, en los últimos tiempos lo que prima es la aplicación de la pena privativa de libertad como herramienta de *prima ratio*, tanto para sancionar conductas delictivas que ya han sido sentenciadas, como también haciendo uso de esta herramienta con propósitos preventivos.

Es así como, antes de plantearnos el incluir más salidas alternativas a nuestro ordenamiento jurídico, que es la solución que han propuesto algunos autores, es necesario cambiar la forma en que los jueces y juezas conciben la pena privativa de la libertad y la arbitrariedad con la que pueden aplicarla, pues en razón de esto, no tendría sentido incluir más medidas alternativas si desde ya, las que tenemos son ignoradas en el día a día.

CAPÍTULO 3

IDONEIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO MECANISMO PARA COMBATIR LA CRIMINALIDAD

3.1 Referencia a la criminalidad como un problema social-estructural que no puede ser resuelto por medio del funcionalismo.

No es novedad para nadie que en los últimos tiempos la magnitud de la criminalidad en la región de Latinoamérica se ha vuelto innegablemente relevante, de tal forma que incluso se ha determinado que se trata de una criminalidad “epidémica”³⁰, puesto que varias fuentes, entre ellas el Banco Interamericano de Desarrollo (2018) establecen que América Latina se ha convertido en la segunda zona con mayor criminalidad en el mundo solo detrás del Sahara Africano.

Se puede decir que la criminalidad en América Latina es un problema tan complejo como los factores que la componen, pues se trata de una problemática que no es sino el resultado de la combinación de una serie de problemas socio-estructurales característicos de la región que no son susceptibles de ser enumerados pues su complejidad variará de país en país, no obstante, existen algunos comunes denominadores que serán expuestos a continuación.

3.1.1 Factores socio-estructurales que incrementan la criminalidad

3.1.1.1 La desigualdad socioeconómica.

Según muchos, la desigualdad socioeconómica es el resultado de que la mayor parte de los recursos sean controlados por una pequeña elite mientras la mayor parte de la población vive en la pobreza. Al respecto, Kliksberg (2002) manifiesta que la región de Latinoamérica presenta el peor coeficiente de desigualdad en la distribución de los ingresos debido a que el 10% más rico de la población tiene 84 veces el ingreso del 10% más pobre, situación que puede derivar en sentimientos de resentimiento, desesperanza y frustración por parte de los individuos, los cuales considerarán que no existe para ellos un sistema igualitario o justo de acceso a las oportunidades.

³⁰ Kliksberg, B. (2002). El crecimiento de la criminalidad en América Latina: Un tema urgente. *Multiciencias*, 2(2), 85-91. Universidad del Zulia. Punto Fijo, Venezuela

En este punto, dichas situaciones de profunda desigualdad generan notorias tensiones sociales que dan lugar a un clima social de potencial conflictividad, donde se crean condiciones propicias para el desarrollo de materia criminal.

▪ ***Teoría General de la Frustración de Merton***

Respecto de la relación entre la desigualdad y la criminalidad se han elaborado variedad de teorías criminológicas de entre las cuales parece relevante mencionar a la *Teoría General de la Frustración de Merton*, la cual surgió en a partir de la observación del contexto social, cultural y económico de la cultura norteamericana.

Esta teoría plantearía que el estatus quo de una sociedad determina cuales son los objetivos o ideales que deben ser perseguidos y alcanzados por todos los individuos, siendo estos, principalmente objetivos materiales, poder y riquezas, y cuya consecución goza de un desproporcionado énfasis aportado por la sociedad. No obstante, la estructura social de esas mismas sociedades no facilita a los individuos los mecanismos legítimos necesarios para que estos puedan alcanzar dichos objetivos, por lo que, siendo las sociedades tales como las conocemos, aquellos individuos que pertenezcan a un estrato económico más desfavorecido se verán limitados en su camino a la consecución de esos objetivos, razón por la cual el autor consideraba que esa misma cultura dominante que establecía cuales eran los objetivos que debían ser perseguidos, simultáneamente, confería escasa o nula importancia a los medios necesarios para alcanzar esos objetivos³¹.

De esta forma, Merton (2002) concibe dos tipos de medios: los conformistas y los no conformistas.

- Los medios conformistas serán aquellos caminos legales y socialmente aceptados para lograr las metas culturales, como son el obtener una educación, buscar empleo y seguir las normas establecidas para avanzar en la jerarquía social. Estos medios son accesibles para algunos individuos, pero no para todos.
- Por otro lado, los medios no conformistas se refieren a estrategias alternativas y a menudo ilegales o desviadas para alcanzar las metas culturales, las cuales pueden incluir

³¹ Teijón Alcalá, M. (2020). La Teoría General de la Frustración: una explicación del delito a nivel individual. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas, 1-67

comportamientos delictivos y son el resultado del hecho de que los medios conformistas están bloqueados o son inaccesibles para ciertos individuos de bajos estratos económicos o en condiciones de profunda desigualdad.

En consecuencia, se da lugar a una situación de discrepancia entre los objetivos perseguidos y los medios para alcanzarlos, la cual se denominó como *anomia*, y se refiere precisamente a la situación donde, la presión impuesta por la sociedad para alcanzar el éxito material y la falta de medios para lograrlo lleva a los individuos a desarrollar sentimientos de frustración, lo cual a su vez, obliga a los individuos a realizar adaptaciones donde “en el peor de los casos, aquellos sujetos motivados por alcanzar esos objetivos ideales, que no disponen de los medios (legítimos) necesarios para ello, pueden innovar y recurrir a otros medios (ilegítimos) más efectivos”. (Teijón Alcalá, 2020.p 9)

Es así como, según esta teoría las emociones dictadas por la frustración son las que conducen a cometer actividades delictivas, aunque ciertamente, no todos los individuos sometidos a la frustración recurren a la delincuencia, pues para que eso ocurra dependerá en gran medida de la concurrencia de una serie de circunstancias, que vendrían a ser los determinantes de la respuesta delictiva, estos son: “la autoeficacia o el autocontrol, el apoyo social, el control social (por ejemplo, el establecimiento de lazos afectivos con los padres, amigos o la inversión en el colegio), la asociación con compañeros (no)criminales y las creencias con respecto al delito”(Agnew, 2013). De forma que, el cómo los individuos respondan a la frustración con el delito dependerá, entre otros factores, a sus mecanismos de afrontamiento y de la modalidad de adaptación que decidan seguir, siendo estas:

1. Conformidad: los individuos aceptan tanto las metas culturales como los medios institucionalizados para alcanzar esas metas.
2. Innovación: los individuos aceptan las metas culturales, pero recurren a medios no conformistas para alcanzarlas.
3. Ritualismo: los individuos abandonan o modifican las metas culturales, pero siguen adhiriéndose a los medios conformistas.
4. Retiro: los individuos se retiran de la sociedad y abandonan tanto las metas culturales como los medios institucionalizados.

6. Rebelión: los individuos rechazan tanto las metas culturales como los medios institucionalizados y buscan reemplazarlos con nuevos objetivos y medios.

3.1.1.2 Pobreza y desempleo.

Según la CEPAL³² el índice de pobreza en la región ha aumentado vertiginosamente en la última década, y consecuencia de ello, han aumentado también las tasas de desempleo y desocupación, razón por la cual cada vez más individuos acuden a la modalidad de trabajo informal, no obstante, los ingresos proporcionados en esta modalidad son reducidos, dando como resultado que las personas ganen cada vez menos en poder adquisitivo y trabajen cada vez más.

Esta problemática ha afectado sobre todo a personas jóvenes pues actualmente en la mayoría de los países de Latinoamérica, incluyendo por supuesto Ecuador, el sueldo mínimo no otorga mayor poder adquisitivo, razón por la que gran parte de los jóvenes se ven limitados a la hora de insertarse en la economía del país, estando apenas por encima del umbral de pobreza. El resultado de estas circunstancias no es otra cosa que una crisis de desempleo y desocupación, la cual, según muchos autores, es un factor que incrementa en gran medida la probabilidad de que los miembros de una sociedad incurran en actividades criminales.

Al respecto, el “Estudio Correlacional de Factores como Desempleo e Índices de Delincuencia en Ecuador” (2019) propone que, si bien el incursionar en actividades criminales dependerá de muchos factores diferentes al desempleo, existe efectivamente un grado de correlación positiva entre los cambios en la variable desempleo y los cambios en la variable delincuencia, hecho que se ve evidenciado en dicho estudio, para el cual se obtuvieron del INEC datos trimestrales pertenecientes periodo 2013 –2015 en la variable de desempleo, e información trimestral en el periodo 2014 –2016 en la variable de crimen. Así, los resultados de dicho estudio de correlación indican que la fuerza de relación lineal entre el desempleo y los índices de delincuencia es del 71.56%, lo cual indica que hay una relación significativa en términos estadísticos.

Entonces, sería acertado aceptar que existe una estrecha relación entre la pobreza, el desempleo y la desigualdad por cuanto son circunstancias que en la realidad se ven

³² CEPAL. (2000). Panorama Social de América Latina 2000. Chile.

sobrepuestas y cuya combinación llevaría a los individuos a incurrir en conductas delictivas para satisfacer las carencias resultado de la desigualdad puesto que su situación de desventaja no les permite tener acceso a las mismas oportunidades que otros individuos, tal como había sido planteado por la Teoría General de la Frustración de Merton, y es que, una vez en ese punto en que el individuo elige un camino alternativo a los medios legales aceptados por la sociedad se da paso a una nueva situación donde el individuo debe analizar, por decirlo de alguna manera, los pros y los contras de dicha conducta criminal, y que es una situación particular que ha sido estudiada por Becker (1986) en su lógica económica del crimen.

- **Lógica económica del crimen de Becker**

En palabras de Buvinic, Morrison & Orlando (2005) la teoría de Becker consistiría en que “el agresor realiza una decisión racional al incurrir en actividades ilegales o violentas, después de examinar el costo-beneficio de estas y tratar de maximizar su beneficio. Es decir, dadas las valoraciones y objetivos del agresor potencial, éste responde al beneficio esperado y al castigo esperado del comportamiento violento”. De esta forma, la violencia (medida utilizando tasas de violación, homicidio y robo) respondería a cambios en el castigo esperado.

Becker desarrolló esta teoría en su obra “Crime and Punishment: An Economic Approach”, donde inicialmente propondría su teoría centrándose en factores económicos, de forma que para este autor los individuos evaluarían los beneficios y los costos relacionados con la participación en actividades criminales de la misma forma en que evaluarían las inversiones en educación o capacitación laboral. No obstante, dicha teoría sería posteriormente ampliada por Isaac Ehrlich, quien propondría considerar dentro de esta también ciertos aspectos sociales como lo es el factor de la desigualdad porque para él la desigualdad creaba incentivos para que los individuos en circunstancias socioeconómicas menos favorecidas buscaran alternativas ilegales por medio de las cuales mejorar su situación económica.

Ahora, teniendo en cuenta que se trata de una teoría extensa y que además fue posteriormente desarrollada y ampliada, considero útil, hacer una breve referencia a los aspectos principales que nos permitirán tener una idea general del postulado principal, teniendo en cuenta para ello tanto los aspectos que fueron planteados inicialmente por Becker, como los que fueron ulteriormente sugeridos por Ehrlich. Estos son:

1. *La teoría de la elección racional:* Becker parte de la premisa de que, incluso en el ámbito del crimen, los individuos son considerados como tomadores de decisiones racionales que buscan maximizar su utilidad o satisfacción, por lo que analizarán los pros y contras del cometimiento de una determinada conducta delictiva.
2. *Costos y beneficios del delito:* a su vez, Ehrlich afirmaba que antes de decidir incurrir en actividades delictivas, los individuos deberán evaluar los costos económicos (tales como tiempo, esfuerzo y recursos necesarios para la actividad delictiva), legales (entiéndase las consecuencias negativas de cometer un delito como la posibilidad de ser atrapado, acusado y castigado) y sociales (tales como la ruptura de relaciones personales y familiares, el estigma y la exclusión social, la pérdida de reputación, etc.) así como los beneficios económicos entendidos como ganancias financieras y no económicos como el logro de un estatus social o la satisfacción de necesidades emocionales.
3. *Maximización del beneficio esperado:* Según esta teoría, los individuos contrastan las ganancias y los costos esperados y toman una decisión racional para incurrir en una conducta criminal solo si los posibles beneficios superan los costos que ello implicaría, de forma que la delincuencia vendría a ser una elección racional dentro de un marco de costos y beneficios.
4. *Deterrencia:* esta noción implica que los individuos son racionales y responderán tanto a incentivos como a desincentivos, razón por la cual medidas punitivas más rígidas podrían desalentarlos de incurrir en conductas criminales, por lo que el temor a dichas sanciones legales y consecuencias negativas podrían desempeñar un rol en la reducción de la criminalidad.
5. *Capital humano criminal:* el autor introduce el concepto de "capital humano criminal" para englobar el conjunto de destrezas y conocimientos determinados que los delincuentes obtienen a lo largo de su carrera criminal, por lo que propone que la inversión en capital humano criminal aumenta la rentabilidad y la eficiencia de las actividades delictivas.
6. *Políticas públicas:* Por último, debe entenderse que esta teoría tendría implicaciones respecto del diseño de políticas públicas en materia de justicia criminal debido a que dentro de esta se propone que, en orden disuadir a los delincuentes potenciales, las sanciones deban ser lo suficientemente severas de forma que los esfuerzos de prevención

del crimen se dirijan especialmente a reducir los beneficios y aumentar los costos del delito. (Becker, 1968)

En resumen, aunque varios autores indiquen que no existe como tal una relación directa o de causa-efecto entre la delincuencia y la pobreza o el desempleo, si es posible y probable que dichas variables estén relacionadas y que en el evento de concurrir simultáneamente pueden dar lugar al cometimiento de conductas criminales pues estas son circunstancias en las que comúnmente se desarrollan percepciones de privación y sentimientos de frustración, debido a las difíciles condiciones de vida que crean para los individuos y que pueden llegar a convertirse en factores de riesgo de violencia³³.

Y es que, si hablamos de que dichas circunstancias son factores de riesgo de violencia, es necesario referirnos a la obra “El crecimiento de la criminalidad en América Latina: un tema urgente” (p.89) donde el autor nos indica que las tensiones extremas ocasionadas por períodos prolongados de desocupación y privaciones económicas graves terminan por desarticular el núcleo familiar; hecho que se ve respaldado por numerosos estudios sobre delincuencia juvenil, como es el de Dafoe (1993) donde se determinó que más del 70% de adolescentes en centros de detención juvenil de los Estados Unidos provenían de familias desarticuladas. De la misma manera, una investigación más cercana al contexto de Latinoamérica es la realizada en Uruguay, donde los resultados determinaron que al menos 2/3 de los jóvenes que se encontraban en centros de detención juvenil pertenecían a familias desarticuladas donde figuraba únicamente la madre como cabeza de familia³⁴.

3.1.1.3 Acceso a la educación.

Otro factor relevante y correlacionado con la criminalidad es el acceso a la educación por cuanto es una premisa ampliamente conocida la que sostiene que el nivel de educación es inversamente proporcional al de criminalidad, esto es, que mientras mayor sea el grado de acceso a la educación, menor será el índice de criminalidad. Al respecto, Kliksberg (2002) manifiesta que en Latinoamérica se han realizado arduos esfuerzos para lograr que la mayor cantidad posible de niños puedan acceder a la educación, no obstante, indica el autor, que al menos el

³³ Buvinic, M., Morrison, A., & Orlando, M. (2005). Violencia, crimen y desarrollo en América Latina. *Papeles de población*, 167-214.

³⁴ Katzman, R. (1997). Marginalidad e Integración Social en Uruguay. *Revista de la CEPAL*, 91-116.

50% de estos niños desertan antes de completar la escuela debido a la situación de pobreza en la que se ven inmersos, dando como resultado que más de 17 millones de niños menores de 14 años trabajen obligados por la necesidad y dejen de lado su educación.

Adicionalmente, si bien ya se había mencionado la relación entre una estructura familiar disfuncional y el comportamiento criminal en los adolescentes en párrafos anteriores, esta circunstancia parece estar correlacionada con la educación deficiente de los niños y jóvenes por lo que sería de utilidad explorarlo brevemente.

Al respecto, Dafoe Whitehead³⁵ habría hecho referencia a una notoria disminución de rendimiento escolar a nivel nacional, y es que, si bien las observaciones hechas corresponden al contexto social de los Estados Unidos, dicha realidad no dista mucho de la realidad latinoamericana, al menos en lo que a pobreza y delincuencia se refiere. Entonces, sobre este punto el autor manifiesta que la desintegración familiar ha llegado a impactar también la educación por cuanto existiría un consenso general en que las escuelas están fallando en su misión de preparar a los niños y adolescentes para ser buenos ciudadanos y trabajadores; razón por la cual, en su obra “Dan Quayle was right about single-parent families”, expone que los jóvenes fracasan académicamente pero no debido a algún tipo de discapacidad intelectual o física, sino a una discapacidad emocional, hecho que se traduce en un aumento de comportamiento agresivo y malintencionado de los niños en las escuelas del país, especialmente en niños varones provenientes de familias monoparentales. De forma que, en palabras del autor “los profesores encuentran a muchos niños emocionalmente distraídos, tan alterados y preocupados por el drama explosivo de sus propias vidas familiares que son incapaces de concentrarse en asuntos tan mundanos como las tablas de multiplicar”. (Dafoe Whitehead, 1993)

Por otro lado, sobre la correlación entre la educación y la criminalidad, el mismo Becker al que se había hecho referencia anteriormente, dentro de su teoría económica del crimen sostenía que “la educación reduciría la oferta de delitos por vía de un aumento de los ingresos legales disponibles o del cumplimiento y del respeto a la ley, que disminuirían el incentivo de los individuos para involucrarse en actividades ilegales” (Cruz Rodríguez, 2020). Y es que, si bien Becker fue el primero en abordar la delincuencia desde una perspectiva económica, siendo su teoría el primer enfoque para entender y hacer frente a la criminalidad, existe un segundo

³⁵ Dafoe Whitehead, B. (1993). Dan Quayle was right about single-parent families. The Atlantic Monthly.

enfoque planteado inicialmente por Lochner & Moretti³⁶ y que consiste en la noción de capital humano.

▪ ***Teoría del capital humano de Lochner***

En primer lugar, para entender las implicaciones de esta teoría es necesario tener en cuenta que la expresión “capital humano” hace referencia al valor económico de las habilidades profesionales, conocimientos o hábitos de una persona, los cuales repercuten en su productividad al realizar una actividad profesional. En ese sentido, Lochner & Moretti sostienen que la educación y la capacitación aumentarían los niveles de capital humano y consiguientemente aumentarían la probabilidad de conseguir un buen salario en el futuro, desincentivando el comportamiento criminal.

Adicionalmente, estos autores enfatizan el valor de las habilidades no cognitivas que se adquieren a través de la educación tales como la perseverancia, la disciplina y la capacidad de resolución de problemas puesto que, si bien son útiles en el ámbito educativo y laboral, pueden además tener un impacto en la toma de decisiones sobre el comportamiento delictivo. Esto por medio de ayudar a los individuos a tomar decisiones más lógicas y a largo plazo y a resistir la tentación de incurrir en conductas criminales.

Asimismo, Cruz Rodríguez en su análisis del “Efecto de la educación sobre la delincuencia” (p.5) manifiesta que este autor habría planteado un modelo según el cual los individuos racionales eligen distribuir su tiempo entre tres posibles actividades: capital humano, trabajo legítimo y delincuencia, esto en razón a su propósito de maximizar su ingreso de vida. Asimismo, el autor habría propuesto que todos los individuos tienen unas dotaciones iniciales de productividad del aprendizaje A , niveles iniciales de capital humano H' y propensión criminal θ , y habría llegado a la conclusión de que “un individuo con mayores dotaciones de productividad del aprendizaje A , invertirá y acumulará más capital humano, mejorando las expectativas de salarios futuros”, y que este hecho agravaría los costos del encarcelamiento en razón de que haría más costoso el tiempo en la cárcel sin recibir salarios, además del hecho de que el capital humano de los individuos se depreciará por falta de uso o por el estigma de haber estado en la

³⁶ Lochner, L., & Moretti, E. (2004). The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports. *American Economic Review*, 94(1), 155-189.

cárcel, razón por la cual el autor consideraba que el capital humano genera una mayor recompensa marginal para los que evitan el encarcelamiento, hecho que desalienta el delito.

Y es, precisamente debido a lo ya expuesto, que Lochner (citado en Cruz Rodríguez, 2020) consideraba que las políticas públicas orientadas a mejorar la educación de niños y adolescentes podrían tener un importante impacto en el crimen, el cual es susceptible de ser analizado desde una doble perspectiva, una a largo plazo y otra a corto plazo.

- *En el largo plazo*, la educación puede aumentar la paciencia de los niños y jóvenes, lo que desalentaría la delincuencia y haciendo que se valoren más los retornos futuros del trabajo. Adicionalmente, la educación podría cambiar las preferencias hacia el riesgo de estos individuos, ya que, si esta vuelve a las personas más aversas al riesgo, esto podría resultar en una disminución de la delincuencia y ocasionaría también que estos jóvenes interactúen con otras personas educadas, menos propensas a cometer delitos.
- *En el corto plazo*, la educación puede afectar la delincuencia mediante tres mecanismos. Primero, mediante la incapacitación. Esto es la imposibilidad de estar en dos lugares al mismo tiempo, por medio de la cual se impide que las personas se involucren en actividades delictivas si en ese momento se encuentran estudiando. En segundo lugar, aumentar la asistencia escolar tendría como resultado una mejora en el capital humano, lo que aumentaría las expectativas de salarios futuros y disminuiría la participación en delitos. Y tercero, tras la jornada escolar es posible que las interacciones entre los estudiantes ocasionen disputas; sin embargo, ese impacto de la interacción social puede ser positivo o negativo, es decir, puede aumentar o disminuir la delincuencia.

En suma, el modelo de capital humano expuesto aborda desde un enfoque original el impacto y la importancia que tiene la educación sobre niños y jóvenes de la misma manera en que resalta la manera en la que la política educativa podría desincentivar la delincuencia ya que apoya la premisa de que una educación deficiente, si bien no es causa directa de la delincuencia, aumenta el riesgo de que las personas sin acceso a educación y sin expectativas de buenos salarios futuros se vean especialmente inclinados a incurrir en conductas delictivas, sobre todo si este factor de falta de acceso a la educación se combina con otros factores mencionados anteriormente como lo son la pobreza, la desigualdad y las estructuras familiares disfuncionales.

Por último, si bien se ha hecho referencia a algunos factores relevantes que incrementan el riesgo de que los individuos incurran en conductas criminales, existen muchos otros factores relevantes como lo son la violencia relacionada con el tráfico de drogas, la corrupción, la falta de inversión en la seguridad pública o el uso deficiente de dicha inversión y la falta de un sistema de justicia efectivo, que pueden exacerbar aún más los problemas de fondo (desigualdad social, pobreza, falta de acceso a la educación) y de esta forma llevar a la violencia y la criminalidad en la región, postulado que es apoyado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022) en su informe sobre Personas Privadas de la Libertad en Ecuador donde se manifiesta que “sólo el 71% de la población carcelaria del país cuenta con educación básica y que la mayoría proviene de contextos caracterizados por altos niveles de violencia, pobreza o pobreza extrema y por consumo de drogas desde temprana edad”.

3.1.2 Por qué una problemática de causas socio-estructurales no puede ser resuelta por medio del funcionalismo.

Frente a una problemática de delincuencia y criminalidad cuyos índices no pueden ser otra cosa que preocupantes es razonable que los individuos, impulsados por su preocupación e impotencia, exijan a sus representantes tomar medidas drásticas y urgentes para solucionar un problema que aparentemente solo se agrava año tras año.

Es por esta razón que, se han expuesto un sinnúmero de posibles soluciones para dicho problema dentro de la doctrina puesto que, si bien la región de Latinoamérica podría ser actualmente la más afectada por la criminalidad, la delincuencia es un problema con el que todas las sociedades del mundo han tenido que lidiar en algún momento en mayor o menor medida, razón por la cual las soluciones propuestas son tantas y desde diferentes enfoques que no sería posible enumerarlas. No obstante, la doctrina ha llegado a un acuerdo acerca de las dos grandes posiciones o enfoques que engloban la mayoría de las soluciones propuestas para combatir la criminalidad, las cuales, a breves rasgos, son:

- a.** En primer lugar, tenemos a la *vía punitiva*, comúnmente conocida como enfoque de “mano dura contra la delincuencia”, la cual consiste en una perspectiva funcionalista donde existe una policía más rígida y militarizada, condenas más largas y el aumento de encarcelamientos pues según esta perspectiva, cuantos mayores sean la represión y el

castigo, más disminuirán los delitos. Esta opción pone de énfasis la adopción urgente de medidas directas y es el mecanismo mayormente utilizado en América Latina y el Caribe debido a la presión que imponen sobre el gobierno la cobertura mediática de delitos de alto perfil y los constantes reclamos por parte de los ciudadanos para lograr resultados rápidos³⁷.

- b.** En segundo lugar, la *vía preventiva*, la cual propone básicamente que el plan de acción debería centrarse en cambiar las causas estructurales que generan la delincuencia y la violencia, pues sostiene que el empleo del enfoque funcionalista/punitivo solo logra obtener lo contrario de lo que busca pues si bien obtiene algunos resultados a corto plazo, a largo y mediano plazo los índices de delincuencia de los lugares donde se aplica este enfoque solo suben³⁸.

Ahora, dado que en este punto pretendo probar que un enfoque puramente funcionalista/punitivo no es la solución a la criminalidad, me remitiré a lo expresado el Banco Interamericano de Desarrollo (2018) cuando manifiesta que es más barato y eficaz prevenir un delito que reaccionar ante uno consumado puesto que cuando se comete un delito el Estado activa cuatro grandes funciones en las que tendrá que gastar recursos públicos: 1) policías para perseguir y aprehender al infractor; 2) servicios de justicia para investigar y juzgarlo; 3) un sistema de sanciones para aplicarle una sanción y promover su rehabilitación; y 4) servicios de reparación del daño para las víctimas. Esto quiere decir que, si contrastamos la suma de todos esos gastos y la comparamos con el costo de prevenir la delincuencia, el resultado favorecerá a un enfoque preventivo, y todavía más si se consideran los costos privados y sociales de ese delito y los costos de los delitos prevenidos en el futuro. (p.25)

Entonces, si los beneficios de un enfoque preventivo son, por mucho, superiores a los del enfoque punitivo, vale preguntarse por qué razón los países Latinoamericanos aún no han empezado a moverse hacia un enfoque de prevención y las respuestas pueden ser varias, pero personalmente considero que se debe al enorme cambio estructural que eso implicaría puesto que, desde siempre, el mecanismo para hacer frente a la criminalidad ha sido el punitivo. El

³⁷ Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Desarrollo en las Américas: Mejor gasto para mejores vidas*. (A. Izquierdo, C. Pessino, & G. Vuletin, Edits.) Washington D.C

³⁸ Véase Kliksberg, B. (2002). El crecimiento de la criminalidad en América Latina: Un tema urgente. *Multiciencias*, 2(2), 85-91.

gobierno y nuestras sociedades están acostumbrados a esa realidad y el cambio a un enfoque diferente de tratar el crimen es complejo porque desafía tanto nuestra capacidad de cambiar y evolucionar como individuos como la capacidad de nuestras instituciones de llevar a cabo exitosamente dichos cambios.

Al respecto el BID (2018) realiza un informe detallado sobre de qué forma América Latina podría alcanzar mejores condiciones de vida por medio de replantaciones estructurales. Una de esas aristas consiste en la prevención como el mejor mecanismo para hacer frente a la criminalidad y dentro de este punto se expone que dado que estamos acostumbrados a reaccionar a la delincuencia, mas no a prevenirla, los gastos hechos por el Estado se destinan a medidas de reacción como lo es la inversión en seguridad social, la cual evidentemente es mucho más alta que la inversión en prevención de la delincuencia.

Dicho informe sostiene también que una mejora en los mecanismos de prevención no implica necesariamente un mayor gasto, sino una reforma del sistema existente en donde se de mayor relevancia a los programas de prevención destinados a los jóvenes, los cuales, en orden de ser realmente eficaces, deberían ser también programas focalizados puesto que en la mayoría de los casos los delitos se concentran de forma desproporcionada en un pequeño número de lugares, de personas y de comportamientos de alto riesgo.

Adicionalmente, si bien existen ya varios de estos programas preventivos para jóvenes, estos no están basados en la evidencia de su impacto o en un análisis de costo-beneficio, de forma que de 283 programas existentes en seis países de Latinoamérica, solo 22 iniciativas (8% del total) incluyen en su diseño contenidos o técnicas de intervención respaldadas por evidencia empírica sobre eficacia o costo-efectividad³⁹, por lo que terminan siendo un desperdicio de recursos, razón por la que se resalta la importancia no solo de implementar programas preventivos focalizados, sino que la eficacia de estos este científicamente respaldada, como es el caso del programa de Terapia Multisistémica, el cual ha sido probado en algunos países (siendo Chile el único país de Latinoamérica en haberlo implementado) y “logra reducir la probabilidad de reincidencia de los jóvenes criminales hasta un 70% después de cinco meses de tratamiento en los casos más complejos”.

³⁹ Véase Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Desarrollo en las Américas: Mejor gasto para mejores vidas*. (A. Izquierdo, C. Pessino, & G. Vuletin, Edits.) Washington D.C

No obstante, aunque existan variedad de programas de libre acceso y científicamente comprobados, al igual que muchos informes de distintas organizaciones internacionales realizados con el propósito de que los países de Latinoamérica sigan dichas recomendaciones y logren mejorar sus condiciones, para llevar a cabo estos cambios es necesario fortalecer el liderazgo gubernamental, de forma que finalmente se establezca un órgano o institución encargado de llevar a cabo dichos planes de prevención y que pueda asumir esta responsabilidad como parte central de su agenda y su mandato, pues si esto no es así la consecuencia será que los programas existentes y los que se creen serán de mala calidad y fracasarán o aun si fueran buenos, pues no tendrán el respaldo gubernamental suficiente y perecerán.

De esta forma, se vuelve claro que la prevención es una medida más que óptima para combatir la criminalidad, sin embargo, si realmente se quieren lograr resultados en la lucha contra la delincuencia, la opción más adecuada será combinar el enfoque punitivo o de control y el enfoque preventivo ya que estos no son necesariamente excluyentes uno del otro, y es que, tal como manifiesta el BID (2010) incluso las acciones contra el delito más centradas en el control o punitivistas tienen un cierto grado de prevención, ya que disuaden a otras personas de cometer actos delictivos violentos en el futuro; porque si el delito es una decisión racional como proponía Becker, entonces, las acciones destinadas a aumentar la probabilidad de que se castigue el delito (mayor vigilancia policial, eliminación de sitios donde ocultarse, mejor procesos judiciales, etc.) y el propio castigo deberían reducir el comportamiento delictivo al elevar el costo previsto asociado al delito.

Consecuentemente, el mecanismo mediante el cual hagamos frente a la creciente delincuencia debe consistir de una combinación de los enfoques de control y los de prevención, los cuales deberán hallarse en equilibrio en nuestro sistema porque solo de esta forma serían realmente efectivos; para prueba de ello basta pensar en nuestra realidad actual, donde existe un desequilibrio que favorece la prevalencia de las medidas punitivas por sobre las preventivas, hecho que no ha logrado resolver el problema de la criminalidad sino que contrario de ello, ha obtenido los resultados opuestos en razón de que el efecto disuasivo de las cárceles deja de ser suficiente por sí mismo para evitar que los individuos se involucren en conductas delictivas, además del hecho de que “es sabido que el encarcelamiento, además de afectar prioritariamente a las capas más desprovistas, desocupados, precarios, extranjeros, es en sí mismo una tremenda

máquina de pauperización”⁴⁰, factor al que ya se había hecho referencia en algún punto, y es el efecto sumamente negativo que tienen las cárceles sobre los individuos, razón por la cual comúnmente se las llama “escuelas del delito”.

3.2 La justificación de la pena privativa de libertad y las implicaciones generales de su aplicación.

En palabras de Corredores Ledesma (2008) “mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infringida con la pena es siempre programada, consciente y organizada por muchos contra uno”. Y es que la justificación de la pena fue cambiando a lo largo del tiempo y, asimismo, respondiendo a diferentes corrientes filosóficas hasta que en la época de la revolución industrial se le asignaría una justificación basada en la noción de utilidad pública, entendida también como “la mayor felicidad para el mayor número de personas”, y pasando así de ser una doctrina contractualista a ser una liberal, y consagrándose en la teoría conocida como retribucionista.

De acuerdo con esta teoría, la pena sería la consecuencia jurídica del cometimiento de un delito y se aplicará cuando un individuo lleve a cabo dicho comportamiento, esto en virtud del principio de retribución pues la pena será la consecuencia del cometimiento de un delito, lo cual constituiría la primera garantía del derecho penal que es la proporcionalidad entre crimen y castigo, pues la pena sería un mal que corresponde a otro mal (el delito).

Sin embargo, existe paralelamente una doctrina opuesta al retribucionismo que también otorgaba, desde su enfoque, una justificación a la pena, siendo esta la teoría utilitarista, que es actualmente la mayormente aceptada y según la cual “las penas son un instrumento que, de facto, sirven para modificar el comportamiento de las personas; ya sea disuadiendo, incapacitando o reeducando⁴¹ y las cuales pretenden además la reinserción del ofensor.” Por lo tanto, es en virtud de esta teoría que la pena cumpliría una doble función: en primer lugar, esta habría sido dotada del propósito de defender a la sociedad de los delitos y de los delincuentes y en segundo lugar, se le habría atribuido también la función de “rescate” puesto que por medio de la pena se

⁴⁰ Wacquant, L. (200). *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires. Editorial Manantial.

⁴¹ Pérez Correa, C. (2013). Marcando al delincuente: Estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología*, 75(2), 287-311.

recuperaría al infractor para posteriormente devolverlo a la sociedad, rehabilitado y capaz de convivir sin poner en riesgo la seguridad colectiva, entiéndase por esto la hoy en día conocida función rehabilitadora de la pena⁴².

Respecto de estas justificaciones de la pena, Zaffaroni (1994) considera que esta es un fenómeno político, sin finalidad alguna de carácter racional puesto que parte de la errónea idea de que el derecho penal resolverá los problemas sociales cuando este no tiene la capacidad para ello pues dichos problemas deben ser resueltos socialmente, por lo que manifiesta que “lo hemos inventado nosotros como necesidad para legitimar el ejercicio del poder político verticalizador y corporativizador de la sociedad”.

Y es que, si bien se ha establecido que la función y justificación de la pena son el defender a la sociedad de la delincuencia y a su vez tratar al delincuente para posteriormente devolverlo a la sociedad ya rehabilitado, ninguna de estas funciones se cumple en la realidad pues sabemos que sin importar cuantos tipos penales se creen, cuanto se endurezcan las penas o cuantas personas sean condenadas a pena privativa de libertad, la delincuencia no disminuye, de la misma forma en la que las deficientes condiciones de vida, estructura y políticas penitenciarias no garantizan de ninguna manera la rehabilitación de las personas privadas de la libertad. Lo cual nos conduce al planteamiento de que la pena, después de ser liberada de la necesidad de legitimarse en base a los principios que históricamente fueron su base y justificación, y una vez demostrado que no es efectiva o útil para cumplir dichos propósitos pasa a convertirse en sufrimiento puro, un simple instrumento de disciplina social y en su forma más básica, en una venganza necesaria e irrenunciable contra quien ha violado la ley⁴³.

Adicionalmente, cabe resaltar que más allá de que entendamos la pena como una forma de disuadir a los delincuentes (postura utilitarista) o como una retribución por el cometimiento de un delito dañoso de los bienes jurídicos (postura retributiva) debemos aceptar que tanto la una como la otra contienen un importante factor estigmatizante que afectará seriamente al individuo al que se le aplicará dicha pena, lo cual nos lleva a la necesidad de referirnos a las implicaciones que trae consigo la aplicación de la pena, y más concretamente, la pena privativa de la libertad,

⁴² Corredores Ledesma, M. B. (2008). La pena privativa de la libertad y el sistema penitenciario: Análisis de nuestra realidad. En Varios, & C. Silva Portero (Ed.), *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 201-224). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

⁴³ Alcira Daroqui & Otros. (2006). *Voces del Encierro*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Omar Favale.

que es la forma de castigo más dañosa que hay si la comparamos con las medidas alternativas existentes.

Parece relevante en este punto referirnos en un primer momento a Ávila Santamaría (2013) cuando manifiesta que el derecho penal, y concretamente el ejercicio del poder punitivo atenta contra los pilares básicos del Estado Constitucional, siendo estos la libertad, la dignidad y la igualdad. Y es que, si nos referimos al principio de igualdad y no discriminación, no podemos pasar por alto el hecho de que actualmente es una verdad ampliamente conocida la existencia de una sobrerrepresentación de ciertos grupos tales como afrodescendientes, indígenas, inmigrantes o personas de bajos recursos en los centros de privación de libertad, lo cual nos indica que existe una clara práctica discriminatoria y excluyente en el ejercicio de la potestad punitiva.

Y es que, tal como se había mencionado anteriormente, la aplicación de la pena/el castigo penal implica por sí mismo un proceso de estigmatización de los individuos pues al declarar a alguien culpable de un delito, se le otorga una etiqueta que lo señala como inferior en el orden social, esto es, un estigma, lo cual en palabras del profesor Erving Goffman (citado en Pérez Correa, 2013) consiste en “un atributo que desacredita a un individuo y que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida” y que tiene por consecuencia su devaluación como persona en un determinado contexto social en razón (por lo general) del riesgo que representan para dicha sociedad.

De esta forma, podríamos entender que es parte de la función misma de la pena el otorgar al ofensor un estatus social inferior, como parte del mensaje de reprobación que la sociedad otorga como resultado del delito cometido, y que a su vez funciona como factor disuasivo por el profundo impacto negativo que tiene sobre el individuo, el cual será tan gravoso que se convertirá en una consecuencia no deseable por ningún miembro de la sociedad.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Alessandro Baratta introduciría en 2004 su teoría del *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, en virtud de la cual se denunciaría la selectividad marginadora del sistema penal, consistente en que dicha selectividad ostentada para definir cuáles son las conductas o circunstancias que ameritan un castigo “suele ser irracional y discriminatoria pues solo la criminalidad más torpe, relacionada con las personas más pobres o

peor situadas de la sociedad, entran cotidianamente al sistema”⁴⁴. Bajo esta lógica, cuando se llevan a cabo los cálculos y mediciones para determinar cuáles son los lugares o barrios peligrosos, tomando en cuenta para ello los índices de mayor delincuencia reportados oficialmente, lo que se está haciendo es caer en los estereotipos y llevando a que un grupo completo de la sociedad pase a ser criminalizado no por lo que hace, sino por lo que es, tal como pasa actualmente con las personas pobres o los inmigrantes.

Asimismo, Carranza (2007) manifiesta que la realidad de pobreza y marginación existente en la región se refleja en el sistema penal por cuanto “se distribuye inequitativamente no solamente el ingreso y los beneficios del desarrollo, sino también la criminalidad”.

Por consiguiente, el sistema penal operaría selectivamente contra los sectores menos favorecidos de la sociedad, razón por la cual no sería casualidad que la mayoría de las personas privadas de libertad vivan en situaciones de precariedad económica, cultural y social. Precariedad económica porque dichas personas cuentan con poco presupuesto familiar por ser desempleadas o subempleadas; precariedad cultural porque estas tienen bajos niveles de escolaridad, lo cual tiene consecuencias en sus habilidades sociales y su comportamiento individual; y precariedad social porque las personas privadas de libertad suelen provenir de familias que han experimentado situaciones críticas propias de su situación de exclusión social tales como: abandono, maltrato, trabajo infantil, violencia física o psicológica y consumo de droga o alcohol, lo cual incide en un desarraigo social y afectivo. (Ávila Santamaría, 2013.p 133)

Adicionalmente, dicha teoría de etiquetamiento sostendría también que las personas condenadas a pena privativa de libertad tendrían un mayor riesgo de reincidencia, a diferencia de personas que fueron sancionadas con penas alternativas a la prisión. Esto debido a dos factores:

- a. En primer lugar, debido a que la prisión supondría una degradación de la persona, hecho que facilita la inclinación hacia subculturas delictivas por medio de la exposición y consecuente socialización con otros individuos ya involucrados en dichas actividades.

⁴⁴ Ávila Santamaría, R. (2013). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde es garantismo penal. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- b.* En segundo lugar, porque el sentido de injusticia del individuo castigado solo se reforzará cuando, al salir de la prisión advierta que su estatus de exrecluso ha impactado negativamente en varias esferas de su vida, dificultándole el acceso a oportunidades, tales como conseguir un trabajo y además debilitando lazos familiares y sociales⁴⁵. Razón por la cual la aplicación de la pena privativa de libertad, además de ser discriminatoria y criminalizadora es también criminógena por cuanto implica un mayor riesgo de reincidencia.

En concordancia con ello, Pérez Correa (2013) sostiene que una de las formas en que los individuos lidian con el rechazo producido por la estigmatización de ser exreclusos es por medio de juntarse con personas que compartan ese mismo estigma, pues al ser tratarse de una etiqueta de la cual no pueden librarse, estos individuos prefieren dejar de involucrarse con personas que no comparten dicho estigma y de esta forma no experimentar el rechazo social, y en su lugar socializan con individuos que sí comparta dicha estigmatización para crear agrupaciones que adopten valores en función de ese estigma. Provocando de esta forma que “la imposición de sanciones penales y el uso mismo del derecho penal incentiven a las personas estigmatizadas por el sistema a adoptar actitudes criminales, ya que si asumimos la criminalidad como un estigma, quienes han sido criminalizados por el sistema optarán por actitudes ligadas a dicha etiqueta”.

En conclusión, la pena (más concretamente la pena privativa de la libertad), por su naturaleza, su ineficiencia para cumplir con sus funciones/justificaciones y por sus implicaciones o efectos negativos y estigmatizantes, es una medida que irremediamente traerá consecuencias potencialmente negativas e importantes en la vida de los individuos, razón por la cual su aplicación en situaciones de fuerte e inexcusable desigualdad –como la que vivimos en nuestra realidad–, requiere de una aproximación crítica para evitar que esta siga aplicándose con ligereza a pesar de carecer de bases que justifiquen su empleo⁴⁶.

Postura que ha sido respaldada por el Banco Interamericano de Desarrollo (2018) cuando manifiesta que el uso indiscriminado de la pena privativa de la libertad puede llevar a situaciones

⁴⁵ Cid Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? Análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de derecho penal y criminología*, 427-456

⁴⁶ Punín Tandazo, P. (2022). Incongruencias de un sistema rehabilitador: severidad, cifras, limitantes y alternativas. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 42(113), 265-290.

como la de Estados Unidos, donde se estima que el impacto marginal del encarcelamiento en la prevención de la delincuencia no es significativo, y que si lo que se quiere es lograr un gasto más inteligente y eficiente en servicios de justicia penal, lo que la cárcel y las sentencias más severas se reserven para los criminales más peligrosos, y que se apliquen sanciones alternativas al encarcelamiento para los infractores no violentos y los delitos de bajo impacto.

3.3 Impacto de la privación de la libertad sobre las personas en los aspectos psicológicos y sociales y su relación con las posibilidades de reinserción.

Ramiro Ávila (2013) en su obra “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde el garantismo penal” había manifestado que a través del derecho penal no era posible reparar los daños causados por un delito, dado que dicho daño no es objeto del proceso, ni de la condena, por lo que, cualquiera que creyese que el problema de la delincuencia se resolvería con el encierro del condenado, se engañaría a sí mismo, razón por la cual nos invita a preguntarnos “¿Qué pasa con la persona durante su encierro, mientras la sociedad calma su sed de seguridad ciudadana?”.

Y lo que pasa es que los efectos negativos producidos por el encierro han sido objeto de una amplia variedad de estudios académicos, psicológicos y sociológicos que indicarían que la prisión efectivamente origina trastornos físicos y emocionales que se agravan mientras más inflexibles y prolongadas sean las penas. Postulado que es respaldado por Baratta (citado por Ávila, 2013) cuando manifiesta que “científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad. En suma, nada aleja más de la figura de ciudadano que la personalidad que se adquiere en el encierro”.

Respecto de esto, se había mencionado anteriormente en este trabajo la forma en la que el encierro incide en la salud y la destrucción de la personalidad de los individuos, para lo cual considero útil referirnos a una de las teorías más referenciadas por los autores dentro del tema de la prisión y sus efectos negativos en los privados de la libertad, siendo este el efecto de prisionización.

- ***Privación de la libertad y sus consecuencias en el efecto de prisionización***

Sarmiento & Otros (2016) citando al profesor Goffman manifiestan que las instituciones involucradas en la ejecución del castigo penal (entiéndase los centros de privación de libertad) “constituyen un modelo de institución total destinado a la vigilancia y a la segregación de los infractores del resto de la sociedad, generando lo que ha sido denominado subcultura carcelaria, que tendría como correlato el sometimiento del interno a un proceso de acomodación a las pautas de la subcultura carcelaria, la denominada prisionización.”

Ahora, el efecto de prisionización es definido por Clemmer (citado por Romero Miranda, 2019) como “la asimilación e internalización de la subcultura carcelaria por parte del sujeto, que no solo supone la aceptación de normas y códigos institucionales (de la cárcel como institución), sino, sobre todo, de las propias reglas y jerarquías entre los internos”. Esto significa que el paso de los individuos por la cárcel provocaría en sus conductas alteraciones en el comportamiento que abarcarían tanto sus interacciones con otros individuos y el entorno como también a su estructura del yo, y que dicho nivel de contaminación por la subcultura carcelaria, según Clemmer, estaría directamente relacionado con el periodo de tiempo que el individuo permanezca inmerso en ella, en virtud de lo cual, penas más largas darían lugar a un mayor índice de prisionización, hecho que tendría efectos negativos en el futuro cuando el individuo pretenda ser reinsertado en la sociedad.

De esta forma, una vez que el individuo haya sido condenado a pena privativa de libertad, este deberá empezar a reconocer la cárcel como estructura, para posteriormente aceptar la idea de que la cárcel será el lugar que tiene que habitar, a la par de familiarizarse con las dinámicas de la subcultura carcelaria y haber sido ubicado en un peldaño de la jerarquía carcelaria por miembros anteriores. En este punto, denominado por Romero Miranda (2019) como “fase de activación” el individuo deberá elegir a que matriz de conducta responderá y afrontar los costos de ello, hecho que implicaría el inicio de la “mutilación del yo”, donde el individuo, en orden de adaptarse al nuevo entorno y sobrevivir deberá a) replantear su comportamiento y prioridades, esto es, convertirse en algo distinto de su personalidad original/la que tenía fuera de la cárcel; o b) ver reforzado su capital antisocial y conducta delictiva debido a las presiones ejercidas por el ambiente carcelario y la influencia de la subcultura. Esto en orden de asumir su estatus y rol para habitar y sobrevivir la prisión.

A su vez, dicho efecto de prisionización vendría complementado por un efecto de “sicoseo”⁴⁷, el cual sería resultado del estrés producido por la necesidad de acomodamiento a la nueva realidad y del inicio de la mutilación del yo en orden de lograr ese acomodamiento. Dicha circunstancia daría lugar también al repaso obsesivo de las contingencias del pasado que pusieron al individuo en la cárcel y la ansiedad misma producida por el encierro. De forma que la imposibilidad de manejar o resolver dichas contingencias de forma satisfactoria generarían tensión psíquica en el individuo, obstruyendo su juicio y dando lugar a conductas violentas tanto externas (tales como agresiones físicas a otros presos, peleas, ataques) como internas (tales como autolesiones o intentos de suicidio).

Adicionalmente, Sarmiento & Otros hacen un énfasis especial en los efectos negativos de la privación de libertad en los jóvenes y su relación con el efecto de prisionización, hecho que considero relevante explorar puesto que según el Censo Penitenciario (2022) realizado por el INEC, las personas entre 18 y 29 años constituyen el 40.4% de la población carcelaria del país. (Véase la ilustración 1).

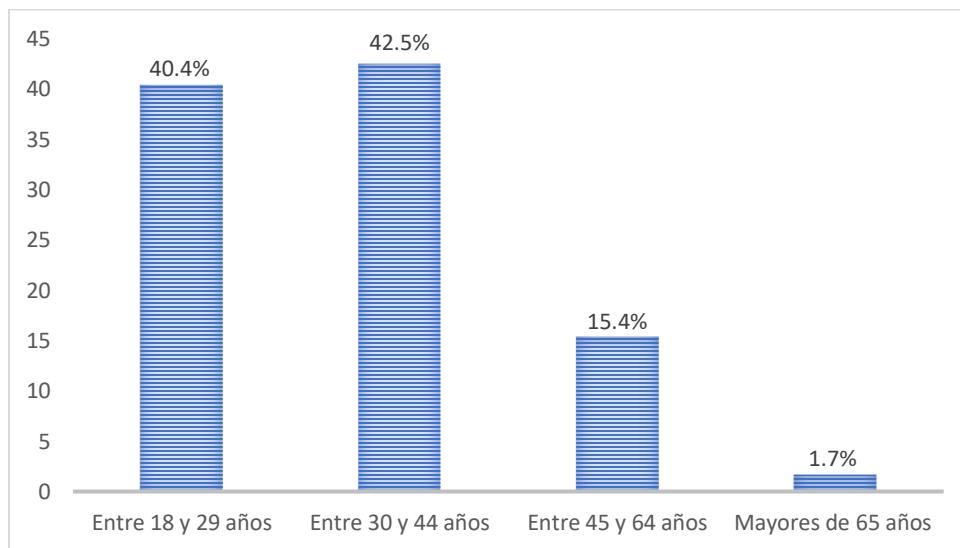


Ilustración 1. INEC: Censo Penitenciario 2022. Quito, 2023

Lo que estos autores plantean es que: La privación de libertad prolongada, y desde corta edad, implica un tipo de socialización diferente, ya que, al ingresar al sistema, el individuo sufre

⁴⁷ Romero Miranda, L. (2019). Prisionización: Estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno. URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, 24, 42-58

una pérdida importante del entorno habitual, la familia y el grupo de pares. Por eso los efectos de la pena de prisión en la vida de una persona se proyectan más allá del período de encierro, contribuyendo a incrementar y agravar su desarraigo social y la desvinculación familiar. Producto de ello, quienes son encarcelados pueden adquirir una autopercepción de carencia, abandonado y rechazo, afectando profundamente la identidad de los sujetos. Asimismo, el encierro produciría nuevas circunstancias que alimentan las posibilidades de reingreso y garantizan la auto reproducción del sistema carcelario. (Sarmiento, Ghiso, Siderakis, & De Simone, 2016.p 238)

Es por esta razón que varios organismos internacionales, entre ellos UNICEF (citado en Sarmiento & Otros, 2016) han recomendado que el uso de la pena privativa de libertad respecto de jóvenes y adolescentes sea de carácter excepcional debido a que “al ingresar a instituciones que los mantienen reclusos, participan de un sistema que no los identifica, que los trata de manera indiferenciada y que los estigmatiza como delincuentes. Así, es esperable que estos dispositivos produzcan un daño a nivel biológico, psicológico y social, estos efectos se generan por la interrupción en el derecho a la libertad personal, la represión de sus emociones y, en definitiva, la anulación de la identidad”.

De esta forma, tanto si hablamos de jóvenes y adolescentes como de personas adultas, sin importar su sexo o género, cuando dicho individuo haya cumplido su condena o después del tiempo suficiente para haberse adaptado a la subcultura carcelaria, este se encontrará en una etapa de solidificación de la conducta, donde habrá sido ya completamente prisionizado y el efecto de esto será que dicho individuo ya no podrá llevar con normalidad sus relaciones personales y sociales fuera de la cárcel debido a la internalización que hizo durante su estancia en la cárcel de las normas y conductas de convivencia dentro de ella, las cuales entrarían en conflicto con las normas y conductas que la sociedad en general debe seguir en la vida fuera de la cárcel.

Es así que, por medio de la prisionización, “la cárcel y sus códigos entran en el cuerpo y mente de los individuos para habitarlos, primero confundiendo, luego obligando y finalmente normalizando conductas” y en el proceso aniquilando el futuro en libertad de dichos individuos no solo porque “normaliza una realidad sui generis, sino porque dificulta (y en algunos casos imposibilita) pensar la vida de forma diferente al encierro” pues esa es

precisamente la esencia y consecuencia de la prisionización de los privados de la libertad, la dificultad que dicho efecto representa para su reinserción en la vida en libertad. (Romero Miranda, 2019. p 55)

Lo cual nos lleva a concluir que la prisionización, efecto inevitable de la pena privativa de libertad, por todos los efectos negativos que representa para el individuo, no solo que dificulta su reinserción en la sociedad, sino que, en concordancia con lo manifestado por Echeverría & Alvaracín (2022) aseguran que “con simpleza lógica, quienes ponen un pie fuera de las prisiones repetirán los círculos de violencia aprendidos en el encierro”. Esto debido a que el efecto de prisionización hace casi imposible la rehabilitación de los individuos y los condena a repetir dichos patrones de violencia, siendo así que incluso podríamos considerar a la pena privativa de libertad como un factor criminógeno debido a la forma en que incrementa las probabilidades de reincidencia, la cual no es otra cosa que un indicador por medio del cual se puede medir la eficacia de la cárcel. Ya que la reincidencia para el garantismo no es sino la prueba más contundente del fracaso del sistema penal puesto que este no solo no logrará la rehabilitación de la persona privada de la libertad, sino que adicionalmente provocará que esta haga en libertad exactamente lo que aprendió en el encierro.

3.4 Referencia a las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad.

En puntos anteriores de este trabajo ya se había mencionado la existencia de una serie de problemas que afectaban al sistema penitenciario a nivel nacional, y los efectos negativos que dichas circunstancias podían tener en las condiciones de vida y salud de las personas privadas de la libertad.

Según datos obtenidos de un informe realizado por la CIDH⁴⁸, a consecuencia de un uso cada vez mayor de políticas punitivas por parte del Estado, el número de personas privadas de la libertad en el país ha ido en ascenso año tras año. De forma que para el año 2017 se encontraban privadas de la libertad 35.978 personas, mientras que para el año 2021 ese número ha ascendido a 36.599, lo cual es preocupante pues, contrario del aumento de PPL, el presupuesto anual asignado al sistema penitenciario solo ha ido disminuyendo progresivamente de forma que para

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas privadas de la libertad en Ecuador*. Washington D.C: Organización de Estados Americanos

el año 2017 el presupuesto asignado fue de 153 millones de dólares, para 2018 fue de 131 millones de dólares, para 2019 de 90 millones de dólares, para 2020 fue de 88 millones de dólares, y en 2021 fue de 54 millones de dólares. (Véase la ilustración 2)

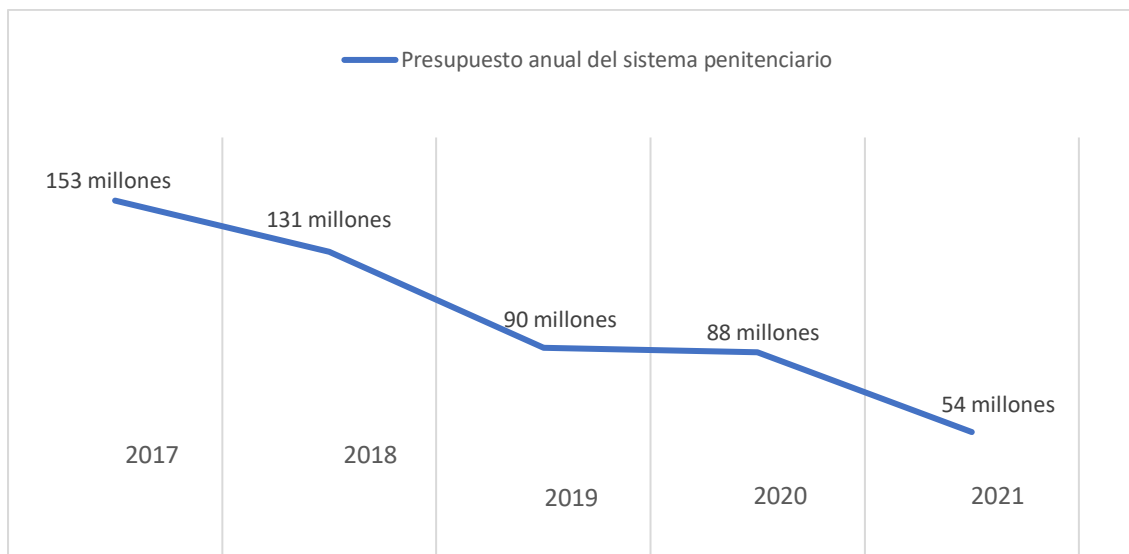


Ilustración 2. CIDH: Personas privadas de la libertad en Ecuador, 2022

Como es evidenciable en el gráfico, el presupuesto destinado al sistema penitenciario y de rehabilitación social es cada vez menor, a pesar del número creciente de PPL que dependen de ello, situación que se traduce en un amplio catálogo de consecuencias que se ven reflejadas en las condiciones de vida de los individuos, en aspectos tales como infraestructura, salud, seguridad, entre otros.

El art.14 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (citado por la Defensoría del Pueblo, 2019), en concordancia con el artículo 684 del COIP, señalan que: “El régimen de privación de libertad garantizará un espacio vital digno, con infraestructura y condiciones sanitarias apropiadas para desarrollar un adecuado proceso de rehabilitación, con las limitaciones propias de un régimen de privación de libertad”, no obstante, según el informe realizado para el Censo Penitenciario (2022), de las 36 mil personas que se encuentran actualmente privadas de la libertad a nivel nacional, un gran porcentaje de estas ha reportado, respecto de diferentes aspectos básicos, una deficiencia en la prestación del servicio.

- El 42,4% de la población de hombres comparte su celda con más de 5 personas, mientras que, en la población de mujeres, el 70,0% comparte su celda con 5 personas o menos. La

CIDH reporta que en muchos de estos casos no existen literas o colchones suficientes por lo que las personas se ven obligadas a dormir en el suelo.

- El 66,5% de las personas privadas de libertad indican que la cantidad de alimentos que recibe en el Centro no es suficiente, lo cual lleva a los PPL a solicitar a sus familias que compren en el exterior alimentos y agua para ellos, lo cual implica un gasto para los familiares.
- El 53% mencionan que la calidad de los alimentos que recibe es regular y 33,8% indica que la calidad es mala, incrementando el riesgo de incurrir en desnutrición.
- El 29% de las personas privadas de libertad indican que no cuentan con servicio permanente de agua potable. Según informes de la CIDH varias personas presentarían cuadros de deshidratación.
- El 23,4% de las personas privadas de libertad indican que no cuentan con servicio permanente de energía eléctrica y que el servicio de alcantarillado y las instalaciones son tan deficientes que se han visto obligados a orinar en botellas. (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2022. p9)

De la misma forma, el “Informe del del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes” (2021) reporta la falta de instalaciones adecuadas y suficientes en la mayor parte de los centros de rehabilitación del país debido a que muchos de esos centros de reclusión no fueron concebidos como tales y fueron adaptados para ese fin posteriormente por lo que presentan graves problemas en sus instalaciones por falta de mantenimiento preventivo y correctivo, resultando en que varios de estos centros tengan servicios deficientes de agua potable, servicio eléctrico, calefacción, aire acondicionado, alcantarillado, entre otros.

Asimismo, se establece que la falta de recursos financieros y humanos y el hacinamiento han repercutido directamente sobre la escasa oferta de actividades para que los PPL desarrollen su plan individual de cumplimiento de la pena dentro de los ejes de tratamiento, como son el deportivo, cultural, laboral, entre otros. Lo cual representa un problema de la estructura misma del sistema penitenciario.

Lo mismo se puede decir respecto de los servicios de salud, los cuales se vieron especialmente afectados durante la pandemia de covid-19 en el año 2020 pues según la

Defensoría del Pueblo (2021), los grupos vulnerables dentro de los CRS padecieron aún más debido a la falta de insumos, medicamentos, equipos de bioseguridad, personal médico y un plan de contingencia por parte del Estado. Así también, según la CIDH (2022) “el acceso a la salud en varios centros sería deficiente por una serie de factores, tales como la falta de laboratorios clínicos, analgésicos, inhaladores, atención odontológica, y por el hecho de que muchas afecciones serían tratadas únicamente con paracetamol e ibuprofeno”.

Otra de las consecuencias de dicha disminución de presupuesto es el impacto negativo en la seguridad de los PPL pues según informes recibidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien lo ideal sería la presencia de un agente penitenciario por cada 20 reclusos, la realidad actual está más cerca de ser un agente por cada 62 reclusos. De esta forma, no podríamos esperar que esos agentes logren controlar exitosamente a todos los reclusos bajo su cargo ya que el número de individuos los sobrepasa por mucho, y esta ha sido una de las razones más conocidas de la actual violencia en las cárceles, esto es, la incapacidad de control de los reclusos por parte de los agentes y del Estado, creando de esta forma un enorme riesgo para la vida de los PPL.

Asimismo, existiría en varios CRS del país (incluyendo el de Turi), una falta de separación por categorías de las personas privadas de la libertad de forma que estas estarían siendo asignadas a determinados pabellones no en virtud de su edad, peligrosidad o situación procesal, sino al azar o peor aún, respondiendo a un criterio de pertenencia a bandas criminales o en función a las capacidades económicas de las personas, de forma que la asignación de pabellones no solo que no estaría regulada por las autoridades de los centros sino que dependería de los jefes de las bandas delictivas que ejercen el control de los centros como parte de la nueva dinámica de “autogobierno”, presente en la mayoría de las cárceles del país, por no decir todas.

A su vez, el informe aprobado por el pleno de la Asamblea Nacional sobre la actuación de los funcionarios públicos de las distintas funciones del Estado para prevenir y resolver la crisis carcelaria señaló que los agentes penitenciarios no cuentan con una modelo de gestión del talento humano que brinde garantías para el desarrollo de su labor. Esta circunstancia se ve reflejada en la ausencia de un plan de carrera, ascensos, apoyo psicológico y procesos de reclutamiento idóneos. De igual forma, se refleja en la falta de compensación por laborar horas extras; en la insuficiencia de agentes penitenciarios; y en la ausencia de regulación para el porte

de implementos disuasivos, y armas letales y no letales. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador: Comisión 13, citado por CIDH, 2022. p45)

Adicionalmente, según Castillo Cuchuyrumi & Otros (2022) dado que la cárcel puede ser un lugar sumamente hostil, el adaptarse puede resultar altamente complejo para los individuos de nuevo ingreso, razón por la que, a veces, durante este proceso de adaptación estos pueden llegar a desarrollar trastornos psicológicos y conductas autodestructivas tales como: trastornos del estado de ánimo debido al drástico cambio del entorno que implica el encierro; trastornos de personalidad debido a la desintegración del yo al que se había hecho referencia anteriormente como efecto de la prisionización; abuso de sustancias que es una práctica muy usual dentro de los centros de reclusión por lo común que es que dentro de ellos se distribuyan estas sustancias y los reclusos acudan a ellas para lidiar de alguna forma con sus problemas; suicidio y conductas autolesivas cuyos índices han subido progresivamente, aparentemente debido al enorme sufrimiento y ansiedad que implica el encierro, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias en las que los PPL se ven obligados a vivir.

Por último, pero no menos importante, otro aspecto relevante es el de la rehabilitación y reinserción social, el cual también se ha visto afectado por la falta de presupuesto ya que según el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura “no todos los centros de privación de la libertad cuentan con la presencia de las instituciones que forman parte del Directorio del Organismo Técnico de Rehabilitación Social para ofrecer estas actividades, por lo debido a la insuficiencia de este tipo de programas y al escaso personal asignado para este fin, solamente el 50% de la población penitenciaria podría acceder a actividades enfocadas a la reinserción social.” (Defensoría del Pueblo: Informe Anual 2019, citado por CIDH, 2022. p 69)

En conclusión, en razón a los datos proporcionados por la Defensoría, el SNAI, la CIDH, y tantos otros organismos le estaríamos dando la razón a Slokar (citado por Echeverría & Alvaracín, 2022) cuando sostiene que “la cárcel latinoamericana segrega y extermina a las personas desde una lógica de descartabilidad humana” por cuanto el Estado Ecuatoriano estaría claramente violentando toda una serie de derechos humanos de las personas privadas de la libertad al tenerlos reclusos y amontonados en condiciones tan inhumanas como esas, de forma que no podría esperarse que dichas personas, al terminar su condena salgan rehabilitados y convertidos en ciudadanos de bien si mientras estuvieron reclusos, todo lo que recibieron del

Estado fueron maltratos. Razón por la cual es imperativo que el Estado empiece a tomar en serio las condiciones de vida de los PPL, dejando de lado la concepción en la que estos son únicamente individuos que por su comportamiento merecen ser excluidos de la sociedad y desechados, pues se trata de personas que eventualmente deberán ser reinsertadas, por lo que unas condiciones de vida dignas serán necesarias para finalmente dejar de concebir a la pena privativa de libertad únicamente como un mecanismo de tortura, exclusión y dolor.

3.4.1 Crisis penitenciaria en Ecuador y referencia a las cárceles como escuelas del delito.

La modernidad y el holocausto se vinculan indiscerniblemente, por efecto de un poder punitivo descontrolado que, sin la contención propiciada por los derechos humanos, termina siempre en
masacre.

Echeverría & Alvaracín.

La cita que figura al inicio de este acápite se refiere del fracaso absoluto que es el sistema de rehabilitación social del Ecuador cuya prueba más contundente constituye la crisis penitenciaria que actualmente atraviesa el país, con su episodio más relevante y preocupante siendo los sucesos ocurridos durante el año 2021 donde fallecieron 316 personas privadas de libertad y quedaron heridas muchísimas otras, esto como producto de 8 eventos en extremo violentos suscitados en diferentes fechas y en diferentes CRS del país. Incrementando de esta forma en un 82% el índice de muertes con respecto del año 2019. Hecho respecto del cual las autoridades encargadas del sistema penitenciario no solo que no asumieron la culpa por su incapacidad de proteger a las personas reclusas bajo su vigilancia y protección, sino que adicionalmente supieron adjudicarle la culpa de dichos motines y masacres a los propios reos bajo el motivo de una aparente “lucha entre bandas delictivas por el control de las cárceles”.

Respecto de este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un informe donde expone que esta serie de hechos violentos serían el resultado de una crisis penitenciaria se vendría desarrollando desde hace al menos dos décadas y cuyo origen respondería a un conjunto de factores propiciados por el quemeimportismo del Estado, los cuales serían: “abandono del sistema penitenciario, ausencia de políticas criminales de enfoque preventivo, debilitamiento de la institucionalidad del sistema carcelario; aumento de penas y del catálogo de delitos que privilegian el encarcelamiento; la política contra las drogas; uso excesivo

de la prisión preventiva; obstáculos legales y administrativos para la concesión de beneficios e indultos; y deplorables condiciones de detención”. (CIDH, 2022.p10)

En concordancia con lo anteriormente expuesto, este conjunto de hechos violentos también denominados violencia intracarcelaria no es que se originó en 2021 sino que se trata de una situación que venía gestándose desde antes, bajo los ojos del Estado, y que tuvo su catarsis en 2021 puesto que antes de esta masacre se decretaron varios estados de excepción, cuya finalidad no era más que obtener recursos para manejar lo que posteriormente fue denominado crisis carcelaria por el Sistema de Rehabilitación Social. Así, en 2019 se decretó el primer estado de excepción en las prisiones de Ecuador; al terminarlo, se registraron 33 muertes. Luego, en el año 2020, de agosto a noviembre, rigió un nuevo estado de excepción, en el que reportaron 11 muertes. Para el segundo mes de 2021 se llegarían a 79 muertes más. La responsabilidad, como ha señalado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos,⁴¹ recae en el Estado, que controla la vida, en todos los aspectos, de las personas privadas de libertad. (Echeverría & Alvaracín, 2022.p192)

Asimismo, la CIDH en el informe anteriormente mencionado habría establecido también las circunstancias que aparentemente son las detonantes de la violencia intracarcelaria, siendo estas:

a. Falta de seguridad dentro de los CRS.

En párrafos anteriores de este trabajo se había hecho referencia a que el déficit presupuestario del sistema penitenciario podía afectar gravemente la seguridad e integridad física de las personas privadas de la libertad por cuanto el presupuesto no alcanzaba para que dentro de las cárceles se contara con el número suficiente de guardias para ejercer un control efectivo sobre los reclusos por lo que en la realidad el número de reclusos superaba por mucho lo que los guardias podían manejar (se trataría de 62 reclusos por cada guardia). Y que adicional al déficit de guardias, según la CIDH los pocos que se encontrarían ejerciendo sus funciones disciplinarias dentro de las instalaciones “no contaría con el equipo, la formación y preparación requerida, y que, debido a la complejidad del marco legal, estos no estarían autorizados para usar armas letales en caso de amotinamientos o enfrentamientos violentos”.

A su vez, dicha situación ha llevado a que el control, vigilancia y otras facultades disciplinarias hayan pasado de manos del Estado a los propios reclusos. En algunos casos se cree que, debido al déficit de guardias, los reclusos han tomado por sí mismos el control de los CRS frente a la inacción y desinterés del Estado. En otros casos se considera que se trata más bien de una situación en la que el Estado, debido a ese déficit en el personal de control y vigilancia, voluntariamente ha decidido delegar a determinados reclusos o grupos de reclusos dichas facultades disciplinarias para el mantenimiento del orden.

En concordancia con ello, Núñez Vega⁴⁹ manifiesta que el sistema penitenciario del Ecuador se caracteriza por un sistema de corrupción que opera en las instalaciones de los centros de privación de libertad, la cual se fundaría en una relación personalista sostenida entre funcionarios y reclusos, en un contexto marcado por la sobrepoblación y el hacinamiento dentro de las instalaciones, pues el crecimiento de la población carcelaria ha sido progresivo en los últimos años (véase la ilustración 3), hecho que, sumado a una pobre asignación presupuestaria hecha por el Estado para el sistema penitenciario, ha provocado que mantener el control dentro de las cárceles sea cada vez más difícil y, en consecuencia, la autoridad ha debido negociar con los reclusos los mecanismos para resolver los conflictos y proteger la seguridad.

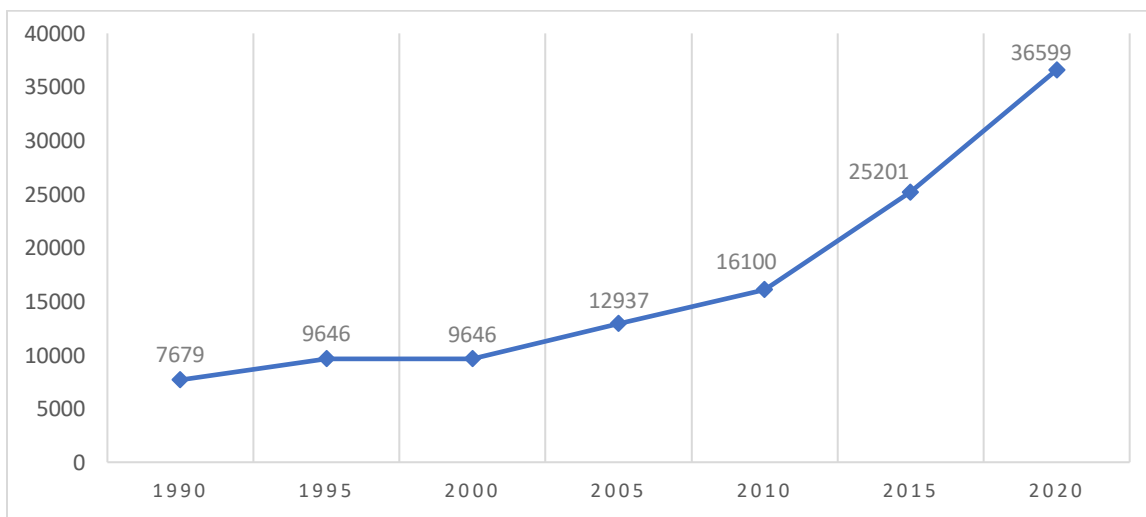


Ilustración 3 Defensoría del Pueblo del Ecuador: Promedio anual de personas privadas de libertad. Quito, 2020

⁴⁹ Núñez Vega, J. (2006). La crisis del sistema penitenciario en Ecuador. Quito: Flacso Sede Ecuador. Programa de Estudios de la Ciudad, 4-9

En conclusión, ya sea que se trate de una situación que se ha salido de las manos del Estado por su propia inacción y despreocupación, o que se trate de una situación que ha sido propiciada por el Estado, estas circunstancias han dado lugar a la instauración de un sistema de autogobierno en la mayoría de las cárceles del país. Hecho que constituye un inminente y constante riesgo de violencia para todos los reclusos y que hasta el momento ya ha resultado en una cantidad alarmante de vidas que se han perdido bajo la custodia del Estado.

b. Ausencia de control efectivo y autogobierno

Según la CIDH (2022), lo que debemos entender por “autogobierno” es la circunstancia dentro de la cual las cárceles del país estarían siendo dominadas por grupos del crimen organizado (incluso vinculados con bandas internacionales) que han logrado convertir a los CRS en un negocio altamente lucrativo por cuanto quienes controlan las instalaciones (jefes de bandas delictivas) tienen el poder de decisión respecto de una serie de aspectos relativos a la administración cotidiana de las cárceles, tales como: la asignación a determinados pabellones y celdas, la dotación de camas, vestimenta, kits de aseo y el acceso a servicios como teléfono, internet, u otros, por los cuales cobrarían precios abusivos e ilegítimos.

El autogobierno dentro de los centros de privación de libertad “nace del vacío de la autoridad legítima y del desconcierto que de eso proviene, por lo que tiene el efecto de estimular el tráfico de influencias, la disputa por el control, las muertes anunciadas y las masacres que llenan las pantallas de los medios masivos de comunicación”⁵⁰ y la indolencia por parte del Estado respecto de esta problemática, evidenciada en que la única acción emprendida sobre esto haya sido el dictar estados de excepción uno detrás de otro, solo refuerza la creencia del abandono por parte del Estado del ideal resocializador para pasar a reemplazarlo por la eficiencia de una institución totalitaria que produce efectos degradantes sobre el individuo y que, en última instancia, es solo un eslabón de la cadena de la exclusión. De esta forma dándole la razón a Zygmunt Bauman (citado por Echeverría & Alvaracín, 2022) cuando dice que “la principal y, quizás, única finalidad explícita de las prisiones resulta ser la eliminación de los seres humanos residuales: una eliminación final y definitiva. Una vez desechados, son ya desechados para

⁵⁰ Corredores Ledesma, M. B. (2008). La pena privativa de la libertad y el sistema penitenciario: Análisis de nuestra realidad. En Varios, & C. Silva Portero (Ed.), *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 201-224). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

siempre [...] En resumen: las prisiones, como tantas otras instituciones sociales, han dejado atrás la fase del reciclaje y han pasado a la de la eliminación de residuos”.

c. Conflictos entre bandas criminales e influencia del narcotráfico.

Por último, si bien ya conocemos que el sistema de autogobierno se caracteriza por el dominio de los CRS por parte de una o más bandas criminales, quienes ejercen el control de las instituciones así como de algunas otras funciones disciplinarias y administrativas, es importante tomar en cuenta que según el informe sobre personas privadas de la libertad en Ecuador, realizado por la CIDH (2022) las autoridades habrían manifestado que actualmente el fenómeno del narcotráfico se ha agravado mucho dentro de nuestro país y que bandas criminales tales como *Los Choneros, Los Lobos, Trigueros, Latin Kings y Nueva Generación* se estarían disputar tanto el control de las calles como el de las prisiones debido a los altos réditos económicos obtenidos de la economía ilegítima manejada dentro de las prisiones a la que se hizo referencia en el punto anterior. Y que dichas disputas por el control de las cárceles han sido en gran medida una de las razones de peso para que se desate a nivel nacional la violencia carcelaria por medio de enfrentamientos a muerte entre estas bandas con el objeto de hacerse con el control de las prisiones y beneficiarse de las implicaciones de ello.

3.4.1.1 Cárceles como escuelas del delito

Dentro de este trabajo se había establecido con anterioridad que el Estado se encuentra en una posición de garante respecto de las personas que se encuentran cumpliendo condenas en los centros de reclusión por cuanto estos individuos se encuentran en una situación de indefensión bajo la vigilancia y control del Estado, donde este será el encargado de verificar que sus derechos e integridad sean respetados mientras dure su condena, y aunque “si bien el Estado no tiene la facultad para incidir en la personalidad de los reclusos para transformarlos en ciudadanos de bien útiles a la sociedad, este tampoco puede encerrarlos sin más en ambientes criminógenos, nocivos y peligrosos, que no solo no reeducaran, sino que funcionaran como verdaderos mecanismos de desadaptación, exclusión y escuelas del crimen. Contrario de ello, lo que el Estado debería procurar es que sus centros de rehabilitación sean lo menos desocializadores posibles y

produzcan el menor impacto negativo en la vida de las personas condenadas y sus familias”. (Álvarez Alcivar, 2008, p183)

La noción de las cárceles como “escuelas del crimen” es una idea ampliamente conocida, lo cual Baratta (citado por Ávila, 2013) considera paradójico ya que, según él, las personas que proponen que la cárcel es un entorno inequívocamente criminógeno son las mismas que apuestan por el uso y el abuso del derecho penal como mecanismo de solución para la problemática de la seguridad ciudadana, esto debido a que, si entendemos el crimen como una conducta violenta que debe ser combatida, el encerrar a los que lo cometen parecería razonable, para mantener al resto de la sociedad a salvo de dicha violencia, no obstante, frecuentemente olvidamos que, lejos del propósito resocializador, lo que nuestras cárceles hacen es reproducir y perfeccionar la violencia.

En el punto anterior de este trabajo fue señalado el fracaso del sistema del penal, y más específicamente, del sistema penitenciario y de rehabilitación social por cuanto este se deduce de los índices de reincidencia en el país, respecto a lo cual Ramiro Ávila⁵¹ manifiesta que el empleo excesivo del sistema penal resulta en un perjuicio para todos, para el procesado, para la víctima y para la sociedad por cuanto la pena de privación de libertad, desde cualquier punto de vista, es inútil, por lo que convendría más el replantearse las soluciones jurídicas impuestas a los actos lesivos los derechos.

Siguiendo la línea de pensamiento planteada por Ramiro Ávila sobre la preferencia de medidas alternativas por sobre la pena privativa de la libertad para sancionar la conducta criminal, Cid Moliné (2007) manifiesta que dicha postura es acertada por cuanto, en virtud de la teoría del etiquetamiento, las personas condenadas a la pena privativa de libertad mostrarían un mayor nivel de reincidencia que las personas que fueron sancionadas con penas alternativas a la privación de la libertad, razón por la cual la cárcel sería innegablemente criminógena.

Ahora, si bien es importante el considerar la importancia de las penas alternativas a la privación de la libertad, creo que es igualmente necesario reflexionar sobre el por qué nuestras cárceles son vistas como escuelas del delito cuando en su origen estas fueron planteadas para ser centros de rehabilitación. En este punto, se podría decir que la noción de las “cárceles como

⁵¹ Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde es garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar

escuelas del delito” parece especialmente adecuada para referirnos a la actual crisis del sistema penitenciario, caracterizada por la violencia intracarcelaria cuyo origen sería de naturaleza multicausal.

Según Pontón (2022) las posibles causas de la crisis penitenciaria de Ecuador varían entre factores estructurales como las deficiencias en la provisión de servicios sociales al interior de los centros penitenciarios, el hacinamiento, la sobrepoblación, las mega cárceles, el autogobierno, la política de drogas, entre otros. Otra causa posible sería el predominio de lógicas inherentes al sistema penitenciario como la corrupción y la organización social de las cárceles. Se han planteado también explicaciones más coyunturales como las limitaciones en la gestión de la seguridad penitenciaria y falta de presupuesto. Así también han sobresalido explicaciones tales como la influencia de bandas criminales ligadas al narcotráfico y la ausencia de política de rehabilitación social. De esta forma, este conjunto de circunstancias habría creado una suerte de ecosistema capaz de reproducir nuevas dinámicas criminales que han derivado en prácticas hiper violentas de expresión dentro de las cárceles. (p 175)

Entonces, si bien han sido enumeradas las posibles causas de la crisis y violencia carcelarias, ninguna por si sola es causa directa de ello, sino que más bien se trata de, como bien lo expreso Pontón, un problema multicausal, aunque si considero que en general, la concurrencia de dichas circunstancias en este determinado momento si podría responder a un abandono del ideal resocializador, que ha dado como resultado que actualmente se haya pasado a la concepción de las cárceles como instituciones únicamente neutralizadoras y de exclusión para “individuos peligrosos”.

En la obra “Castigo y exclusión en Ecuador desde la teoría criminológica crítica” encontramos que, aparentemente, a mitad del siglo XIX se habrían empezado a plantear las primeras justificaciones teóricas de la cárcel como institución, siendo la principal la que proponía a la cárcel como una especie de tratamiento mediante el cual se *mejoraría* y *curaría* al preso por medio de lograr que este se someta a la disciplina del encierro para luego reinsertarse a la sociedad como un proletario dócil. No obstante, dicha teoría sería posteriormente modificada por Talcott Parsons, quien introduciría la noción de la cárcel como un *tratamiento resocializador*; propuesta que, aunque fue adoptada en nuestra región, nunca llegó a realizarse pues aparentemente habríamos “incorporado una epistemología —la de la resocialización— sin pensar

en el origen eurocéntrico de tal idea y en la incompatibilidad de nuestras sociedades estratificadas con tal ideología, pues en América el encarcelamiento masivo tiene que ver más con la esclavitud, la colonización y la exclusión que con la ideología disciplinante del encierro”⁵².

De esta forma, a pesar de que la cárcel fuera concebida originalmente por Foucault como un panóptico que controla para dulcificar los cuerpos, recientemente se ha producido un abandono de esas ideologías, dando como resultado que la cárcel pase a convertirse en una institución neutralizante y práctica. Ahora, según Echeverría & Alvaracín (2022) dicha desideologización sería el resultado de los discursos en rechazo al ideal resocializador llevados a cabo por las autoridades, dentro de los cuales estas habrían declarado expresamente que existen personas privadas de la libertad que son simplemente peligrosos e incorregibles, de esta forma impulsando la creencia de que los mecanismos de rehabilitación son inútiles y una pérdida de tiempo, y finalmente dando paso al abandono del sistema penitenciario como tal y a los individuos que lo conforman, hecho que ha derivado en la actual crisis del sistema e instauración del autogobierno, como respuesta a la falta de interés del Estado.

Sin embargo, el reemplazo del ideal resocializador para el sistema penitenciario por uno de eficiencia y exclusión no es compatible con el garantismo propugnado por nuestra Constitución, por lo que tampoco es propio de un Estado democrático, sino que contrario del actual abandono de los centros penitenciarios y los ideales de rehabilitación, lo que la actual situación carcelaria requiere es la construcción de efectivos centros de reinserción social por sobre espacios de violencia, vigilancia y castigo puesto que como ha sido expresado anteriormente, si lo único que conocen las personas privadas de la libertad durante el cumplimiento de sus penas es la violencia, estos estarán condenados a repetirla en cuanto salgan pues constituye una utopía irrealizable el aprender a vivir en libertad en el encierro.

En conclusión, si como resultado del abandono de las ideologías resocializadoras empezamos a tratar a los privados de la libertad como enemigos, no tendremos derecho a sorprendernos en el futuro cuando al salir del encierro estos efectivamente se hayan convertido en enemigos de la sociedad que los aprisionó y los abandonó a su suerte. Es por esta razón que,

⁵² Véase Echeverría Andrade, M., & Alvaracín Jarrín, A. (2022). Castigo y exclusión en Ecuador. Un enfoque desde la teoría criminológica crítica. *FORO. Revista de Derecho*, 37, 181-201

frente al fracaso del sistema de rehabilitación, no debemos únicamente resignarnos y adaptarnos al nuevo rostro criminógeno de la cárcel sino buscar alternativas tales como la introducción de políticas preventivas de la delincuencia, como fue sugerido en puntos anteriores de este trabajo, de forma que el Estado pueda, si no evitar del todo, al menos mermar las posibilidades de que el círculo de violencia se siga repitiendo.

CAPITULO 4

EFICACIA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD PARA LOGRAR EL FIN SOCIAL DE REHABILITACIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

4.1 Qué debemos entender por rehabilitación como fin social y objetivo del Estado.

La Constitución de la República (2008) establece en su artículo 201 que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la *rehabilitación integral* de las personas sentenciadas penalmente para *reinsertarlas en la sociedad (...)* y que éste tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

La rehabilitación social sería entonces una tarea fundamental a cargo del Estado, ya que de su exitosa consecución dependerá la futura reincorporación de los individuos a la sociedad, y esto sin dejar de lado que es la misma Constitución la que reconoce a las personas privadas de la libertad como un grupo vulnerable que requiere atención especial, razón por la que debemos entender que, cuando un individuo es sentenciado a pena privativa de libertad, la rehabilitación vendrá a ser el mecanismo por medio del cual el Estado ofrezca a dicho individuo las herramientas necesarias para que éste realice las actividades productivas que le permitan reinsertarse en la sociedad una vez que salga en libertad. Por lo tanto, el sistema de rehabilitación social constituiría, tal como lo manifiestan Alvarado & Cerda⁵³ “un pilar fundamental dentro de la política sistémica de Seguridad Pública de una nación”.

Entonces, lo que pretende la rehabilitación, como su nombre mismo lo dice, no es otra cosa que “volver a habilitar a la persona infractora para que pueda actuar de manera correcta en la sociedad donde se desenvuelve, tal como se presume que actuaba previo a la comisión del delito (...) lo cual constituirá el tratamiento necesario para transformarlo en un ser productivo y acorde a los valores que la sociedad espera”. (Paladines, citado en Calle & Zamora, 2021). No obstante, más allá del objetivo general de la rehabilitación establecido en la Constitución y demás cuerpos normativos, la realidad es que existe una discordancia entre lo que debería ser el

⁵³ Alvarado & Cerda, citados en Calle Romero, M., & Zamora Vázquez A. (2021) Las nuevas víctimas del sistema de rehabilitación ecuatoriano. *Polo del conocimiento*, 6(12), 1191-1214

sistema de rehabilitación y lo que es en la práctica, pues a partir de la observación de las circunstancias actuales, no sería errado decir que el existente sistema de rehabilitación ecuatoriano, lejos de ser un tratamiento, consiste por sí mismo en un castigo y una tortura.

No obstante, si bien lo que los centros de rehabilitación pretenden es “mejorar” a los individuos, hay diferentes posturas acerca de la forma en que se puede lograr ese efecto, de forma que para Goite Pierre & Otros (2016) la resocialización de los individuos privados de la libertad no debería conseguirse por medio de la manipulación de su personalidad (como es común), sino mediante la presentación de un abanico de posibilidades de que el individuo participe en la vida social, ofreciendo de esta forma alternativas al comportamiento criminal.

Alternativas que le serían planteadas a los reos mediante la adopción de medidas imprescindibles para evitar la no socialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por periodos de tiempo cortos de tiempo y la aplicación de un tratamiento progresivo que les facilite cambiar de régimen penitenciario y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad que hagan posible obtener la libertad condicional en el mejor tiempo posible y reincorporarse a la sociedad. (Goite Pierre, Medina Cuenca, Fernández Romo, Huertas Díaz, & Lorena Ruiz Herrera, 2016, p.121)

Esto con el objetivo de evitar la no socialización de los individuos ya que la principal crítica existente a la función rehabilitadora de la pena es precisamente la contradicción que existe entre el discurso y la realidad penitenciaria pues no es posible enumerar tratamientos rehabilitadores de los cuales pueda decirse con certeza que son efectivos y que resulten en una disminución de la reincidencia, lo cual nos lleva nuevamente a la contradicción de la esencia del sistema como tal pues se pretende enseñar a los individuos a socializar correctamente dentro de una comunidad encontrándose estos excluidos y apartados de ella.

4.1.1 Sistema Nacional de Rehabilitación.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en su art. 673 establece que las finalidades del sistema de rehabilitación serán: 1) La protección de los derechos de las personas privadas de

libertad; 2) El desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad; 3) La rehabilitación integral de las personas privadas de libertad en el cumplimiento de su condena y 4) La reinserción social y económica de las personas privadas de libertad. (p 112)

Finalidades cuya garantía y cumplimiento, según el COIP (2014) en su art. 674, quedaría en manos del Organismo Técnico, cuyas atribuciones constituiría: 1) la evaluación de la eficacia y eficiencia de las políticas del Sistema; 2) La administración de los centros de privación de libertad; 3) Y la fijación de los estándares de cumplimiento de los fines del Sistema. Organismo que a su vez contaría con “contará con personal especializado en rehabilitación y reinserción de personas privadas de libertad.” (p 112)

Asimismo, el art. 678 del COIP (2014) establece sobre los Centros de Privación de Libertad que estos contarían con los espacios y la infraestructura necesarios para garantizar el cumplimiento de las finalidades del Sistema de Rehabilitación y que, además, estos centros se clasificaran por un lado en:

- a) *Centros de Privación Provisional de Libertad* que es donde se encontrarían las personas privadas preventivamente de la libertad como resultado de una medida cautelar y,
- b) *Centros de Rehabilitación Social* que es el lugar a donde serán asignadas las personas para el cumplimiento efectivo de su condena.

Y también, según el art. 682 del COIP sería procedente una separación de las personas privadas de la libertad dentro de los Centros de Rehabilitación en razón a determinados criterios, siendo estos:

- Las mujeres de los hombres
- Las personas que manifiestan comportamiento violento de las demás.
- Las que necesitan atención prioritaria de las demás.
- Las privadas de libertad por delitos de tránsito, de las privadas de libertad por otros delitos.
- Las privadas de libertad que son parte del sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, de las demás.

- Las privadas de libertad por contravenciones, de las personas privadas de libertad por delitos. (p 113)

No obstante, sabemos que dicha afirmación dista de la realidad puesto que usualmente, al menos al respecto de la distinción por situación procesal, las personas respecto de las cuales se ha ordenado una medida cautelar de privación preventiva de libertad se encuentran asignados a las mismas instalaciones donde también se encuentran las personas que ya se encuentran cumpliendo su condena. Para ejemplo de ello, tenemos el caso de CRS de Turi en nuestra ciudad de Cuenca, respecto del cual, la misma Defensoría del Pueblo (2019) en su *Informe de la visita al Centro De Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur* manifestó que “no existe una separación entre personas sentenciadas de procesadas, así como las internadas por otras causas como apremio, quienes comparten los espacios con personas sentenciadas o investigadas por el cometimiento de delitos.”

De la misma manera, de los informes de la Defensoría del Pueblo donde se detallaban las condiciones de vida de los PPL se desprende que tampoco se respeta la separación de los individuos en razón a parámetros tales como la peligrosidad o agresividad, necesidad de atención prioritaria o personas que son parte de un sistema de protección de testigos, probablemente ello influido por el actual auge de la modalidad de autogobierno existente en las cárceles, la cual, como ya se había mencionado, se caracteriza por la particular situación en donde ciertas facultades administrativas y de disciplina son ejercidas por líderes de bandas criminales, resultando en que la separación de los PPL quede a merced de las preferencias de los líderes criminales, mas no de lo que establece la ley.

Por último, en lo respectivo al Régimen General de Rehabilitación Social, el COIP en su art. 692 establece las fases que conforman dicho régimen, siendo estas:

1. **Información y diagnóstico:** Fase de asignación de un tratamiento individualizado, proceso en el cual se lleva a cabo la observación, valoración, clasificación y ubicación de las personas privadas de la libertad.
2. **Desarrollo integral:** Fase de aplicación del tratamiento individualizado con un seguimiento personalizado de las actuaciones y desenvolvimiento de las PPL.

3. ***Inclusión social:*** Fase de evaluación del tratamiento individualizado, que previo su cumplimiento, el individuo podrá incluirse en la sociedad.
4. ***Apoyo a liberados:*** Fase de modelación de atención integral consistente de una serie de acciones tendientes a facilitar la reinserción social. (Gamboa Pazmiño, 2018, p 59)

De tal forma, después de una clasificación inicial de los PPL se pasará a su ubicación poblacional, para la cual se tendrán en cuenta los niveles de seguridad contemplados en el art. 694 del COIP (2014), siendo estos: seguridad máxima, seguridad media y seguridad mínima, respecto de los cuales se establece que “las características de cada nivel de seguridad estarán previstas en el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social”. (p 115)

4.2. ¿Cuáles son los mecanismos por medio de los cuales el Estado pretende lograr la rehabilitación de los privados de la libertad?

Como se había mencionado anteriormente, los Centros de Rehabilitación Social pretenden ser instituciones donde se aplica a los individuos un tratamiento que logrará rehabilitarlos y volver a hacerlos aptos para convivir en la sociedad. Dicho objetivo se lograría por medio de un régimen progresivo dentro del cual la conducta de los individuos estaría permanente siendo observada y analizada puesto que, bajo este tratamiento, esta podría tanto avanzar como retroceder; de forma que “la adaptación a la penitencia es la medida del sistema, sistema progresivo que busca modelar la conducta a partir de dosis de aislamiento, mayor encierro como castigo, así como de libertad como recompensa”. (Coba Mejía, 2008)

Desde este punto de vista, el principio de rehabilitación social constituiría “el desarraigo de los hábitos nocivos del individuo, así como de su comportamiento indeseable, para lo cual se debe adiestrar al paciente para sustituir los malos hábitos por reacciones más constructivas”. En ese sentido, la ubicación de los sujetos permitiría el tratamiento correcto según la escala de peligrosidad a la que se los haya asignado.

4.2.1 Sistema de progresividad

Según Gamboa Pazmiño (2018) el Sistema de Progresión es “aquel conjunto de etapas o fases que abarca desde los métodos de ejecución de la pena, hasta la completa reinserción de las

personas privadas de la libertad a la sociedad, teniendo como base la conducta del interno y el trabajo realizado en el tiempo de su condena”.

De la misma manera, el art. 695 del COIP (2014) establece que “la ejecución de las penas se regirá por el Sistema de Progresividad que contempla los distintos regímenes de rehabilitación social hasta el completo reintegro de la persona privada de la libertad a la sociedad”; sistema que estaría a su vez constituido por el régimen cerrado, semiabierto y abierto. Regímenes a través de los cuales los individuos podrán pasar de manera progresiva “en razón del cumplimiento del plan individualizado, de los requisitos previstos en el Capítulo V del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social y el respeto a las normas disciplinarias”. (p 116)

a. Régimen cerrado

Este será el periodo durante el cual el individuo iniciará el cumplimiento de la pena, el cual se llevará a cabo a partir de su ingreso al Centro de Rehabilitación. Según lo establece el COIP en su art. 697 “en este régimen se realizará la ubicación poblacional, la elaboración del plan individualizado de cumplimiento de la pena y su ejecución”.

En concordancia con ello, es necesario tener en cuenta que uno de los principios rectores del Sistema Penitenciario es precisamente, el principio de progresión, según el cual, con el objetivo de lograr una rehabilitación integral se aplicarán todos los métodos, medios y equipo interdisciplinario necesario para llevar a cabo la realización del plan individual de tratamiento de las personas privadas de libertad.

Al respecto, el COIP en su artículo 708 establece que “Para efectos del tratamiento individualizador, se elaborará un plan de metas y acciones dirigidas a superar los problemas de exclusión y carencias que influyen al acto delictivo, cuyo objetivo será la reinserción y el desarrollo personal y social del interno” (p.116)

En razón a ello, nos dice Gamboa Pazmiño (2018) que dicho tratamiento individualizador constará de un conjunto de estudios médicos, psicológicos sociales, educativos y jurídicos a través de un estudio criminológico cuyos resultados serán evaluados y que adicionalmente, por medio de la utilización de parámetros de personalidad, se obtendría el grado de peligrosidad del

individuo, lo cual ayudará a lograr una mejor ubicación poblacional y a determinar el tratamiento individualizado adecuado para cada interno.

Ahora, con el objeto de poder entender más a profundidad este régimen y la forma en la que planea ejecutar sus medidas para lograr la rehabilitación, será útil referirnos al Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, específicamente a su acápite sobre el régimen cerrado, dentro del cual se establece que este régimen estará constituido por dos fases:

1. **Fase de información y diagnóstico.** Según el Reglamento (2018) esta fase tendría por objeto recabar antecedentes y obtener información sobre aspectos sociales, deportivos, familiares, educativos, laborales, culturales, jurídicos, entre otros, con el objeto de orientar la clasificación inicial de la persona privada de libertad, esto es, su ubicación en los niveles mínimo, medio y máximo de seguridad, según corresponda y por último, para orientar la elaboración del plan individualizado de cumplimiento de la pena, el cual dependerá de la clasificación inicial, razón por la cual el Reglamento en su art.171 establece un sistema de puntajes y parámetros que deberán revisarse cuidadosamente por el equipo de diagnóstico e información de cada centro de privación de libertad al momento de realizar la clasificación.
2. **Fase de desarrollo integral personalizado.** Según el Reglamento, esta fase iniciaría después de la ubicación del interno en el nivel de seguridad que le corresponda, mínima, media o máxima. Estará caracterizada “por ser participativa, integral, motivadora, voluntaria y diferenciada, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria” (2018). Y sus finalidades serán: i. la ejecución del plan individual de desarrollo; ii. El desarrollo de programas y proyectos con la participación de los internos; iii. El desarrollo de programas y proyectos para grupos de atención prioritaria y consumidores problemáticos; iv. El seguimiento y evaluación de la convivencia de los internos y su cumplimiento del plan individualizado. (p.55)

b. Régimen semiabierto

Tanto este régimen como el de modalidad abierta se caracterizan por ser más cercanos a una realidad en la que las personas privadas de la libertad tienen mayores facilidades para

ejercer sus derechos, razón por la cual son utilizados como herramientas de rehabilitación social por parte del Estado para lograr la reinserción del individuo.

El art. 689 del COIP (2014) establece que dentro del régimen semiabierto se llevará a cabo el proceso de rehabilitación social del sentenciado que ha llegado a cumplir con los requisitos y normas del sistema progresivo necesarios para poder pasar a desarrollar sus actividades de reinserción familiar, social, comunitaria y laboral fuera del centro de reclusión, por supuesto bajo el control del Organismo Técnico y para lo cual el Juez de Garantías Penitenciarias dispondrá el uso de un dispositivo electrónico de vigilancia.

Dentro de este mismo artículo, se determina que para que un privado de la libertad pueda solicitar y acceder al régimen de semilibertad esta tendrá que haber cumplido al menos el 60% de su pena y los demás requisitos contemplados en el art. 254 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

Este régimen, según lo establece el Reglamento consistirá en que “La persona en régimen semiabierto se presentará en el centro de privación de libertad más cercano al lugar de su residencia, al menos por cinco (5) horas a la semana, de acuerdo con la planificación que establezca la máxima autoridad del centro de privación de libertad, sobre la base de las directrices de la entidad encargada del Sistema Nacional de Rehabilitación Social”. (Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 2018)

Por último, se establece en la ley también que “en el caso de incumplimiento injustificado de los mecanismos de control por parte del beneficiario de este régimen, sin causa de justificación suficiente y probada, la o el juez de Garantías Penitenciarias revocará el beneficio y declarará a la persona privada de libertad, en condición de prófuga” (COIP, 2014, p 115)

c. *Régimen abierto*

Respecto del régimen abierto, el art.699 del COIP (2014) establece que este constituye el período de rehabilitación de la persona privada de la libertad tendiente a la inclusión y reinserción social de este, en la cual se encontrará conviviendo en su entorno social bajo la supervisión del Organismo Técnico, para lo cual, al igual que en el caso del régimen

semiabierto, el Juez de Garantías Penitenciarias podrá ordenar el uso del dispositivo electrónico de vigilancia, aunque a más de esta medida, el individuo deberá presentarse periódicamente ante el juez y finalmente, una vez cumplida la sentencia el juez deberá ordenar el inmediato retiro del dispositivo electrónico.

Para que los internos puedan solicitar y acceder a este régimen será requisito que estos hayan cumplido ya al menos el 80% de su condena además de los requisitos contemplados en el art. 272 para hacer el cambio de régimen semiabierto a abierto. Por último, la ley establece que no podrán solicitar el acceso a este régimen los internos que hayan intentado fugarse o que efectivamente se hubieran fugado y que, como consecuencia de ello, hubieran sido sancionados con la revocatoria del régimen semiabierto.

Este régimen, según lo establece el Reglamento consistirá en que “La persona que se encuentre en régimen abierto deberá presentarse en el centro de privación de libertad más cercano al lugar de su residencia al menos dos (2) veces al mes por dos (2) horas que pueden ser distribuidas en cualquier día de la semana, de acuerdo con la planificación que establezca la máxima autoridad del centro de privación de libertad, sobre la base de las directrices de la entidad encargada del Sistema Nacional de Rehabilitación Social”. (Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 2018)

Por último, al igual que con el régimen semiabierto, si en el cumplimiento de este régimen se incumple de manera injustificada con los mecanismos de control (dispositivo de vigilancia y presentación periódica) el Juez de Garantías Penitenciarias revocará el beneficio de régimen abierto y declarará al interno en condición de prófuga.

4.2.2 Plan individual del cumplimiento de la pena

El art. 708 del COIP establece que, con el objeto de llevar a cabo exitosamente el tratamiento de rehabilitación de los privados de la libertad, se elaborará un plan individualizado de cumplimiento de la pena, el cual consistirá de un conjunto de acciones y metas concertadas con los individuos, cuyo propósito será el impulsar la superación de problemas de exclusión y carencias que pudieran incidir en el cometimiento de delitos y dar lugar a la reincidencia.

A su vez, dicho plan individualizado del cumplimiento de la pena de las personas privadas de la libertad se llevará a cabo por medio de la aplicación de los distintos ejes de tratamiento para la rehabilitación y reinserción enlistados en el art. 701 del COIP (2018), los cuales también se encuentran desarrollados y su ejecución detallada en el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social y son:

a. Eje laboral.

El art. 702 del COIP (2014) establece que el trabajo es un pilar indispensable del tratamiento de rehabilitación de las personas privadas de la libertad, el cual no constituirá de forma alguna una medida de corrección o una práctica aflictiva. Asimismo, el art. 703 establece que toda actividad laboral realizada por los internos será remunerada conforme con la ley y que dicha remuneración no podrá ser objeto de embargo, secuestro o retención salvo que la ley lo contemple como excepción.

Por último, se determina también que: La retribución del trabajo del privado de libertad se deducirá por los aportes correspondientes a la seguridad social y se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: diez por ciento para indemnizar los daños y perjuicios causados por la infracción conforme disponga la sentencia; treinta y cinco por ciento para la prestación de alimentos y atender las necesidades de sus familiares; veinticinco por ciento para adquirir objetos de consumo y uso personal; y, el último treinta por ciento para formar un fondo propio que se entregará a su salida. (COIP, 2014, p116)

b. Eje de educación, cultura y deporte.

El art. 704 del COIP (2014) establece que, dado que el sistema nacional de educación se encarga de la prestación de los servicios educativos dentro de los centros de privación de libertad, los niveles de educación inicial, básica y bachillerato serán obligatorios para los privados de libertad que no hayan aprobado con anterioridad dichos niveles.

En virtud de ello, el Sistema de Rehabilitación Social promoverá la educación superior y técnica a través de la suscripción de convenios con institutos o universidades públicas o privadas, los cuales garantizarán que la enseñanza se imparta en las condiciones y con el rigor y calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que es preciso, la metodología pedagógica a las circunstancias propias de los regímenes de privación de libertad. (COIP, 2014, p 116)

c. Eje de salud.

El art. 705 del COIP (2014) establece que el Sistema de Rehabilitación Social, en sus instalaciones contará con un servicio integral de asistencia a la salud en virtud de las cuales se brindarán programas de rehabilitación, tratamiento y prevención para consumidores habituales, ocasionales y problemáticos.

En concordancia con ello, la ley establece que el Sistema Nacional de Salud se responsabilizará por la atención médica y servicios farmacéuticos y complementarios derivados de ello, y que la calidad de la atención prestada deberá ser la misma que la que se brinda a la población en general, e incluso mayor teniendo en cuenta las especiales condiciones de los grupos vulnerables que se encuentran privados de la libertad.

d. Eje de vinculación familiar y social:

El art. 706 del COIP (2014) determina que, con el objeto de lograr la reinserción de los privados de la libertad y evitar la no socialización, uno de los ejes del tratamiento del Sistema de Rehabilitación consiste precisamente en promover la vinculación social y familiar para de esta forma lograr un fortalecimiento de las relaciones sociales y el núcleo familiar de los internos por medio de una serie de actividades tales como visitas y otras actividades que les permitan tener un contacto con el exterior de las instalaciones.

e. Eje de reinserción:

Por último, el art. 707 del COIP (2014) establece que el eje de reinserción del tratamiento para lograr la rehabilitación consistirá de un uso controlado de los regímenes abierto y semiabierto que tendrá por objeto generar la autonomía y confianza suficiente en los internos para que estos confíen en que la rehabilitación y reinserción es posible y alcanzable.

Adicional a dicha disposición, la ley determina que, durante el año siguiente a la liberación de los individuos, estos recibirán por parte del Estado el apoyo necesario para que estos consigan reinsertarse tanto en la sociedad como en los ámbitos laborales, como forma para prevenir la reincidencia.

Entonces, debemos entender que siendo esos los ejes del plan para la rehabilitación de los PPL, si después de impuestos los enfoques de rehabilitación disciplinario, conductual, social, etc., la persona cumple con las reglas a cabalidad, logra pasar las evaluaciones psicológicas, demuestra disciplina, y tiene un comportamiento social tendiente a la estabilidad familiar, entonces se entenderá que el objetivo de rehabilitación se logró y la persona se hallará menos inclinada a cometer actos delincuenciales, pero si eso no fuera el caso, se entenderá que el tratamiento aún no ha surtido efecto y su progresión se habrá detenido.

No obstante, y alejándonos un poco de los muchos mecanismos establecidos en la ley y el reglamento para alcanzar el objetivo de la rehabilitación; en la realidad, resulta irónico que una de las pautas de evaluación de la conducta sea el interés demostrado por la rehabilitación, la búsqueda de trabajo, y la participación en actividades como talleres y educación ya que realmente, en los centros de privación de libertad de nuestro país todas esas ofertas son casi inexistentes debido al bajo presupuesto con el que cuenta el Sistema Penitenciario y a otros problemas de los que ya se había hablado anteriormente tales como la corrupción, falta de organización, abandono por parte del Estado, entre otros.

4.2.3 Beneficios penitenciarios del régimen progresivo de rehabilitación social

El Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (2018) en su acápite de Disposiciones Generales, específicamente dentro de la disposición Decima Quinta hace referencia a los llamados “beneficios penitenciarios”, a los cuales define como:

Aquellas etapas del régimen progresivo de rehabilitación social establecidas en el Código de Ejecución de Penas, marco jurídico rector de la política penitenciaria del país que estuvo vigente hasta antes de 10 de agosto de 2014, fecha en la cual entró en plena vigencia el Código Orgánico Integral Penal. Los beneficios penitenciarios reconocen el principio constitucional de la individualización de las penas y para la aplicación de las mismas establece la individualización del tratamiento y el régimen progresivo de rehabilitación social, con el objetivo de lograr la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad. (Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 2018, p 88)

Asimismo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020) manifiesta que “Los beneficios penitenciarios son mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en actividades laborales, educativas, y los servicios psicológicos, legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria, así como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad, los cuales son también mecanismos jurídicos que permiten reducir la permanencia en prisión de un condenado a pena privativa de libertad efectiva, así como a mejorar sus condiciones de detención”.

Adicionalmente, el Reglamento determina que las etapas del régimen progresivo (que son diferentes de los tipos de regímenes que conforman el sistema progresivo) serán las contempladas en el art. 19 del derogado Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2006), las cuales son:

a. Beneficio de prelibertad.

Sobre este beneficio, el Instructivo Interno para la Aplicación de los Beneficios Penitenciarios Contemplados en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2020) manifiesta que este constituiría “la fase del tratamiento en la cual la persona privada de libertad, previo cumplimiento de los requisitos y normas del sistema progresivo, desarrolla sus actividades fuera del centro de rehabilitación social bajo supervisión y control de la Unidad de reinserción social correspondiente.

Adicionalmente, dicho Instructivo establece que para acceder a este beneficio penitenciario la persona privada de la libertad deberá, por sí misma o por medio de un abogado, solicitar a la máxima autoridad del centro de rehabilitación el acceso a la fase de prelibertad para posteriormente acreditar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 8 del antedicho cuerpo normativo.

- i. Haber cumplido al menos las dos quintas partes de la pena impuesta, esto es el 40% de la pena. Para ello la máxima autoridad del centro de reclusión deberá emitir un certificado de permanencia del individuo que lo requiera.
- ii. Certificado de encontrarse e en un centro de privación de libertad de mínima seguridad o en un nivel de mínima seguridad en cualquier centro de rehabilitación;

- iii. Haber obtenido un informe favorable por parte del equipo de técnico de información y diagnóstico, el cual deberá hacer referencia a los aspectos enumerados en el art. 9, numeral 3 del Instructivo.

Posteriormente, con el objeto de verificar el cumplimiento de los requisitos y la documentación remitida, la Comisión Especializada para el Cambio de Régimen de Rehabilitación Social, Indultos, Repatriaciones y Beneficios Penitenciarios, emitirá un informe de verificación de dicha documentación, y por ultimo ese informe será enviado a la máxima autoridad del centro de privación en el que se encuentra la persona para que, en el término máximo de 24 horas, lo ponga en conocimiento de la unidad judicial correspondiente a fin de que el Juez de Garantías Penitenciarias conozca y resuelva sobre la concesión o no del beneficio penitenciario. (SNAI, 2020, p 9)

b. Beneficio de libertad Controlada.

Acerca del beneficio de Libertad Controlada, el Instructivo Interno para la Aplicación de los Beneficios Penitenciarios Contemplados en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2020) establece que esta será “la fase del tratamiento mediante la cual la persona privada de libertad convive en su medio natural, bajo la supervisión del régimen y será concedida por el juez de garantías penitenciarias, previo al informe de la entidad encargada del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, siempre que se cumplan los requisitos exigidos.”(p 10)

Así también el Instructivo establece que, para poder acceder a este beneficio, las personas privadas de la libertad deberán haber cumplido ya al menos las 3/5 partes de su condena, lo cual equivale al 60% de la pena. Esto además del cumplimiento de los requisitos completados en el art.20 del mismo cuerpo legal, los cuales son:

- i. Certificado de conducta tanto en el cumplimiento de los reglamentos, como procurando el mejoramiento cultural, perfeccionamiento en el servicio y superación en el trabajo, que demuestren un afán constante de readaptación social;
- ii. Acreditar tener profesión, arte, oficio o industria, u otro medio que le permita vivir honradamente;

- iii. Haber pagado indemnizaciones civiles en caso de haber sido condenado a hacerlo, a excepción de quienes hayan comprobado imposibilidad para hacerlo; y,
- iv. Obtener informe favorable tanto del correspondiente Equipo Técnico de Información y Diagnóstico como del Fiscal respectivo.

Adicionalmente, el Instructivo contempla que para el caso de que la persona se encuentre privada de la libertad, esta deberá acreditar: a) un certificado de que se halla en un nivel o centro de mínima seguridad; b) Certificado de la máxima autoridad del centro de que la persona ha cumplido las 3/5 partes de su condena; y c) Informe favorable del equipo técnico de Diagnóstico e Información en el que se abarcarán los aspectos enumerados en el art. 20 numeral 3.

Por último, acerca de la forma en que han de llevarse a cabo las presentaciones periódicas, el art. 23 del Instructivo Interno para la Aplicación de los Beneficios Penitenciarios Contemplados en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2020) establece que “la persona a quien se hubiere concedido el beneficio penitenciario de libertad controlada, deberá presentarse en el centro de privación de libertad o unidad de reinserción social más cercano a su domicilio, según las disposiciones emitidas por la autoridad judicial competente; y, en el caso de que la autoridad judicial no hubiere señalado las condiciones de presentación, el equipo técnico de reinserción en coordinación con la máxima autoridad del centro, determinará dos veces por mes la presentación de acuerdo con la planificación que establezca el centro de privación de libertad, sobre la base de las directrices de la entidad encargada del Sistema Nacional de Rehabilitación Social”. (p 12)

c. *Beneficio de rebajas de pena.*

Dentro del Instructivo Interno para la Aplicación de los Beneficios Penitenciarios Contemplados en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2020) se encuentra regulado este beneficio en dos distintas modalidades, siendo estas:

1. Rebaja de penas por sistema de méritos
<p>Definición: Es el conjunto de actividades, parámetros de evaluación y demás mecanismos reconocidos por el Organismo Técnico, el cual permite a las personas privadas de la libertad obtener la reducción de hasta el 50% de la pena impuesta. (SNAI, 2020, p 13)</p>
<p>Ámbito de aplicación: Este beneficio solo podrá ser aplicado para las personas que fueron condenadas “a partir del 22 de julio del 2008 y durante la vigencia del Código Penal en concordancia con el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.”</p> <p>Adicionalmente, este beneficio no podría ser aplicado a personas que hayan sido sentenciadas por “plagio, asesinato, delitos sexuales, trata de personas, o por crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. (SNAI, 2020, p 13)</p>
<p>Requisitos: 1) Informe jurídico del Centro de Privación de Libertad; 2) Copia de la sentencia con razón de ejecutoria; 3) Certificado de permanencia; 4) Certificado de conducta; 5) Certificado de evaluación del plan individualizado del cumplimiento de la pena, 6) Informe psicológico; 7) Informe favorable del equipo técnico de información y diagnóstico.</p> <p>Los cuales deberán estar suscritos por la máxima autoridad del centro y por los responsables de los distintos ejes de tratamiento.</p>

Tabla 1. Fuente: SNAI, 2020, p 13

1. Rebaja de penas por modalidad de quinquenio
<p>Definición: Se trata de la reducción automática de la condena brindada a los internos con buena conducta que demuestren interés en su rehabilitación, reducción que será de hasta 180 días por cada quinquenio, contados desde la fecha de privación de libertad.</p>
<p>Ámbito de aplicación: Este beneficio es aplicable a las personas privadas de libertad que perdieron su libertad a partir del 29 de septiembre de 2001 hasta el 22 de julio de 2008.</p>
<p>Requisitos: 1) Solicitud presentada por la persona privada de la libertad y dirigida a la máxima autoridad del centro; 2) Copia de la sentencia con razón de ejecutoria; 3) Certificado de permanencia suscrito por la máxima autoridad del centro; 4) Certificado de no haber cometido faltas leves, graves o gravísimas durante todo el cumplimiento de la pena, emitido por la máxima autoridad del centro; 5) Informe Jurídico; 6) Informe en el que se evalúe el eje de tratamiento de vinculación familiar y social haciendo énfasis en la convivencia, y relaciones interpersonales, suscrito por la trabajadora social del Centro; 7. Informe psicológico.</p>

Tabla 2. Fuente: SNAI, 2020, p 13

Adicionalmente, y a efectos de aclarar lo expresado en líneas anteriores, cabe mencionar que el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (2018) en su art. 249 menciona la conformación de una Comisión Especializada para el cambio de régimen de rehabilitación social, indultos, repatriaciones y beneficios penitenciarios, cuyas funciones serían, entre otras, la de analizar los expedientes de las personas que hayan solicitado la concesión de beneficios penitenciarios tales como indultos y conmutación o rebaja, así como también la emisión de informes sobre el cumplimiento que realizan los individuos de los requisitos para adquirir dichos beneficios.

Informes que según establece el art. 250 del Reglamento “se enviará a la máxima autoridad del centro de privación de libertad respectivo, quien, a su vez, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, remitirá dichos informes a los jueces de garantías penitenciarias para el trámite correspondiente, salvo los informes relacionados con indultos, los cuales se remitirán a la Presidencia de la República”. (p.74)

4.3. ¿Es posible la rehabilitación?

A lo largo de este trabajo se ha hablado mucho ya de las dificultades que constituye el ideal de rehabilitación de las personas privadas de la libertad por lo complejo de la premisa de enseñar a vivir en libertad a personas que viven encerradas. En concordancia con ello, Alessandro Baratta (citado en Ledesma Corredores, 2008) nos dice que “la relación cárcel y sociedad es de exclusiones; quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido), por tanto, toda técnica pedagógica de reinserción del detenido choca con la naturaleza misma de esta relación de exclusión, pues no se puede excluir e incluir al mismo tiempo”.

A raíz de ello, la dificultad en lograr la rehabilitación de los individuos ha sido analizada desde varios puntos de vista, siendo uno de ellos el planteado por Ramiro Ávila en su obra “la rehabilitación no rehabilita” (2008) a la cual creo que puede resultar sumamente útil referirnos.

En un primer momento, el autor expresa su primera impresión del sistema de rehabilitación social, la cual considero que es la imagen que muchos de nosotros compartimos, según la cual el sistema de rehabilitación era la más lógica de las ideas por cuanto establecía un sistema progresivo mediante el cual se motivaría a las personas a ser mejores y recompensarlas

con reducciones de su pena hasta que finalmente alcanzaran la libertad y pudieran vivirla como personas renovadas y rehabilitadas, lo cual era completamente razonable, y que frente a su ineficiencia, la razón más posible de ese fracaso no era la teoría de la rehabilitación social como tal, sino una ineficiente aplicación de los mecanismos y planes de rehabilitación a la par de mucha corrupción por parte de las instituciones y las autoridades. Y puede que en cierta medida eso sea verdad, no obstante, el autor plantearía la posibilidad de que la ejecución no sea la única razón por la cual el sistema fracasa.

Ávila Santamaría (2008) manifestaría a continuación de lo anteriormente expresado que el fracaso del sistema podría deberse también o incluso en mayor medida a errores existentes en la teoría misma que sirve de base y fundamento para el sistema de rehabilitación por cuanto este, por su esencia y forma de llevarse a cabo, atentaría contra la dignidad de los individuos además de atentar también contra los fundamentos del garantismo y volver al derecho penal del autor permitiendo en el transcurso la discrecionalidad y la arbitrariedad.

a. La rehabilitación podría atentar contra la dignidad de las personas.

Partiendo del principio de dignidad enunciado por Ávila Santamaría (2008) “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otra, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” inferimos que una persona nunca puede ser utilizada como un medio únicamente, sino que en orden de usarse como un medio debe, al mismo tiempo, constituir un fin en sí misma. Para ejemplificar el correcto funcionamiento de dicho principio el autor plantea la situación en la que una persona y el trabajo que esta realiza son el medio para satisfacer las necesidades y objetivos de una empresa, pero dado que esta persona se siente personal y profesionalmente satisfecha con ese trabajo, no constituye únicamente un medio, sino que al mismo tiempo es un fin para sí mismo. (p 146)

Ahora, respecto de su aplicación al caso específico de la rehabilitación, primeramente, hemos de tener presente que la sociedad ha establecido que el cometimiento de un ilícito tendrá como consecuencia un castigo, que viene a ser en este caso la pena privativa de libertad, y adicionalmente, un fin social que es la rehabilitación, siendo que la consecución de las estas dos cosas le es impuesta a los individuos. Entonces, el problema surge cuando este fin social impuesto por la sociedad no es compartido por el individuo ya que, en un sentido estricto, la

consecuencia por delinquir se agota, en virtud del principio de legalidad, con la prisión, siendo la rehabilitación algo que excede a la consecuencia lógica y jurídica del comportamiento criminal.

Las teorías utilitaristas habían planteado como justificación para la rehabilitación el hecho de que ello era lo más útil para la sociedad, dejando de lado el que el individuo aceptara ser parte de ello o no, ya que más que tratarse del tratamiento y reeducación del individuo, se trataba de algo que resultaba útil socialmente, a costa del sacrificio de algunos individuos. De forma que, en palabras de Ávila Santamaría (2013) “la sociedad impone un fin y la persona es un medio para cumplir ese fin, pero la rehabilitación para el condenado no es el medio y peor el fin al mismo tiempo; por tanto, la rehabilitación atentaría contra la dignidad”

Consecuentemente, el empleo de teorías utilitaristas que, haciendo uso del individuo como un medio para la consecución de un fin social, claramente sobrepasan al principio de dignidad no sería adecuado dentro de un estado de derecho con una Constitución garantista como la nuestra.

b. La rehabilitación podría atacar contra los fundamentos del garantismo.

Según Ferrajoli (citado en Ávila, 2008) la teoría del garantismo se asentaría sobre dos principios fundamentales, que son el principio de estricta legalidad y el principio de jurisdiccionalidad. En virtud del primero de ellos, el principio de estricta legalidad, se debe entender que los delitos, los procedimientos y las penas están todos contemplados a detalle en la ley y se encuentran en armonía con la Constitución. Por otro lado, sobre el principio de jurisdiccionalidad habría que entender que las autoridades que ejercen competencias penales tendrán el deber de verificar que todas las conductas se subsuman correctamente a la ley.

Sin embargo, el problema surge durante la fase de ejecución de las penas, donde estos dos principios se verían constantemente violentadas en virtud de que existe mucha discrecionalidad y subjetividad en el tipo de comportamientos que se esperan de las personas privadas de libertad en orden de conseguir beneficios penitenciarios, conductas como “falta de interés en superarse” que incluso podrían encasillarse como tipos en blanco y cuya subjetividad no es consecuente con el principio de legalidad. De la misma forma, existen muchos vacíos en lo respectivo a procedimientos, requisitos y plazos para la obtención de beneficios, todo esto

dejando de lado la desinformación existente respecto de dichos beneficios por una gran parte de la población carcelaria.

Por último, de informes presentados por la Defensoría y testimonios de presos dados a la Corte Constitucional se desprende que dentro de los centros penitenciarios se emplearían sanciones arbitrarias, que no se encuentran reguladas o siquiera avaladas por nuestro sistema jurídico, tales como el aislamiento, entre otro tipo de sanciones que atentan contra la dignidad e integridad de los individuos. Actuaciones que rara vez reciben seguimiento por parte de las autoridades de los centros o autoridades del sistema penitenciario, incumpliendo de esta forma tanto el principio de estricta legalidad como el de jurisdiccionalidad.

c. *La rehabilitación podría implicar un regreso al derecho penal del autor*

Es ampliamente conocido que los principios de igualdad y no discriminación son pilares fundamentales del derecho penal pues ya desde hace un tiempo nuestro sistema reconoce que “las personas no podrán ser penalmente sancionadas por ser sino por hacer algo que se considera penalmente como reprochable”⁵⁴, de forma que los individuos y sus personalidades no serían relevantes para el derecho penal, pues solo lo serían las conductas criminales en las que podrían incurrir las cuales además deberán encontrarse tipificadas en la ley positiva.

De esta forma, una persona, sin importar su raza, genero, etnia, edad, cultura, estatus económico, religión, o cualquier otro aspecto, no podrá ser sancionada por ser lo que es, sino únicamente por lo que hace. De este postulado surge la noción de igualdad ante la ley que a su vez da origen a la teoría del *derecho penal del acto*, la cual a su vez es el opuesto de la teoría del *derecho penal del autor*, según la cual sí se sancionaría a las personas por lo que son, razón por la cual su aplicación sería una clara contradicción a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y a los valores del garantismo, por lo que sería inaplicable (en teoría).

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico establece que el sistema penal desempeñará sus funciones en armonía con el derecho penal del acto, no obstante, según Ávila Santamaría (2008) esto dejaría de ser así en cuanto se iniciara la fase ejecución de las penas pues

⁵⁴ Ávila Santamaría, R. (2008). La rehabilitación no rehabilita. En Varios, Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad (págs. 143-163). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

aparentemente los individuos durante sus vidas en libertad gozarían de todos los derechos y garantías que el Estado constitucional reconoce y garantiza, pero una vez que dichos individuos fueran encontrados culpables por el cometimiento de un ilícito y fueran sentenciados a una pena privativa de libertad en un centro de rehabilitación, dichos derechos y garantías reconocidos en la Constitución les serían retirados de la misma forma que su libertad. Pasando de esta forma a regirse el sistema por el derecho penal del autor.

De esta forma, la afirmación de que la fase de ejecución de penas a los privados de libertad está regida por un derecho penal del autor se basaría en el hecho de que, desde el primer momento en que los individuos ingresan a los centros de privación de libertad, estos son clasificados según su peligrosidad y ubicados en orden a ese criterio, dejando de lado el aspecto del delito que cometieron, sino haciendo hincapié en los aspectos de sus personalidades que pueden ser considerados como potencialmente problemáticos. Posteriormente, durante el transcurso de su encierro estos son analizados y calificados según sus comportamientos y el cumplimiento de requisitos ambiguos en orden de acceder a los beneficios penitenciarios del régimen progresivo y acortar sus sentencias, de esta forma dejando de lado nuevamente el delito cometido y la pena establecida por ello.

d. *¿La rehabilitación rehabilita?*

Por último, y para responder al interrogante que constituye el título de este acápite, partiré de un enunciado de Elías Carranza (citado en Ávila, 2013) donde se manifiesta que “es tan inútil enseñar a vivir en sociedad a una persona encerrándola, como inútil resulta enseñar a jugar fútbol a un equipo en un ascensor”.

A lo largo de este capítulo así como en algunos anteriores ha sido mencionada la dificultad y contradicción que representa el concepto de rehabilitación y los mecanismos por medio de los cuales esta se pretende lograr, por lo que considero útil hacer una referencia a Ramiro Ávila, quien en muchos de sus trabajos ha tratado el tema de la rehabilitación y su fracaso, pues ha sido precisamente este autor dentro de su obra “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde el garantismo penal” quien afirmó que la rehabilitación por sí misma no rehabilita. Esto en razón a que si bien algunos individuos se

reforman y cambian para bien después del encierro en los centros de privación de libertad, este cambio no se debería a que la pena privativa de libertad o el sistema progresivo garantizan la rehabilitación, sino que este sería el resultado de “factores de carácter personal o aprendizajes que surgen por lo terrible de la cárcel y no por su ambiente o sus programas rehabilitadores”⁵⁵ ya que en la fase de ejecución de penas existiría una realidad bicéfala en donde, por un lado se encontraría un cuidadoso desarrollo normativo que pretendería garantizar el respeto de los derechos y garantías de los privados de la libertad mientras que al mismo tiempo existirían innumerables inobservancias y violaciones de los principios de jurisdiccionalidad y legalidad en la práctica y ejecución de este régimen.

En virtud de lo anteriormente expresado, y frente al evidente fracaso del sistema de rehabilitación tal como se ha venido ejecutando hasta el día de hoy, la forma en que se debería proceder en adelante para darle un mejor uso al sistema de rehabilitación sería por medio de interpretar a la rehabilitación ya no puramente como la resocialización de los individuos, sino como el desarrollo de las capacidades de las personas para ejercer derechos, de forma que al igual que con otros derechos, sean los individuos quienes escogen si ejercerlos o no, pues resulta ingenuo que se pretenda cambiar, y de la peor forma, a una persona en contra de su voluntad cuando en realidad y en un ejercicio de las garantías y un respeto de los derechos contemplados en la Constitución, lo único que se puede hacer es privar de la libertad en las condiciones más dignas posibles. (Ávila Santamaría, 2013, p160-161) Esto para los casos en los que los individuos no compartan el fin social de la rehabilitación, no así para aquellos cuya voluntad si sea la rehabilitación y para los cuales deben mejorarse los ya existentes planes de rehabilitación y mecanismos por medio de los cuales estos puedan reintroducirse a la sociedad.

⁵⁵ Ávila Santamaría, R (2013) La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde el garantismo penal. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Finalmente, y después de haber analizado la figura de la pena privativa de libertad desde varios enfoques, con el objeto de determinar su idoneidad y eficacia, para a su vez contrastar dichos resultados con las consecuencias que resultan de su aplicación, las cuales parecieran generar más daño del que subsanan, me permito enunciar algunas de las conclusiones generales que han surgido de este trabajo, intentando abarcar los puntos más relevantes del mismo.

Uno de los puntos más importantes en el sentido de posibles soluciones a la crisis de criminalidad que actualmente afecta a Ecuador consiste en la implementación de medidas preventivas además de las medidas punitivas. Dentro de los primeros capítulos se hizo referencia a los varios pronunciamientos por parte de organismos internacionales en donde se recomendaba a los países de Latinoamérica la implementación a las políticas contra la delincuencia de medidas preventivas ya que actualmente los mecanismos y planes del gobierno para combatir la criminalidad se basan enteramente en políticas de corte punitivo, cuyo uso incluso se ha expandido debido a la gran influencia de las teorías expansionistas del derecho penal y del populismo penal, los cuales proponen el endurecimiento de las penas privativas de la libertad y la reducción de garantías y beneficios en materia penitenciaria. En su lugar, dentro de este trabajo se planteó la introducción de planes preventivos focalizados cuya efectividad tenga un sustento empírico y la comprobación de sus resultados pueda desprenderse de la simple observación de los resultados obtenidos en otros países que si los han aplicado como Estados Unidos y Chile.

Así también, es importante empezar a tratar el problema de raíz al dar tratamiento a los factores socio-económicos que propician la criminalidad. Dentro de este trabajo se analizó cada uno de los factores que consideré son los más relevantes a la hora de propiciar en lo individuos el cometimiento de conductas criminales, puesto que de las varias teorías sociológicas descritas en el mismo apartado se desprende la importancia que tienen factores tales como el nivel de educación a la hora de aportar al capital humano de un individuo e incidir en las posibilidades de conseguir un trabajo bien remunerado en el futuro, así también sería relevante lo aportado por Merton cuando manifestó que la frustración producida a los individuos por la falta de acceso a medios legítimos para la consecución de los objetivos establecidos por la sociedad los lleva a hacer uso de medio ilegítimos para conseguir dichos objetivos.

De la misma forma, se habló también de la importancia de reservar la aplicación de la pena privativa de la libertad por parte de los operadores judiciales únicamente para circunstancias en las que realmente no exista otro mecanismo idóneo para garantizar la comparecencia de los procesados, esto en obediencia al principio de mínima intervención del derecho penal, según el cual tanto el uso del derecho penal como el uso de la pena privativa de libertad deberán ser recursos de ultima ratio debido a los impactos potencialmente negativos que provocan en la vida de los individuos, muchos de los cuales fueron expuestos dentro de este trabajo y los cuales incluirían la degeneración del individuo al estar expuesto al ambiente criminógeno de la cárcel, combinado con los sentimientos negativos causados por el encierro en condiciones inhumanas y soportando constantemente prácticas violatorias de los derechos humanos.

Por último, se mencionó que la actual crisis carcelaria en Ecuador, si bien es un problema que deriva de la combinación de muchos factores, no sería erróneo establecer gran parte de dicho problema se debe o se ha agravado aún más debido a la falta de acción y/o toma de control de las cárceles por parte del Gobierno ya que actualmente el control de facto de las cárceles del país lo tienen las bandas criminales, lo cual es el origen mismo de los picos de violencia que se han venido suscitando en los últimos tiempos ya que el hecho de dominar una cárcel proporciona a dichas bandas criminales grandes réditos que provienen no solo de las funciones administrativas que se toman y de las que se benefician sino también de la comercialización y distribución de droga que se realiza abiertamente dentro de los centros de privación de libertad, razón por la que, el desinterés y falta de acción por parte del gobierno, en combinación con la incidencia del narcotráfico y el autogobierno en las cárceles del país serían los factores más relevantes de la actual crisis, la cual, por supuesto, se agrava al añadir todos los otros factores que empobrecen la calidad de vida dentro de dichas instituciones tales como el hacinamiento, las pobres condiciones estructurales, los deficientes servicios básicos que tienen los PPL, la casi nula cantidad de programas destinados al desarrollo de sus capacidades, entre otros.

REFERENCIAS

- Achutti, D. (2015). Abolicionismo penal y justicia restaurativa: Del idealismo al realismo político-criminal. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 55-74.
- Álvarez Alcívar, M. F. (2008). La ejecución de la pena: Un acercamiento desde el derecho penal mínimo. En Varios, *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 121-143). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Andrade Vera, R. P. (2006). Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da ESMESC*, 13(19).
- Antón-Mellón, J., Alvarez, G., & Rothstein, P. (2017). *El populismopunitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas*. Madrid: Revista Española de Ciencia Política.
- Asamblea Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Quito: Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2006). *Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social*. Quito: Comisión de Legislación y Codificación.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Pleno de la Asamblea Nacional.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Desafíos Constitucionales: La Constitución del 2008 en el contexto Andino. *Neoconstitucionalismo y Sociedad. Serie Justicia y Derechos Humanos*, 19-38.
- Ávila Santamaría, R. (2008). La rehabilitación no rehabilita. En Varios, *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 143-163). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2010). *Prevención del Delito y la Violencia en América Latina y el Caribe: Evidencia de las Intervenciones del BID*. Washington D.C: Oficina de Evaluación y Supervisión, OVE.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Desarrollo en las Américas: mejor gasto para mejores vidas*. (A. Izquierdo, C. Pessino, & G. Vuletin, Edits.) Washington D.C.
- Baratta, A. (1982). *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Argentina: Siglo XXI.
- Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Buvinic, M., Morrison, A., & Orlando, M. (2005). Violencia, crimen y desarrollo en América Latina. *Papeles de población*, 167-214.
- Cabrera Trujillo, J. (2018). Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia. *Revista Republicana*, 135-160.
- Calle Romero, M., & Zamora Vázquez, A. (2021). Las nuevas víctimas del Sistema de Rehabilitación Social Ecuatoriano. *Polo del conocimiento*, 6(12), 1191-1214.
- Cárdenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual. *Sociologias Dossê*, 18(41), 196 - 214. Obtenido de <https://doi.org/10.1590/15174522-018004107>
- Carrera, F., Govea, F., Hurtado, G., & Freire, C. (2019). Estudio Correlacional de Factores como Desempleo e Índices de Delincuencia en Ecuador. *Información Tecnológica*, 30(3), 287-294.

- Castillo Cuchuyrumi, G., Apomayta Huanca, M., Vilca Vilca, A., Centeno Quispe, M., Quispe Yucra, L., & Lipa Mullisaca, B. (2022). La prisión preventiva desde la óptica de la criminología. *Revista de Derecho. Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano*, 7(1), 102-124.
- Cevallos Kristensen, M. J. (2018). *Cruz Ponce /Asociados. Estudio Jurídico*. Obtenido de Generalidades: Funcionalismo Normativista de Gunther Jakobs: <https://www.cruzponceabogados.com/single-post/2018/09/28/generalidades-sobre-el-funcionalismo-normativista-de-g%C3%BCnther-jakobs>
- Christie, N. (1981). *Limits to Pain. The role of punishment in penal policy*. Oregon : Wipf and Stock Publishers.
- Cid Moliné, J. (2007). ¿Es la prisión criminógena? Análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena. *Revista de derecho penal y criminología*, 427-456.
- Coba Mejía, L. (2008). "Rehabilitación", el verdadero castigo. En Varios, *Ejecución penal y derechos humanos una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 63-118). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington D.C: Organización de los Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas privadas de la libertad en Ecuador*. Washington D.C: Organización de Estados Americanos.
- Corredores Ledesma, M. B. (2008). La pena privativa de la libertad y el sistema penitenciario: Análisis de nuestra realidad. En Varios, & C. Silva Portero (Ed.), *Ejecución penal y derechos humanos: Una mirada crítica a la privación de la libertad* (págs. 201-224). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cruz Rodríguez, A. P. (2020). *Efecto de la educación sobre la delincuencia: Evidencia empírica para Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Dafoe Whitehead, B. (1993). Dan Quayle was right about single-parenting families. *The Atlantic Monthly*.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informes de visitas a Centros de Rehabilitación Social*. Quito: Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *Informe anual 2019*. Quito: Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Defensoría del Pueblo. (2019). *Informe de la visita al Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur*. Quito: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Defensoría del Pueblo. (2021). *Informe anual 2020* . Quito: Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Demetrio Crespo, E. (2004). Del “Derecho Pnal Lberal” al “Derecho Penal de Enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 87-115.
- Echeverría Andrade, M., & Alvaracín Jarrín, A. (2022). Castigo y exclusión en Ecuador. Un enfoque desde la teoría criminológica crítica. *FORO. Revista de Derecho*, 37, 181-201.
- Ermundo, J., & Márquez, A. (2022). Breves apuntes sobre la expansión del Derecho penal. A propósito de la realidad Argentina. *Revista Pensamiento Penal*, 1-14.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Folter, D. (1989). *Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal*. Buenos Aires: AAVV.
- Gamboa Pazmiño, A. (2018). *Las finalidades del régimen de rehabilitación social en relación a la protección de derechos de las personas privadas de libertad para su reinserción social*. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- Goite Pierre, M., Medina Cuenca, A., Fernández Romo, R., Huertas Díaz, O., & Lorena Ruiz Herrera, A. (2016). Globalización, derecho penal mínimo y privación de libertad. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 19(38), 109-126.
- González Malla, J. P., & Armijos Campoverde, H. (2021). La crisis penitenciaria en Ecuador y la vulneración sistemática de los derechos humanos. *AXIOMA - Revista Científica de Investigación, Docencia y Proyección Social*, 66-72.
- González Zorrilla, C. (1997). "Suspensión de la pena y 'probation'". *Penas alternativas a prisión*. Sevilla: Bosch.
- Gracia Martín, L. (2015). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02:1 - 02:43 .
- Hulsman , L., & Bernat de Celis, J. (1997). *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2023). *Censo Penitenciario 2022*. Quito: INEC. Boletín Técnico N°02-2023-CP.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (2005). *La pena estatal: Significado y finalidad. El fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Lima: Ara.
- Kliksberg, B. (2002). El crecimiento de la criminalidad en América Latina: Un tema urgente. *Multiciencias*, 2(2), 85-91.
- Lochner, L. (2004). Education, work an crime: a human capital approach . *International economic review*, 45(3), 811- 843.
- Lochner, L., & Moretti, E. (2004). The Effect of Education on Crime: Evidence from Prison Inmates, Arrests, and Self-Reports. *American Economic Review*, 94(1), 155-189.
- Medina Cuenca, A. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad. *US. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 87 - 116.
- Merton, R. (2002). *Teoría y estructuras sociales*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú. (2020). *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo penal acusatorio*. Lima: Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.
- Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 825-852.
- Mouzo, K. (2012). Inseguridad y "populismo penal". *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 43-51.
- Muñoz Conde, F., & Gracia Arán, M. (1998). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Nuñez Leiva, J. I. (2009). Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. *Revista Electrónica Política Criminal*, 383 - 407.
- Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. (2018). *Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social*. Quito.
- Pazmiño Granizo, E. (17 de mayo de 2011). *Derecho Penal Mínimo*. Obtenido de Foro de Derecho Ecuador .
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Pérez Correa, C. (2013). Marcando al delincuente: Estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología*, 75(2), 287-311.
- Pontón, D. (2022). Las nuevas cárceles en Ecuador: un ecosistema para la reproducción del crimen complejo. *UNIVERSITAS Revista de Ciencias Sociales y Humanas* , 173-199.
- Punín Tandazo, P. (2022). Incongruencias de un sistema rehabilitador: severidad, cifras, limitantes y alternativas. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 42(113), 265-290.

- Regalado Miño, C. (2021). *Afectación al principio de mínima intervención penal con la eliminación de salidas alternativas a la pretensión punitiva estatal en el sistema penal ecuatoriano*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Romero Miranda, L. (2019). Prisionización: Estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno. *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 24, 42-58.
- Sarmiento, A., Ghiso, C., Siderakis, M., & De Simone, C. (2016). Aproximación teórica: Efectos de la privación de libertad en jóvenes infractores de la ley penal. *Anuario de Investigaciones. Universidad de Buenos Aires*, 237-241.
- Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. (2020). *Instructivo Interno para la Aplicación de los Beneficios Penitenciarios Contemplados en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social*. Quito: SNAI.
- Silva Sánchez, J.-M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas.
- Teijón Alcalá, M. (2020). La Teoría General de la Frustración: una explicación del delito a nivel individual. *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 1-67.
- Torres Ávila, J. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 138-166.
- Torres Vásquez, H., Tirado Acero, M., & Trujillo Florián, S. (2018). El Funcionalismo Radical Penal a partir de la bioética. *Revista Republicana*, 179 - 198.
- Verdugo Lazo, J. (2023). La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral. *FORO Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, 86-105.
- Zaffaroni, E. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: Librería Ibañez.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.