UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

SEDE LOJA

Tesis previa a la obtención del título profesional de:

ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Tema:

"NECESIDAD DE IMPLEMENTAR SANCIONES SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO."

AUTOR:
Juan Carlos Cisneros Sánchez

DIRECTOR:
Dr. Marco Boris Aguirre Torres, Mg. Sc.

Loja – Ecuador
2011

Dr. Marco Boris Aguirre Torres, Mg. Sc.

PROFESOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR.

C E R T I F I C A:

Que el señor egresado Juan Carlos Cisneros Sánchez, ha elaborado la presente tesis bajo mi personal dirección y orientación, por lo que cumpliendo los requisitos exigidos a un trabajo de su categoría autorizo su presentación para los fines pertinentes.

Loja, septiembre de 2011

Dr. Marco Boris Aguirre Torres, Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

A U T O R Í A

Las citas bibliográficas, conceptos, ideas y criterios expresados en la presente investigación, son de mi exclusiva responsabilidad.

Loja, septiembre de 2011

Juan Carlos Cisneros Sánchez

A G R A D E C I M I E N T O

Al culminar la presente investigación, considero que es un deber fundamental, manifestar mi agradecimiento a la Universidad Internacional del Ecuador, Sede Loja, y especialmente a su Carrera de Derecho, en la persona de sus distinguidas autoridades.

Así mismo, expreso mi sentimiento de gratitud hacia cada uno de los brillantes catedráticos que con verdadera mística de maestros supieron transmitirse sus vastos conocimientos en el excelso campo del derecho; de manera especial agradezco al **Sr. Dr. Marco Boris Aguirre Torres, Mg. Sc.**, joven baluarte del Derecho Penal, excelente maestro y gran ser humano, quien con sabiduría y generosidad ha ejercido la dirección de la presente Tesis.

El Autor

DEDICATORIA

A Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mis padres, José y Marcia, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, por sus valores, por la motivación constante, por los ejemplos constantes de perseverancia y constancia que los caracterizan y cuyo amor debo la vida y con cuyo esfuerzo han fructificado mis sueños. Gracias por confiar en mí y darme la oportunidad de culminar esta etapa de mi vida.

A mis hermanos, maravillosos compañeros de camino.

A mi abuelita, Jovita, gracias por su paciencia, por enseñarme el camino de la vida, por tus consejos, por el amor que me has dado y por tu apoyo incondicional en mi vida y por llevarme en tus oraciones porque estoy seguro de que siempre lo haces.

Con todo mi corazón.

Juan Carlos

SUMARIO DE TESIS

TEMA:

"NECESIDAD DE IMPLEMENTAR SANCIONES SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO."

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1. Concepto de Derecho Penal

1.2. Características del Derecho Penal

1.3. La Pena. Conceptos.

1.4. Evolución Histórica de la Pena.

1.5. Finalidades sociales de la Pena.

CAPÍTULO II

BASES TEÓRICAS SOBRE LA PENA

2.1. Evolución Histórica de las Ideas Penales.

2.2. Clasificación Tradicional de la Pena.

2.3. Características de la Pena.

2.4. El Problema de Investigación en el Derecho Comparado.

CAPÍTULO III

LA FALTA DE SANCIONES SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL.

3.1. La pena en el Marco Constitucional del Ecuador.

3.2. El Marco Sancionador del Código Penal.

3.3. La inaplicabilidad de Sanciones Sustitutivas a las Penas de Privación de Libertad por incumplimiento del principio de legalidad.

3.4. Requisitos para la Aplicación de Sanciones Alternativas a la Pena de Privación de Libertad.
3.5. El Derecho a la Libertad y su Afectación en el Sistema Penal Ecuatoriano.
3.6. La Tendencia de Aplicación de Penas Privativas de Libertad y la Realidad Carcelaria Nacional.

CAPÍTULO IV
RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO
4.1. Presentación de resultados de aplicación de Encuesta.
4.2. Verificación de Objetivos.
4.3. Contrastación de Hipótesis.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
5.1. Conclusiones
5.2. Recomendaciones
5.3. Proyecto de Reforma al Código Penal.

Bibliografía
Anexos
Índice

RESUMEN

La presente tesis se concreta al estudio de la compleja problemática que se produce como efecto de la evidente desarmonización que existe entre nuestra legislación penal y las modernas corrientes del Derecho Penal, que se dirigen hacia la humanización de la sanción, y a desterrar la venganza privada o pública como fundamento de aquella, así como dirigiendo un buen número de delitos, especialmente de aquellos llamados bagatela, hacia el ámbito administrativo, dando lugar al desarrollo de un Derecho Penal de mínima intervención.

Es evidente que la sanción penal en nuestra legislación históricamente no ha conocido otras consecuencias jurídicas del delito que no sean las penas privativas de libertad, por lo que, a partir del año 1998 se estableció en nuestra legislación constitucional, como una garantía del debido proceso, el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, y la posibilidad de sustituir las penas de privación del bien jurídico fundamental de la libertad, por otras sanciones menos dañosas, acorde a tres factores sustanciales que son: a) Las circunstancias específicas de cada caso; b) La personalidad del infractor; c) Las necesidades específicas en materia de rehabilitación social. Este principio se ha desarrollado de manera notoria en la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre del 2008, donde en el Art. 77, numeral 11, se determina que los jueces aplicarán de forma prioritaria sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, conforme a los elementos ya antes anotados; sin embargo, este importantísimo precepto constitucional, producto de la maduración de las ideas penales en nuestro país, hasta el momento no puede ser aplicado, por cuanto es evidente que el Art. 76, numeral 3,

del mismo ordenamiento constitucional, de manera categórica determina que no se podrán aplicar sanciones que no se encuentren debidamente establecidas, es decir, con anterioridad a la infracción, en la ley, y como se observa en el desarrollo de la presente tesis, las sanciones alternativas a que se refiere el Art. 77, numeral 11, del ordenamiento constitucional no están singularizadas en el Código Penal, pues el Art. 51 de dicho ordenamiento, observa las clásicas penas de prisión y reclusión, y como sanciones accesorias la multa y el comiso, y otras presuntas sanciones que tienen más una naturaleza de medidas de seguridad.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales la libertad ha sido, después de la vida, uno de los atributos más importantes de la personalidad humana, y por tanto su conservación es una de las preocupaciones esenciales de cualquier hombre o mujer, en todas las instancias y momentos de su vida; y es precisamente, en consideración a la valoración de este tributo, que el Derecho Penal, desde sus primeras manifestaciones se dirigió a afectar este derecho, como forma de castigar a quien haya incurrido en un acto infractor, conforme a las culturas e ideas punitivas que se han sucedido en las diversas civilizaciones que conforman la humanidad.

No han sido pocos los tratadistas que han calificado al Derecho Penal como el legitimador de prácticas bárbaras y destructoras de la personalidad humana, que en muchos casos buscan la eliminación definitiva del delincuente como forma de combatir el delito, pero esencialmente como una venganza pública, que también satisface la venganza privada de los ofendidos y agraviados. Sin embargo, el moderno Derecho Penal, caracterizado por el constitucionalismo y el humanismo que viene cobrando fuerza en los últimos tiempos, se orienta a una reconcepción de la pena, aplicándola como una práctica necesaria e indispensable en aras de la seguridad y la justicia social, y solamente en los casos en que no queda otra alternativa. Y es por esto, que se viene hablando del Derecho Penal de mínima intervención y de la alternabilidad de las penas privativas de libertad, lo que no solamente es una elección, sino una necesidad indispensable en virtud del rotundo fracaso que han sufrido los sistemas penitenciarios convencionales, que no solo que son destructivos de la personalidad humana, y alentadores de las peores aberraciones de

quienes a ellos han sido sometidos, sino que constituyen verdaderas escuelas del crimen, donde se incuban los más terribles delitos y se cimenta una reincidencia cada vez más incisiva.

Consciente de esta problemática, la nueva Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre de 2008, acogiéndose a la corriente humanista que caracteriza al Derecho Penal contemporáneo, en el Art. 77, numeral 11, establece la obligatoriedad de las juezas y jueces, de aplicar de forma prioritaria sanciones alternativas a la privación de la libertad, contempladas en la ley, considerando para ello las circunstancias específicas de cada caso, la personalidad del infractor y la exigencias de reinserción social de la persona sentenciada; sin embargo, este claro mandato constitucional y principio de aplicación de consecuencias jurídicas del delito, no es por el momento aplicable en nuestro país, por cuanto el Art. 66, numeral 3, del mismo ordenamiento constitucional, prohíbe la aplicación de penas que no se encuentren claramente establecidas en la Ley, y el tradicionalismo de nuestra legislación sustantiva penal aún contempla únicamente la privación de la libertad como sanción primordial e inamovible, además de las medidas de seguridad que han de adoptarse en cada caso, a excepción de unas pocas conductas típicas intrascendentes que son reprimidas únicamente con sanciones pecuniarias. Es con base en este problema que he resuelto elaborar mi tesis de abogacía con el tema: "NECESIDAD DE IMPLEMENTAR SANCIONES SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO", términos en los que pretendo brindar una idea general de la problemática de investigación.

Los contenidos teóricos y de campo correspondientes al presente trabajo, se han organizado de la siguiente manera: En el capítulo primero se analiza en forma detenida los conceptos del Derecho Penal y de la pena como fundamento sustancial de éste, al menos en las escuelas tradicionales, la naturaleza de aquellos, su trascendencia social y sus manifestaciones en las diversas épocas de la evolución histórica de la humanidad, hasta llegar a los tiempos actuales. Asimismo, analizo en forma pormenorizada lo que respecta a las definiciones jurídicas, naturaleza, finalidades y clasificación de la pena. En los dos capítulos posteriores se analiza el fundamento de la pena en el derecho constitucional y su normatividad en el Código Penal, prestando especial atención al significado y clasificación de las penas privativas de libertad, sanciones accesorias y medidas de seguridad que se prevé en dicho cuerpo normativo. Más adelante analizo en forma muy detenida lo que respecta a la alternabilidad de penas prevista en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, así como a la prohibición que contiene la misma Ley suprema con respecto a la posibilidad de aplicación de sanciones que no se encuentren previstas en la Ley, por lo que se llega a la conclusión que de hecho es inaplicable el Art. 77, numeral 11, de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto como sabemos el Art. 51 del Código Penal que enuncia las penas aplicables en nuestro sistema punitivo no contempla sanciones alternativas que resulten más efectivas socialmente y que promuevan una verdadera rehabilitación de los infractores.

A continuación se procede a la presentación de los resultados obtenidos en el trabajo de campo, y sobre dicha base más adelante se procede a la verificación de objetivos e hipótesis.

Finalmente se elaboran las conclusiones y recomendaciones a las que se ha podido llegar en el proceso de desarrollo de este estudio, y como producto del desarrollo de todo este proceso investigativo se procede a la elaboración del Proyecto de Reforma del Código Penal, proponiendo el establecimiento de sanciones alternativas a las penas privativas de libertad, conforme es aspiración de legislador constitucional manifiesta en el Art. 77, numeral 11, de la Constitución de la República del Ecuador.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1. **CONCEPTO DE DERECHO PENAL.**

Desde una perspectiva general, se considera que el Derecho Penal "es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas órdenes. La pena es la pérdida o disminución de sus derechos personales que la ley impone a una persona (el delincuente) como consecuencia de determinados hechos (el delito)."[1]

Para Goldstein, el Derecho Penal es "el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora (Jiménez de Asúa). Es, por lo tanto, el conjunto de aquellas normas ético-jurídicas, que son consideradas, en un determinado momento histórico y en un determinado pueblo como absolutamente necesarias para el mantenimiento del orden político-social, y que por eso son impuestas por el Estado mediante las sanciones más graves (Manzini). Concretamente, es la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles (Núñez), y aún más concisamente: el conjunto de normas jurídicas que vincula la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido (Mezger)."[2]

---

[1] ZAMBRANO P., Alfonso, Manual de Derecho Penal, 4ta. Edición, Edit. Edino, Guayaquil, 2002, pág. 47.

[2] GOLSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 247.

En la obra Régimen Penal Ecuatoriano, se establece el siguiente concepto: "El derecho penal puede ser visto, y conceptualizado, desde una doble perspectiva. Fuera del ámbito estrictamente jurídico, la sociedad considera al Derecho Penal, a las leyes penales, como un mecanismo de control social y represión, conjuntamente con la policía y los jueces, que se ha vuelto necesario porque la experiencia de la vida social demuestra que, en determinados momentos, ciertos individuos incurren en conductas que atentan gravemente contra los derechos de los demás y que, en general, desconocen las reglas básicas que rigen la convivencia. Desde épocas muy antiguas, anteriores inclusive a la organización del Estado, estos hechos han sido condenados desde el punto de vista de la religión y de la moral, pero también han sido reprimidos con dureza."[3]

Personalmente, considero que el Derecho Penal es el conjunto de normas punitivas establecidas por el Estado, en base a la doctrina que adopta, a la conciencia social, a los rasgos ideológicos y culturales de la sociedad que representa, sancionando todas las conductas que el ente estatal considera lesivas a los derechos que él tutela, y que justamente busca efectivizar dicho tutelaje a través de las normas penales, que como su nombre lo indica, presupone la aplicación de una pena, cuando la conducta del infractor se adecúe al tipo penal previsto por el legislador para proteger la vida en sociedad y los derechos individuales de las personas.

El Derecho Penal, a más de su importantísima función preventiva del delito, no solo está orientado a la represión de las conductas dañosas de la vida en sociedad, o lesivas a los

[3] RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones Legales, Corporación MYL, Quito, marzo de 2010.

derechos de los ciudadanos tutelados por el Estado; pretende también la reeducación del reo, así como la previsión de los mecanismos para lograr su reinserción social.

Debe recordarse que la formulación de la ley penal, tiene su nacimiento en la facultad punitiva que se atribuye el Estado, en aras de la protección social. La ley salvaguarda la supremacía del ente estatal en su deber de conductor social, y a su vez amenaza con una pena a todo hombre que altere con cualquier conducta, establecida como punible, la normal convivencia de los ciudadanos.

El estudio científico del Derecho Penal debe ser realizado a través de la forma concreta que él asume en la realidad social. La ley penal es formulada como un juicio hipotético, en el cual se señala primeramente una situación de hecho, y enseguida se indica una consecuencia, para el caso de que dicha situación se produzca, que en el caso concreto de la ley penal, es una pena. Quién más a fondo estudió por primera vez la estructura de la ley penal fue el jurista alemán Karl Binding, es su obra "Las Normas y su Infracción". La ley no agota para él el campo penal: sobre ella está la norma, que no es un juicio hipotético, sino categórico: impone simple y llanamente una obligación. En ese sentido, dice Binding, es un error decir que el delincuente viola la ley, pues cuando la ley dispone: El que mate a otro, sufrirá tal pena, no está en verdad prohibiendo que se mate, sino únicamente disponiendo que si alguien lo hace (caso hipotético) debe manifestarse tal o cual consecuencia. Luego, el delincuente no viola la ley penal, sino que, paradójicamente, más bien la cumple, pues si de hecho, alguien mata y luego se le impone la pena, la ley penal ha obtenido pleno y acabado cumplimiento. La primera parte de la ley penal no es un precepto, es una descripción, y por añadidura, la descripción de una conducta que se

supone contraria al precepto. El precepto mismo, que en el ejemplo sería "no matar", se encuentra en la norma, que es algo distinto de la ley y superior a ella. ¿Dónde se encuentran las normas?. KELSEN las analiza y concluye que "la mayor parte de ellas se encuentran en las otras ramas del Derecho, y aún hay muchas que no se encuentran en el ordenamiento jurídico mismo, sino que se hallan en una zona suprajurídica, social, moral, cultural, religiosa, filosófica, etc."[4]

Esta concepción ha marcado rumbos en la orientación de los estudios jurídicos y filosóficos posteriores: destacados juristas como: Thon, Zitelman, Hold Von Ferneck, Stammler y Max Ernest Mayer, hacen de esta idea el centro de sus investigaciones. Tal vez quienes más han avanzado en su intento de hacer una ciencia del Derecho autónoma, fundamentada en el estudio de la norma jurídica penal, son Hans Kelsen, creador de la llamada "teoría pura del Derecho", y sus discípulos. Para Kelsen, es rechazable el dualismo de Binding. Lo que ocurre con la ley es que en ella se encuentran dos normas distintas: una explícita, que se dirige al órgano del Estado (juez) ordenándole imponer pena en determinadas circunstancias; la otra, implícita, que se dirige a la generalidad de los ciudadanos y les ordena abstenerse de realizar la conducta sancionada (norma primaria y secundaria, las llama Kelsen). Hay, claro está, otras normas en la sociedad, pero no son normas jurídicas, si no aparecen, explícita o implícitamente, en la ley.

Según Kelsen, "A pesar que la doctrina de las normas de Bingind no es, en general, aceptada hoy día en la formulación primitiva de este autor, se admite en principio que las normas jurídicas son autónomas, aunque su existencia dependa de la existencia de una

[4] ZAMBRANO, Alfonso, Obra Citada, p. 49.

ley. En este sentido, dada la ley, se deduce de ella la norma que pasa a ser lógicamente autónoma: es un mandato abstracto. Y como el solo mandato no señala consecuencia ninguna para el caso de desobediencia, debe concluirse que todas las normas son de la misma naturaleza: simplemente jurídicas. Lo que la norma prohíbe es ilícito. Pero si la infracción acarrea como consecuencia una pena o sólo una indemnización de perjuicios, eso ya no lo dice la norma, sino la ley. Las normas, en consecuencia, no son penales ni civiles, sino simplemente jurídicas. Esto es lo que se quiere decir cuando se expresa que el Derecho Penal es sancionatorio: que lo propio y característico del mismo se encuentra en la sanción (que es la pena), y que el precepto en nada se diferencia del existente en cualquiera otra rama del Derecho."[5]

Así, analizando solamente los preceptos: "Nadie debe matar a otro y los dementes no deben contratar", es imposible decir cuál es civil y cuál es penal. Solamente la sanción para la contravención, que es una pena en el primer caso y la nulidad en el segundo, nos mostrará una diferencia, no entre las normas o preceptos, sino entre sus sanciones o consecuencias. Contra este carácter del derecho penal, se sostiene; tiene la calidad de autónomo: el derecho penal crearía tanto el precepto como la sanción. Se señala al respecto que hay muchas normas o preceptos cuya existencia se deduce exclusivamente de leyes penales, y no de otra clase de leyes. En realidad, eso es efectivo, pero no es un argumento contrario al carácter sancionatorio del derecho penal. Lo que verdaderamente ocurre es que las normas se desprenden del tenor de las leyes (que pueden ser civiles, administrativas, y naturalmente, las propias leyes penales), y se independizan de ellas, pues tienen un carácter esencialmente imperativo y abstracto; aunque tengan distinto

[5] ZAMBRANO, Alfonso, Obra Citada, pág. 42.

origen, todas tienen la misma naturaleza. Sólo la sanción distingue al derecho penal de las demás ramas del derecho. Afirmar el carácter sancionatorio del derecho penal no significa, por lo tanto, postular su dependencia o subordinación a las demás ramas del derecho, sino únicamente admitir la unidad total del orden jurídico."[6]

Las disposiciones legales son dictadas por quienes ejercen gobierno en una sociedad organizada, es decir, por quienes tienen jurídicamente la capacidad de imponer su voluntad a los demás ciudadanos, aunque obviamente en un Estado democrático, acceder a la posibilidad de legislar en función de la voluntad soberana del pueblo expresada en las urnas; por ende, los preceptos legales se legislan en función de un determinado sistema de creencias o de ideas filosófico-sociales, tiene ciertos ideales acerca de la forma en que la sociedad debe funcionar. Luego, advierte que determinadas conductas son necesarias para que ese funcionamiento ideal se produzca, y en consecuencia, las consigna en la ley; y en cambio hay otras que son perjudiciales para tal ideal, y en consecuencia, las prohíbe. Cuando impone conductas, es porque las estima necesarias; cuando las prohíbe, es porque las estima dañosas. El legislador considera dañosa una conducta cuando viola un interés. El interés es la posición de un sujeto frente a un bien, y bien es todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, material o ideal (individual o social). El fin de la norma, y en último término, del derecho todo, es entonces la protección de los intereses. El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan.

[6] ZAMBRANO, Alfonso, Obra Citada, pág. 53.

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal, como disciplina esencial de las Ciencias Jurídicas, presenta algunas características que en lo principal, se refieren a lo siguiente:

Es un ordenamiento de Derecho Público.- La función represiva está reservada en forma exclusiva hoy día al Estado. Sólo éste puede dictar normas que establezcan delitos e impongan penas. Podría todavía decirse que esta potestad punitiva representa por excelencia el poder interno: el imperio o soberanía interior del Estado.

La ley penal es pública por su establecimiento y aplicación prevalece el interés público por sobre los intereses particulares que pudieren haber quedado afectados por la conducta delictiva. Cuando, por ejemplo, alguien mata o estafa a otro, se ha producido sin duda un atentado contra un bien jurídico particular; pero la sanción penal no se impone con un afán vindicatorio, ni siquiera intenta reparar el daño causado, lo cual en muchos casos es imposible. Se sanciona, en último término, para mantener en pie la protección a la vida o a la propiedad, no sólo como un derecho individual, sino como un derecho general, que importa al Estado seguir manteniendo y defendiendo, por encima de las violaciones concretas que se hayan cometido contra esos derechos. Lo que está en juego, entonces, es el respeto a la "vida" y no únicamente la vida de tal o cual persona. Por eso será también homicida el que mate a un condenado a muerte, que iba a ser ejecutado al día siguiente. Aunque en este caso podría sostenerse que el interés individual ha desaparecido y que el homicida ha coincidido con lo resuelto ya por el Estado, sigue en pie el interés público, más allá de cualquier circunstancia o situación concreta.

"Naturalmente el Estado concede a los particulares agraviados por el delito el derecho de reclamar las indemnizaciones o reparaciones a las que crea ser merecedor; e inclusive la mayoría de las legislaciones le permiten al agraviado ser parte en el juicio penal como acusador particular, con el mismo objetivo ya señalado. Posiblemente el caso más extremo es aquel en el cual el Estado deja en manos del agraviado la iniciativa procesal (delitos perseguibles solo por acción penal privada: Art. 36 del Código de Procedimiento Penal), a tal punto que si el agraviado no acusa no habrá juicio penal. Pero, aún en estos casos se mantiene el carácter público de las normas penales."[7]

Como consecuencia directa y necesaria del carácter público del Derecho Penal, sólo el Estado:

- Dicta leyes que determinan los delitos y las penas correspondientes;
- Establece tribunales y juzgados para la administración de la justicia penal, es decir para comprobar la existencia de conductas delictivas, determinar las respectivas responsabilidades e imponer las penas preestablecidas;
- Ejecuta las penas impuestas en sentencia, luego del juicio correspondiente.

Es un regulador externo. La actitud antisocial del sujeto, su rebeldía frente a la orden dada por el derecho, debe revestir una forma externamente apreciable para que pueda ser sancionada. "Desde el Digesto se admite el principio *"cogitationis poenam nemo patitur"* (los pensamientos no son penados). La norma jurídica, a diferencia de la moral, no puede

[7] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones Legales, Corporación MYL, Quito, marzo de 2010.

ser desobedecida sino externamente, pues sólo a dicha clase de actos se refieren las disposiciones."[8]

Es un orden normativo (o imperativo). La norma jurídica siempre manda o prohíbe. Contiene órdenes encaminadas a obtener o evitar determinadas conductas por parte de los ciudadanos. No son simples afirmaciones de hechos, ni pronósticos, sino que pretenden verdaderamente modelar el futuro, influyendo sobre la forma en que los hombres se comportan. Esta característica ha sido modernamente puesta en duda por algunas corrientes de filosofía del derecho, pero constituye en verdad la piedra angular de todo el edificio jurídico-penal.

Es un ordenamiento aflictivo. Es ésta tal vez la característica más específica y propia del Derecho Penal, pues las anteriores las comparte, en mayor o menor grado, con otras ramas del derecho. Toda regla jurídica contempla un precepto: algo que debe hacerse o no hacerse, y una sanción; la consecuencia que la ley establece para el caso de contravenir. Lo que caracteriza al derecho penal es que la sanción que sus preceptos señalan, es lo que hemos llamado la pena, o sea, una pérdida o disminución de derechos personales que el transgresor debe sufrir, y que el Estado debe imponerle por medio de sus órganos. Esta especial característica del derecho penal da origen a una controversia acerca del carácter autónomo o sancionatorio de esta rama del derecho, es decir, si lo propio del derecho penal es tanto el precepto como la sanción, o solamente la sanción, esto es, la pena.

[8] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones Legales, Corporación MYL, Quito, marzo de 2010.

1.3. LA PENA. CONCEPTOS.

La pena, como categoría sustancial e imprescindible del derecho penal, muy concretamente significa: "Disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal."[9]

Para Cabanellas, la pena es una "Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados".[10]

El mismo Cabanellas, dice que "Etimológicamente «pena» procede del latín *poena*, derivado a su vez del griego *poine* o *penan*, donde significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento."[11]

Según el Dr. Manuel Sánchez Zuraty, la pena es la "Sanción establecida en la ley para castigar los delitos tipificados legalmente."[12]

La enciclopedia Microsoft Encarta 2010, considera a la pena, como la "sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente."[13]

---

[9] GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 301.
[10] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002, p. 279.
[11] Ibidem, p. 281.
[12] SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1999, p. 312.
[13] MICROSOFT, Encarta 2010, Enciclopedia Informática, On Line.

Recopilando todas estas definiciones, se puede llegar a la conclusión que la pena se erige como la consecuencia inmediata del delito que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo, dolor para el reo, buscando que de esta manera compense el mal causado, así como enmiende su conducta, cuando se trata de penas orientadas a la rehabilitación del reo, pues en otros casos se aplican penas tan drásticas, como la pena de muerte, que significa la eliminación del reo, como medida para lograr el temor de los demás hombres a incurrir en las normas penales, así como para lograr la prevalencia de la vida en sociedad, aunque este segundo objetivo, es absolutamente secundario, pues está comprobado que penas tan drásticas, lo único que buscan es sembrar en los demás ciudadanos un temor tan grande que definitivamente los haga disuadir ante la eventual tentación de delinquir.

Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores, entre otras.

Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo (rige el denominado principio de legalidad), y obliga a su ejecución una vez que haya recaído sentencia firme dictada por el tribunal competente.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario; debiendo señalar que en nuestra legislación ecuatoriana el arresto domiciliario es una medida cautelar.

Igualmente, cabe la posibilidad de que la condena al reo no suponga privación de libertad pero sí su reducción, lo que sucede, por ejemplo, en la denominada pena de extrañamiento, que supone la expulsión del condenado del territorio nacional por el tiempo que dure la condena; o la pena de destierro, que supone la prohibición del penado de entrar en puntos concretos del territorio nacional detallados en la sentencia.

En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al reo el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho de sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos de motor.

En no pocas legislaciones las penas se gradúan según criterios legales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar. Por ejemplo, en un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, el juez o bien el tribunal, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado de participación del autor (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena dentro de esos márgenes que establece la ley (de 10 a 20 años, por ejemplo). Con ello se trata de acomodar lo máximo posible la sanción impuesta por la ley a las circunstancias del caso concreto que se juzga.

La naturaleza jurídica de la pena radica en su carácter esencial de medio para castigar el acto injusto cometido por una persona en contra del derecho individual o colectiva garantizado por el Estado. Sin embargo, desde la óptica de las diversas sociedades que se han sucedido en la evolución histórica de la humanidad, la pena ha tenido diversas funciones sociales, aunque siempre enmarcada en la característica sustancial de ser la consecuencia imprescindible de una conducta infractora.

1.4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENA.

En la edad primitiva, la pena, según se puede colegir de las condiciones de vida de aquella sociedad, se orientaba claramente a la punición inmediata y sin dilaciones del sujeto que transgredía las reglas de convivencia del clan o de la tribu impuestas por la costumbre. En dicha sociedad carente de la estructura orgánica rígida que promueve el

Estado y el derecho, la pena tenía una finalidad netamente dirigida a garantizar la supervivencia del grupo.

En el Estado esclavista (primera forma de Estado), la pena tiene una finalidad netamente represora de la clase dominante sobre las masas de esclavos. En este caso, la pena es un medio garantizador de la opresión y de la prevalencia del sistema constituido. La imposición de normas provenientes del propio Estado dominado por los esclavistas, legaliza, aunque no legitima, la aplicación de las crueles penas que caracterizaron a aquella época.

Durante el feudalismo, el poder estatal radica en manos de los señores de capa y espada, y la época oscurantista del pensamiento, la filosofía y el derecho, se manifiesta en todo su tenebroso esplendor, y por tanto la pena es coherente con este sistema; raya en el campo absoluto de la crueldad, y se manifiesta como un medio de venganza contra los infractores, especialmente con aquellos que cometían delitos contra la fe católica, o que de alguna manera intentaban sublevarse contra el sistema de terrible explotación y oprobio. El fin de la pena en este caso, no es de ningún modo rehabilitar, sino castigar duramente al delincuente para sembrar el terror en los ciudadanos que son potenciales delincuentes, se buscaba erradicar definitivamente al infractor del seno social, sino poner reparo en recurrir a penas capitales, que se aplicaban luego de insufribles tormentos.

En el sistema burgués, y especialmente en las etapas superiores de este, merced al desarrollo de la lucha de clases, y de la supuesta humanización de los sistemas represivos que dicen proteger a la sociedad, aunque ante todo protegen los nefastos

intereses del sistema capitalista, la naturaleza de la pena ha asumido caracteres bastante distintos, aunque como se puede apreciar de una simple visión de los sistemas carcelarios actuales los cambios en realidad son meramente teóricos, y se orientan a reconocer en la pena un fin primordialmente orientado a la rehabilitación del reo para la vida en sociedad, aunque en la práctica constituye una expresión de venganza social, toda vez que aunque se pretende la humanización del proceso penal, avanzando hacia un sistema de tipo acusatorio oral, que según dicen sus defensores se orienta a la escrupulosa observación de los derechos del procesado, nuestro sistema carcelario es profundamente degradante de la condición de ser humano del procesado (bajo medida cautelar privativa de libertad) o del condenado, demoliendo su dignidad y autoestima, llenándolo de resentimientos, y predisponiéndolo para ser protagonista de los más atroces crímenes.

Durante su evolución la pena ha tenido diferentes etapas, en sus orígenes surge como "venganza" en su transcurrir histórico adquiere diversos caracteres y objetivos, de acuerdo a las necesidades de la sociedad y al pensamiento de cada época.

Como ya se vio con anterioridad el Derecho Penal surge como una necesidad de regular la conducta del hombre en la sociedad debido a que desde sus orígenes este siempre ha manifestado conductas que afectaban a los demás, como es el hecho de apoderarse de los animales que eran cazados por otros, de ahí la necesidad de regular su conducta.

Dentro de la "venganza" encontramos que el ofendido encuentra su satisfacción mediante un acto violento.

Dividiéndose esta etapa en venganza privada, también llamada “de sangre” consistente en que el agraviado se hace justicia por su propia mano teniéndose que el afectado le causa a su agresor un daño similar o igual al daño que se le ocasiono; esta fase se identifica como la ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente).

La venganza familiar, en este periodo un familiar del afectado le causa al presunto responsable del delito un daño que es tomado como un acto de justicia por el daño realizado contra los suyos.

La venganza divina, es la organización teocrática, todos los problemas se proyectan a una divinidad, de tal modo que encontramos los rituales y hechiceros entrelazados, quienes imponen el castigo son los representantes de los dioses, por la ira y la afección de las leyes impuestas por dichas deidades.

Venganza pública, aun cuando se trata todavía de un acto de venganza, en esta etapa ya existe la represión por medios públicos implicando ya la distinción de delitos públicos y delitos privados, según lesionaran los intereses de particulares o de la colectividad; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad y para salvaguardarla imponen penas cada vez más crueles e inhumanas; en esta etapa los jueces tenían facultades para incriminar hechos no previstos por la ley como delitos, es por ello que este tipo de justicia represiva estuvo al servicio de los tiranos.

Posteriormente encontramos a la etapa humanitaria, en ella se trata de eliminar la dureza del castigo, surgen grandes pensadores como lo son César Beccaria y John Howard el primero de los mencionados da una nueva concepción de la actividad represiva y el

segundo representa la base de los nuevos sistemas penitenciarios ya que describe con objetividad el horroroso estado de las prisiones de Europa.

Etapa científica, en esta etapa es importante saber el porqué del crimen, debiéndose saber cual el tratamiento adecuado para readaptar el sujeto, la pena debe ser completada con un tratamiento de readaptación en los que se adquieran los hábitos de disciplina, trabajo y moralidad.

En la antigüedad era importante el castigo, con la finalidad de reprimir, eliminando al delincuente y que esto sirviera de escarmiento para los demás. Mientras más severa y cruel fuera la pena se pensaba que esta era más eficaz. La pena mayor que a aplicar era la pena de muerte, ya que eliminaba al delincuente teniéndose como resultado que este ya no volvería a delinquir.

1.5. FINALIDADES SOCIALES DE LA PENA.

Doctrinariamente se manifiesta que el fundamento de la justicia penal es la justicia social y no el Estado de derecho que se confunde con su legalidad y legitimidad, por ello se indica que la política criminal y la organización del sistema penal de un país han de llevarse a cabo en correlación con el desarrollo, teniendo en cuenta al respecto que la correlación aludida descansa esencialmente en la preservación de los derechos humanos.

El costo social de la pena es alto. La comunidad paga por ella un precio elevado. Es el instrumento socialmente más caro y gravoso, el más destructor e invasivo, su elevado

costo no justifica el efecto bienhechor en el culpable ni demuestra su capacidad como resolutiva de conflictos sociales.

Zaffaroni, en el mismo sentido, adopta una postura que se ha dado en llamar "dogmática anti-sistema", y con lenguaje similar, sostiene la ilegitimidad de la legalidad procesal para imponer penas, porque se ejerce en un marco de arbitrariedad que redunda en la parte poblacional más desprotegida y, de tal modo se fundaría en la desigualdad social. La violencia, el genocidio apuntan al joven marginal, dice, y es dentro de ese conjunto de donde se selecciona, una "clientela judicial" de desposeídos e inmaduros, ilegitimidad que se completa también con su permanencia en prisión, factor seguro de deterioro de la subjetividad del interno. Como solución propone la disminución de esa proyección ascendente a través de un menor "protagonismo Penal". Así la ilegitimidad del poder ante la culpabilidad pone de relieve que la responsabilidad no es del imputado, sino de la "agencia judicial" dice que debe rendir cuentas personal y socialmente, desde que la vulnerabilidad del sujeto "opera como límite máximo de la violencia tolerada. La pena entonces pasa a ser un sufrimiento sin sentido.

En cuanto a la función de la pena, es decir, el para qué se impone una pena, hay que tener en cuenta que no puede diferir de la función del Derecho Penal y que por tanto su función es la protección de los bienes jurídicos mas importantes de los ataques mas intolerables. En este sentido la función de la pena es la prevención del delito y no la realización de una justicia ideal.

Según Welzel "la misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en la comunidad y que lo hace protegiendo los bienes vitales de la comunidad"[14].

Otros como Jesckeck opinan que la pena, en su modalidad como privativa de libertad "se ha de limitar tanto cuanto se pueda, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena. Incluso en un establecimiento penitenciario ideal regirá también la ley psicológica de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos es de una eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los presos mismos."[15]

Las Naciones unidas es su Resolución 36/21 de 1981 sobre justicia penal, le pide a los gobiernos que se realicen esfuerzos necesarios para establecer sobre esa base una justicia penal teniendo en cuenta factores políticos, económicos, culturales, sociales y otros, a fin de establecer una justicia penal sobre principios de una justicia social.

Años más tarde en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en agosto de 1985 en su Resolución 16 señala que "las penas de prisión solo deben imponerse como último recurso, tomando en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito, así como las circunstancias jurídicamente pertinentes y otras circunstancias personales del delincuente. En principio los pequeños delincuentes no deben ser condenados a prisión."[16]

---

[14] CITADO POR BAYANCELA, Francisco, Antología de Derecho Penal, Edit. UTPL, Loja, 1999, p. 91.
[15] Ibidem, p. 92.
[16] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, VII Congreso Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Resolución No. 16, Milán-Italia, Agosto de 1985.

Beccaría señalaba que con frecuencia, más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena.

Sin embargo, para que puedan prohibirse y castigarse conductas, resulta exigible además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El Estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida de los ciudadanos, ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros respetando el valor de la libertad de conciencia de las personas, la igualdad de su tratamiento penal y la minimización de la violencia punitiva.

El Derecho Penal y por ende la pena, deben constituir la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debiendo implicar, como consecuencia lógica, que el derecho penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos lesivos y restrictivos para el individuo de que dispone el Estado; luego entonces, la subsidiariedad, es una exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador.

En los últimos tiempos han cobrado fuerza las ideas que propugnan una reforma del Derecho Penal. No se trata de uno más de los fenómenos asociados a la época del postmodernismo, reformar los fines del Derecho Penal, las maneras en que se manifiesta y sobre todo la necesidad de deslindar aquellas conductas que merecen ser reprobadas a través de una ley penal son algunos de los pilares de dicha reforma penal.

La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, ligada en su concepción, contenido, objetivos, aplicación y ejecución al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye, aplica y ejecuta.

El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al Tribunal una aplicación individualizada y diferenciada de la sanción, sin vulnerar el principio de la igualdad real de todos ante la Ley.

El nivel de la conminación penal señalado en la Ley debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al Derecho Penal y a la sanción penal.

La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves y para aquellos sancionados a los que su medio de vida social, laboral y familiar no sean favorables para su reeducación.

La sanción penal debe reservarse para la protección, en la esfera del Derecho Penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.

La legitimación de la pena, dice Jescheck, consiste exclusivamente en que es necesaria para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad.

El poder del Estado se aniquilaría a sí mismo y si ella dejara de tener poder coactivo, se rebajaría hasta convertirse en una mera recomendación sólo éticamente vinculante. Debe añadirse que contribuyen también a ello las demandas de justicia de la comunidad, que no soportaría convivir como si no hubiera habido injusto alguno, llegando a advertir este autor que así es como "el camino a la venganza privada quedaría abierto". Termina, indicando significativamente, que esa pena ha de cubrir las necesidades del autor hacia una liberación de la culpa, con significado expiatorio, aclara, imprescindible como "experiencia fundamental del hombre como ente moral".

De ahí que crear la posibilidad expiatoria como prestación moral autónoma, sea para Jescheck "una tarea legítima del Estado". Con esta enumeración deja entonces establecido en forma en extremo precisa, el logro de la triple justificación buscada: político-estatal, psicológico-social y ético-individual de la pena.

La pena nunca logra por completo la reinserción del delincuente, al contrario, podemos decir que las prisiones en vez de formar, deforman, o como dicen algunos, la prisión se convierte para el delincuente en una universidad de delitos. No existe un equilibrio materialmente proporcional entre el daño que causa el infractor y el que sufre el mismo como consecuencia de la pena derivada del ilícito penal.

No obstante, negar la utilidad de la pena sería como anular definitivamente el Derecho Penal. Indudablemente la pena no solo constituye un factor de disuasión en la persona del infractor, no ya como un mero castigo, sino mas bien con un fin reeducador y prevencionista. Independientemente de que las condenas no sean un factor decisivo, si

constituyen medios importantes del sistemas de medidas para la lucha contra la delincuencia.

CAPÍTULO II

BASES TEÓRICAS SOBRE LA PENA

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS IDEAS PENALES.

Según Von Liszt, "la evolución de la pena recorre cuatro grandes hitos, que se refieren a lo siguiente:

1.- La expiación como sacrificio de la divinidad;

2.- Privación de la paz (persecución del criminal) unida a la venganza de la sangre;

3.- Compensación; y,

4.- Pena pública, que adopta históricamente diversas formas y se propone realizar fines diversos."[17]

Pero todas estas distinciones, aunque fundadas en ciertos hechos, tienen mucho de ideales, pues no se dan en rigurosa sucesión en el mismo tiempo ni en todos los pueblos.

La historia de la legislación penal estudia la marcha del concepto del delito y de la pena. Las normas punitivas antiguas son las más numerosas de todas las ramas del derecho, especialmente el Derecho Romano. Podemos decir, mejor aún, que las normas penales son las más abundantes en la legislación antigua y primitiva.

"La historia antigua tiene su asiento principal en la legislación de los pueblos orientales y en la Roma de los primeros tiempos, que se caracterizan por la enorme penetración religiosa y por la crueldad en la pena. Ejemplos típicos son el Código de Manú, el Pentateuco en la legislación de Israel, en el Talmud (pero en él hay una corriente de

[17] CITADO POR ZAMBRANO, Alfonso, Obra Citada, pág. 61.

humanización). Los libros sagrados de Egipto tienen también una gran penetración religiosa. El derecho penal de la Roma Antigua, también se encuentra profundamente influenciado por el sentimiento religioso."[18]

El derecho de castigar es una delegación del poder divino en los sacerdotes. La pena según tal definición no es otro caso que la venganza de los dioses por el delito y la pena ha de ser grande para que sufra el delincuente y mejor se calmen los dioses.

El Derecho Griego estaba penetrado de una gran dosis de crueldad en las penas. En Atenas, Dracón se caracterizó por su severidad: todo delito debía tener, según él, la pena de muerte. Pero la legislación de Dracón tiene un gran sentido estatal: se preocupó de poner límites a la venganza privada y dársela al Estado. Se distingue entre delito público y delito privado. En el Derecho Penal Griego, cuando se establece la venganza pública, se implanta un criterio tendiente a dar a la pena un fundamento laico y moral.

En el Derecho Penal Romano, en la época imperial, superando un tanto el teísmo, la pena tiene por objeto un fin humano: el de la conservación y tranquilidad social. El Derecho Romano clasifica a los delitos en *crimina* y *delicta privata*. Los primeros son los que van contra la sociedad y los segundos, contra los particulares, contra el orden privado. En el primer caso, la pena se propone la intimidación, la enmienda y expiación del delincuente. Cuando se aplica sanción al *delicta privada* para dar satisfacción al particular. Los romanos se opusieron a la crueldad de las penas, que venía del oriente, y

[18] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit.

que recibió a través de Grecia, una tendencia de hacerlas menos severas (morigeración de las penas).[19]

En España, posteriormente al Fuero Juzgo tenemos el Fuero Real, que establece tres clases de penas: la multa, el destierro y la muerte. A continuación, hay que considerar Las Partidas; no se nota en ellas progreso y, por el contrario, se nota un retroceso a instituciones penales ya desechadas.

En la edad media, caracterizada por el espantoso dominio religioso en la labor gubernativa de los Estados, y en el pensamiento social fuertemente fanatizado, lo que indudablemente tuvo preocupantes alcances en el ámbito de la persecución del delito, que antes que una forma de precautelar la seguridad social, era una forma de combatir a los enemigos políticos y a la herejía, aplicando penas crueles a los presuntos culpables (hoy víctimas de la inquisición), y cometiendo en nombre de la justicia y de la iglesia católica algunos de los más escalofriantes crímenes de que conoce la humanidad, a tal punto que en pleno siglo XX desde El Vaticano la iglesia pidió perdón a la humanidad por tan aberrantes crímenes. Hasta hoy se recuerda los temibles Tribunales de la Santa Inquisición que sembraron el terror en los países europeos, llegando incluso a algunos confines del mundo. Basta recordar las fatuas acusaciones que se hicieron en contra de ciertos aborígenes como Atahualpa, juzgándola con base en las leyes españolas, y acusándolo de idólatra, fratricida, polígamo, entre otros "delitos" que no eran otra cosa que las expresiones culturales propias del sistema incásico del cual él era su Rey. Era evidente que bajo la pretensión punitiva de la Colonia Española a nombre de quien actuaban los ignorantes y

[19] Cfr. REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit.

bárbaros conquistadores, subyacía el ánimo político de descabezar al pueblo Inca para someterlo con tales prácticas sanguinarias al yugo español que buscaba ante todo saciar su sed de oro y de gloria.

A partir del siglo XVII con las ideas promovidas por el Movimiento de la Ilustración en Francia, y con las inquietudes por el establecimiento de los sistemas constitucionales como forma de gobierno de los diferentes estados, surgen también algunas la preocupación esencial por el reconocimiento de derecho fundamentales a los ciudadanos, de cuyo aseguramiento, inmanencia y garantía debía encargarse el Estado. Pero no debemos olvidar que el sistema republicano francés se levantó sobre una montaña de cabezas guillotinadas de la nobleza europea, y sobre las más infames violaciones de derechos humanos que a nombre del pueblo tantas veces infamado cometieron los revolucionarios franceses.

Las ideas penales han tenido una notoria evolución en la edad moderna, donde poco a poco se ha ido dejando de lado la idea de la venganza pública como fundamento de la pena, y se ha adoptado la necesidad social de rehabilitar al delincuente para que retorne a la vida en sociedad, aunque ello en muchos casos se ha convertido en una mera teoría, que en realidad ha continuado con los viejos sistemas que buscaban la destrucción moral, física y psicológica del delincuente, a través de la aplicación de duras penas infamantes y crueles, y de su aislamiento en los verdaderos infiernos que se constituyen las cárceles contemporáneas, que no difieren en muchos de los sistemas de tormento de prisioneros que se aplicaban en la edad media, o si no, basta mirar las ominosas prisiones de Guantánamo, donde los derechos humanos de los prisioneros, bajo los conceptos del

derecho penal del enemigo, son insignificantes frente a la sed de venganza y punición del poderoso imperio norteamericano, que considera como enemigos capitales a todos quienes ha catalogado, con fundamento o sin él, como terroristas.

En los tiempos actuales el Derecho Penal es considerado como un sistema protector de la sociedad, haciendo hincapié en el papel preventivo del mismo, aplicando el principio de mínima intervención penal, y trasladando buena parte del hacer represivo y de control a órganos de jurisdicción administrativa o de carácter contravencional, promoviendo como máximo principio el de rehabilitación del reo para la vida en sociedad, a través de la aplicación de sanciones socialmente constructivas que sustituyan a las clásicas penas privativas de libertad, al menos en cuanto así lo permita la personalidad del reo, su escaso o nulo nivel de peligrosidad y sus necesidades y posibilidades de rehabilitación social. Obviamente que habrá casos en los que es imposible la aplicación de sanciones alternativas en razón de la peligrosidad del delincuente y la necesidad de seguridad social de su entorno. Esto es sin duda una respuesta al rotundo fracaso de la cárcel como falso medio de rehabilitación, cuestión de la que me ocuparé oportunamente.

2.2. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LA PENA.

Los estudiosos del Derecho Penal han establecido algunas clasificaciones en lo que tiene que ver con la pena como categoría esencial del derecho penal:

A). Clasificación legal.

Esta clasificación la formula el Art. 51 del Código Penal, que en forma muy discutible clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables:

a. Penas peculiares del delito.

Son aquellas aplicables exclusivamente a las infracciones penales que se conocen como delito. Estas pueden ser:

1.- Reclusión mayor; que puede ser: ordinaria (de cuatro a ocho años y de ocho a doce años); extraordinaria (de doce a dieciséis años) y especial (de dieciséis a veinticinco años).
2.- Reclusión menor; que puede ser: ordinaria (de tres a seis y de seis a nueve años); y extraordinaria (de nueve a doce años).
3.- Prisión de ocho días a cinco años;
4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;
5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad;
6.- Privación del ejercicio de profesionales, artes u oficios; y,
7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

b. Penas peculiares de la contravención.

Son aquellas que pueden ser aplicables únicamente en el caso de los infracciones penales identificadas como contravención. Las penas aplicables en este caso son las siguientes:

1.- Prisión de uno a siete días, en el caso de contravención de hurto puede llegar hasta treinta días; y,

2.- Multa.

c. Penas comunes a ambos tipos de infracción.

Son aquellas penas aplicables tanto al delito como a la contravención.

1.- Multas.

2.- Comiso especial.

B). Clasificación por la autonomía.

Las penas por la autonomía, pueden ser de dos clases:

a) Penas principales: cuando se aplican en forma autónoma, sin depender de otra. Las penas privativas de la libertad son de esta clase;

b) Penas accesorias: cuando se aplican en función y dependencia de una pena principal. Las penas interdictivas, por ejemplo, que se aplican siempre y cuando haya una pena privativa de la libertad, y no por sí solas.

C). Clasificación por el bien jurídico afectado:

Siendo la pena en su naturaleza, una sanción que consiste en afectar al condenado en un bien jurídico personal, ésta clasificación es la que tiene una mayor sustentación

científica. A lo largo de los siglos las distintas legislaciones han estructurado el sistema de penas afectando a bienes jurídicos de la más diversa naturaleza. Haremos nuestro análisis siguiendo precisamente los lineamientos de esta clasificación:

a) Pena de muerte o capital: afecta a la vida del condenado;
b) Penas corporales: afectan a la integridad física del condenado;
c) Penas infamantes: afectan al honor de la persona;
d) Penas privativas de la libertad: afectan a la libertad individual en diversos grados y de diversas maneras;
e) Penas interdictivas: afectan a la capacidad jurídica del condenado;
f) Penas pecuniarias: afectan a su patrimonio;
g) Otras penas.[20]

A continuación realizo un breve análisis en torno a cada una de ellas:

1. Penas capitales.

Este tipo de penas hacen alusión directamente a aquella pena que priva de la vida al delincuente.

La indagación filosófica acerca del derecho de la sociedad para llevar el castigo hasta darle muerte al culpable, como no conduce a considerar empíricamente la utilidad de esta pena, sino a encontrar el discutido principio de su legitimidad, tiene que depender de la solución del problema previo sobre el origen racional del derecho de castigar.

[20] Cfr. REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit, p. 112.

Sin embargo, la desaparición del oscurantismo y el progreso de las ciencias penales modernas, discuten que el sumo principio de la preservación social, no es justificativo cuando la necesidad presente de defender a los demás hombres no exige tal sacrificio; y que tampoco la permite como pena por la destrucción ya consumada de otro ser, pues no puede decirse que se dá muerte al victimario para conservar al muerto.

"Lleva la discusión a este punto, ya hoy no es sostenible la legitimidad de la pena de muerte, pues las condiciones actuales de los pueblos cultos (en los delitos ordinarios y en los tiempos normales de los estados), ya no hacen tener como necesidad material la muerte del enemigo social. Y los requisitos de una necesidad moral presente, basada en la idea de castigar a uno para atemorizar a los demás y servirles de ejemplo, podrán afirmarse respecto al suplicio capital; pero nunca serán demostrables hasta el punto de no dejar posibilidades en contra. En caso de alta traición, la muerte que se le inflinge al reo de este delito, durante la guerra civil, no se justifica ya por los preceptos del derecho penal, sino por los del derecho de guerra (*jus belli*). Y aún en este caso, la muerte del vencido no encuentra su última razón sino en los temores del vencedor y en la conciencia de su propia debilidad."[21]

Del principio de oposición a la pena de muerte resulta claro, que no es impugnable de manera absoluta, sino relativa. Se admite como posiblemente legítima, según la ley natural, cuando es necesaria para la conservación de otros seres inocentes, que es lo mismo que decir, que admitimos su legitimidad por necesidad de la defensa directa, pues como ésta debemos reconocerla en el individuo, sería una contradicción no reconocerla

[21] BAYANCELA, Francisco, Ciencia Penal, Antología, Edit., UTPL, Loja, 1999, p. 98.

en la autoridad. Lo que negamos resueltamente es la falsa doctrina de la defensa indirecta, es decir, la doctrina de que cualquier pena se legitima por el fin de infundirles temor a otros. Lo que negamos pues, es el principio de la intimidación, que muchos toman como razón justificativa de la pena; y lo negamos por dos motivos: 1º) porque la ley natural no tolera que el hombre haga del cuerpo de otro hombre un instrumento para sus fines; 2º) porque si admitimos que la necesidad de infundirles miedo a otros legitima la pena, por necesidad lógica hay que legitimar la pena inflingida a un inocente.

A nivel universal existe el criterio de que si se admite la pena de muerte, en su aplicación predominan tres reglas: 1ª) Que hay que reservarla únicamente para aquellos delitos que están en el último extremo de la escala del crimen. 2ª) Que debe infligirse de modo que haga sufrir menos al paciente, lo cual nos recuerda una cuestión fisiológica que fue discutida acaloradamente entre los maestros en medicina del siglo XIX, al sostener unos que el decapitado sufre menos, y otros que sufre menos el ahorcado. 3ª) Que no sea irrogada en público, porque el aspecto de la sangre enfurece los ánimos, espectáculo de ver matar a un hombre. Los antiguos no se contentaban con darle muerte al reo, sino que quisieron también martirizarlo. No tendría fin la descripción de las distintas especies inventadas para este suplicio, fruto de la idea equivocada de que el fin de la pena es intimidar y de que a los pueblos debe gobernárseles por medio del terror.

2. Penas aflictivas.

Se llaman aflictivas las penas que hacen sufrir físicamente al culpable, sin llegar al extremo de quitarle la vida.

Las penas aflictivas pueden ser directas (positivas) o indirectas (negativas).

a. Penas aflictivas directas e indirectas.

Penas aflictivas directas o positivas son aquellas en que se le causan al reo dolores corporales. Indirectas o negativas, aquellas en que de alguna manera se le impide el ejercicio de la libertad natural de su cuerpo. Las penas que nosotros llamamos aflictivas directas o positivas, otros prefieren llamarlas corporales; pero ¿será apropiado ese término. Nos parece que no, pues en toda distinción, el nombre que se le da a una especie, exige naturalmente que se le contraponga otro nombre en otra especie; por lo cual, si a las penas aflictivas directas, como la marca y los azotes, les damos el nombre de corporales, habría que llamar no corporales a las penas aflictivas indirectas, como la cárcel y el desierto.

a.1. Penas aflictivas positivas.

Las penas aflictivas positivas pueden ser indelebles o delebles. Son indelebles las que dejan en el cuerpo alguna huella permanente como mutilación y la marca. Y delebles las que no producen ese resultado, como los azotes, las cadenas, etc.

Las penas aflictivas indelebles deben reprobarse como degradantes para la dignidad humana, y a causa de su perpetuidad, que las convierte en obstáculo para la enmienda del reo.

a.2. Penas aflictivas negativas.

Las principales penas aflictivas son la detención y el destierro. Podríamos incluir en aquellas la vigilancia policial, si se la considera verdaderamente como pena; pero en ella predomina la idea de la prevención ejercida como medida de policía, y si bien muchos Códigos la enumeran entre las penas, por parecerles conveniente que en ciertos casos la decreten los tribunales; sin embargo, considerada científicamente, no podemos persuadirnos de que sea en realidad una pena, en el sentido filosófico de esta palabra. En efecto, la medida de esta coacción se funda prácticamente en la maldad individual, verdadera o presunta del culpable, lo cual sale de los criterios ordinarios del castigo y entra en las consideraciones policiales.

Así lo pensaban los redactores del Código de Jonia, tan rico en ideas. En el se describe una clase especial de sanciones que deben irrogar los tribunales como completamente extrañas a las verdaderas penas, y las designa (Art. 68 y ss.) como medidas de precaución encaminadas a prevenir los delitos y que pueden ser adoptadas por la justicia punitiva; en seguida enumera el confinamiento, la fianza, el sometimiento a vigilancia especial y el expulsar del Estado a los condenados extranjeros. Así mostraron aquellos legisladores que, sin sufrir desmedro las garantías sociales, se puede hacer un código penal que corresponda a la exactitud del lenguaje y a los dictados científicos.

Tampoco debe hablarse de la muerte civil como pena consiguiente, pues ha sido combatida por la civilización y universalmente rechazada, después de haberla definitivamente abolido en Francia por medio del decreto del 31 de mayo de 1854. Y no

enumeramos tampoco entre las penas restrictivas la interdicción de artes y oficios, por ser una pena del todo inaceptable. No hace mucho tiempo que afirmaba el consejero Cuniac, que esta pena repugna a las costumbres francesas y repugna a todos los pueblos del mundo, pues vulnera derechos elementales del hombre, y por eso ha sido eliminada en casi todos los órdenes penales del mundo.[22]

b. Privación de Libertad.

Empleo aquí la palabra detención para designar todas las maneras de castigo con que se priva al delincuente de su libertad, encerrándolo por determinado tiempo en un local destinado a ello.

Con el nombre de detención expresamos, pues, todas las formas congéneres de castigo, consistentes en encerrar al reo en un lugar para purgar la pena, a la cual se le da el nombre especial que ese lugar tenga, y así, según sus variedades, se le llama prisión, cárcel, presidio, casa de disciplina, casa de corrección, prisión de por vida, galeras, etc. Estas diferencias de nombres no tienen un sentido determinado que pueda ofrecer una noción constante, pues el nombre que en unas legislaciones expresa la detención más grave, en otras designa la más leve. Esto depende de las diferentes legislaciones, ya que los nombres no pueden representar un principio absoluto.

La distinción sustancial entre una u otra forma de detención, consiste en la adición del trabajo obligatorio. Algunos códigos contemporáneos han hecho de este un criterio

[22] Cfr. BAYANCELA, Francisco, Ob. Cit., p. 99.

explícito de agravamiento, al distinguir entre detención con trabajo obligatorio y detención con libertad de ocio. Recientemente algunos autores descontentadizos han acusado de inmoral el concepto de imponer el trabajo como pena. Esta objeción podrá seducir aparentemente, pero la susceptibilidad no puede llegar tan lejos. Si la sociedad tiene derecho de infligirle al delincuente restricciones de libertad al impedirle ciertos actos, no vemos por qué no puede restringir su libertad obligándolo a ciertos trabajos que, a la vez que las aprovecha el Estado, les aprovecha también a los reos física y moralmente.

Se objeta que el trabajo debería ser una facultad concedida al condenado como premio de su buena conducta; pero no nos parecen inconciliables las dos ideas, pues el concederles como premio trabajos más agradables y menos fatigosos a los presos más dóciles, no excluye el que las naturalezas más rebeldes puedan plegarse con fatigas más rudas.

Estas y otras objeciones con que poco a poco se pretende convertir en un colegio la cárcel, hay que llevarlas hasta su principio fundamental. La sociedad (salvando la dignidad y la personalidad humana) tiene el derecho de hacer sufrir al delincuente, y el deber de obrar para mejorarlo. Si la obligación de trabajar corresponde a estos dos fines, y no tiene nada que degrade la humanidad o envilezca al hombre ante sí mismo, las censuras contra el trabajo forzado no son sino vanos prejuicios.

Acerca de la detención se puso alguna vez en duda, pero sin apoyarse en ningún fundamento plausible, el derecho de la sociedad para infligirla como perpetua. La doctrina correccionalista intenta hoy reproducir esa opinión, bajo forma distinta. Pero esta escuela, a pesar de sus exageraciones ha producido grandes bienes al ampliar el sistema penitenciario.

Es también de notarse que los arrestos en la propia casa, aun cuando hayan sido abandonados por muchas legislaciones, pueden ser utilísimos como una ínfima pena aflictiva. Jamás debiera menospreciarse ninguno de los instrumentos que pueden servir para proporcionarles a los distintos grados de imputación un grado distinto de castigo, y por lo tanto no es razonable despreciar dicha clase de arresto, ya que a un grado ínfimo de responsabilidad puede adaptársele un grado ínfimo de restricción de libertad personal.

c. El destierro.

El destierro, en sentido general, comprende tanto el destierro propiamente dicho, como la relegación o confinamiento.

El destierro, en sentido propio, consiste en alejar al delincuente de un lugar determinado, único que le queda prohibido, con plena libertad de dirigirse a donde le plazca. Algunos códigos modernos han quitado el equívoco causado por los dos sentidos de la palabra destierro, llamando al destierro particular interdicción de lugares. Esta pena es bastante usual en los sistemas penales orientales como en Israel, Iran, Libia, Egipto, etc.

d. La relegación.

La relegación consiste "en imponerle al reo que permanezca en un territorio determinado, con la prohibición de dirigirse a cualquier otra parte del globo. La policía moderna, al hacer suya esta pena, le ha dado el nombre de domicilio forzoso."[23]

[23] GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, p. 401.

Ni la relegación ni el destierro admiten coacción física, pues toda la coacción va incluida en el precepto. De aquí la necesidad de agregarle a este precepto una sanción especial que constituya el título delictivo de pura creación política, en el delito de inobservancia de pena.

Cuando el destierro consiste en expulsar de íntegro del territorio del Estado, es llamado proscripción; y deportación cuando se delega a un lugar de ultramar.

Todas las penas negativamente aflictivas tiene de común las siguientes características de importancia política:

"1ª) La graduabilidad, que es inmensa, tanto en la duración como en la intensidad;

2ª) La reparabilidad."[24]

e. La detención.

La detención, comparada con el destierro, tiene algunas características convenientes desde algunos aspectos que el destierro no ofrece, y en los cuales, antes bien, es sumamente defectuoso.

En efecto, predomina la detención sobre el destierro por los siguientes aspectos:

[24] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 219.

"- De la fuerza física objetiva, ya que algunos delincuentes sienten el destierro de manera desigual, y a veces de ninguna manera;

- De la fuerza moral objetiva, pues el destierro carece de ejemplaridad;
- De la moralidad pública, ya que siempre debe cuidarse que la pena no vaya contra ella. El destierro desmoraliza; la cárcel les ofrece a la administración pública y a las asociaciones privadas la oportunidad de ejercitarse en la enmienda del reo, fin utilísimo y noble, del que el derecho penal debe mantenerse siempre ajeno, pero sin ponerle impedimentos, sino antes bien prestándole ayuda en cuanto ésta sea compatible con la esencia de la pena."[25]

f. Aislamiento celular

Por tales motivos, la detención con aislamiento celular de los reos va extendiéndose a todos los países civilizados, pues la razón enseña y la experiencia demuestra que la promiscuidad de los detenidos fomenta la corrupción. Por esta causa, la primera comisión para el Código Penal italiano, propuso que la pena de muerte se reemplazará por la unión de las dos penas, es decir, por deportación con reclusión.

Por los motivos antedichos, también las legislaciones modernas han moderado el abuso que del destierro se hacía antes (por predominar las miras de la economía pecuniaria), y han llegado a aplicarlo únicamente para ciertas faltas que no revelen una decidida inclinación al mal.

[25] BAYANCELA, Francisco, Ob. Cit., p. 101.

g. Intensidad y duración de la pena.

Al graduar la pena de detención, ha de examinarse de manera especial esta grave cuestión: si bajo el doble aspecto de la sensibilidad del reo y de la opinión pública (es decir, respecto a la fuerza objetiva, tanto física como moral, de la pena), la consideración de la intensidad supera la eficiencia de la duración. Pero este problema no ha sido resuelto como se debe por algunos códigos modernos.

2. Penas Infamantes.

Penas infamantes son "las que lesionan al delincuente en el patrimonio del honor. Pero como la naturaleza misma del delito o del castigo puede producir, como consecuencia espontánea, el efecto de manchar la fama del reo, debe advertirse que sólo se llama infamante aquella pena en que la infamia es irrogada por medio de una formal declaración de la ley."[26]

Se ha advertido con toda razón que es superfluo irrogar infamia por disposición legal, si ya el delito trae consigo la infamia de hecho; o bien es un conato impotente de la ley, que se convierte en irrisión suya, si la opinión pública no corresponde a dicha disposición, ya que el patrimonio del honor no existe sino en la mente de nuestros semejantes, y la ley puede mandar en los cuerpos, pero no en las opiniones.

Se ha observado, por otra parte, que las penas infamantes tienen el defecto de ser:

[26] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 202.

"- Aberrantes;

- Sentidas desigualmente;
- Perpetuas, aunque Bentham hablaba de una infamia voluntariamente graduable en su duración y en su intensidad, en su singular comparación con las manchas de una tela. De hecho existe, ciertamente, una graduación indefinida en la pérdida del honor, a causa del mayor o menor desprecio que la opinión pública siente contra los distintos hechos deshonrosos; pero esta graduación no puede ser ordenada por la ley ni limitarse de un modo eficaz y exacto;
- Destructoras, de la dignidad humana, y por lo tanto, obstáculos para la enmienda."[27]

Por estos motivos, predomina en la ciencia moderna la idea de erradicar las penas infamantes, como dañosas e inútiles, a menos que se conserve como apéndice de ciertas penas aquella humillación que es redimible, y que lejos de ofender a la dignidad humana, expresa más bien la obediencia a un deber, por parte del que ha faltado; y salvo el deshonor consiguiente, que es efecto de la pérdida de ciertas dignidades o de ciertos cargos.

3. Penas pecuniarias.

Se llama pena pecuniaria cualquier disminución de nuestras riquezas, sancionadas por la ley como castigo de un delito. "La índole de esa pena consiste en darle al Estado la parte de patrimonio que se quita al culpable; si no fuera así, tendríamos más bien una indemnización que un castigo. No es inmoral que el Estado destine a obras pías el

[27] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 203.

producto de las multas. La ley, como castigo del delito, puede quitarle al delincuente todo su patrimonio, y entonces la pena toma el nombre de confiscación, o sólo una parte, y entonces se llama enmienda o multa, según los casos. Esta forma de castigo debe estudiarse histórica, jurídica y políticamente."[28]

Por el aspecto histórico, vemos que la pena pecuniaria ha sufrido notables transformaciones. Aparece ya en la ley mosaica, infligida como condena de pago de dinero, en ese pueblo que fue el primer inventor del dinero contante. Aparece también en las tradiciones de otros pueblos de siglos posteriores, junto con la condena de pago de ovejas y bueyes, o de objetos, y en algún lugar, hasta de ladrillos. Bajo la primera forma, por no estar todavía extendido el uso de la moneda; y bajo la segunda, por la necesidad especial que ciertas ciudades tenían de algunos objetos, o para rodearse de murallas, o para otros servicios de sus industrias particulares. Y en esos pueblos, tales condenas tenían verdadero carácter de penas.

La pena pecuniaria se encuentra con características muy distintas entre los pueblos germánicos, o en sus costumbres que habiendo prevalecido hasta el siglo VI de la era cristiana, continuaron en algunas regiones y se prolongaron hasta el siglo XIII, y aún posteriormente. Para que estos pueblos durante un largo período, castigaban todos los delitos con penas pecuniarias, pero es un hecho que nunca reconocieron esta pena como pena propiamente dicha, pues las sumas que el delincuente le pagaba al ofendido, eran el precio de la paz, es decir, de la renuncia que el agraviado o su familia hacían del supuesto derecho de vengarse. Y la suma que los delincuentes les pagaban a los jefes de las tribus

[28] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, p.327.

bajo el nombre de *fredum*, era una retribución que aquellos le daban al jefe de la nación (fuera él quien fuera), a causa de la protección prestada contra la venganza del ofendido. Y es extraño, como justamente la observa Henke, que en esos pueblos, durante muchísimos siglos, la autoridad no defendió a los particulares agraviados, a fin de que no ejercieran venganzas excesivas; por lo cual los pagos no se infligían con un verdadero concepto de pena. En realidad, el "*wergeld*" (composición), que se les daba a los agraviados, era una indemnización, y el "*fredum*", un pago de honorarios.[29]

Después, cuando resurgió el estudio de las leyes romanas, infundiéndoles nueva energía a las tradiciones del imperio germánico, se pusieron en boga otras ideas, y los jefes de las naciones buscaron en las constituciones imperiales el texto de una supremacía más poderosa. Se sintió entonces la necesidad de reordenar las leyes criminales, y así aconteció que las ordenanzas de Francisco I, en Francia y en Alemania la Constitución de Carlos V, llamada la Némesis Carolina, juntamente con otros estatutos del siglo XVI (con suerte igual a la que han tenido en el presente), hicieron surgir una codificación penal por toda Europa.

Pero estos nuevos ordenamientos, aunque destruyeron los antiguos errores y las confusiones que reinaban en derecho penal, establecieron un sistema cruel de castigos. La razón de esto es evidente, por haber tomado la majestad como base del derecho punitivo. La Constitución Carolina pone claramente como base suya el principio de que los soberanos deben castigar los delitos, por haberles dado Dios la misión de vengar las ofensas hechas a él. Con semejantes premisas tenían que desaparecer las penas

[29] Cfr. CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit.

pecuniarias, y en efecto ahora las hallamos únicamente restringidas a pequeños hurtos o a faltas leves. No así la confiscación, que se conserva en algunos delitos, y de modo especial en los políticos, como medio de fortalecer y enriquecer un partido para oprimir y debilitar al otro.

Después que los progresos del siglo de las luces excitaron, en materia punitiva, esa conmoción universal que dio origen a una nueva ciencia, y en tanto que fueron cesando gradualmente las atrocidades de los castigos precedentes, que dieron así tan triste prueba de su suficiencia, volvieron a atraer la consideración de los pensadores las penas pecuniarias, desde sus dos aspectos jurídico y político.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.

Las características de la pena que se han hecho comunes al derecho penal tradicional, pueden dividirse en dos clases, según procedan del criterio enteramente positivo de la tutela del derecho, o del criterio de la justicia, que, si se reconoce como límite, puede llamarse meramente negativo.

Entre las condiciones de la pena, derivadas de su principio positivo, quedan incluidas todas aquellas condiciones relativas a la eficacia de la pena. Para que ésta corresponda a las leyes del orden, que la imponen como medio de protección de los derechos humanos, debe ser sentida por el reo que es castigado con ella, y los demás ciudadanos deben sentirla moralmente. Desde este punto de vista, debe reunir, por lo tanto, las siguientes condiciones:

a. **Debe ser aflictiva** para el reo, o física, o por lo menos moralmente. Es un error suponer, como lo hacen algunos, que se satisface a la necesidad de la pena cuando se puede persuadir a los demás de que el delincuente sufre, aunque en realidad no sufriera. Y aunque esta pena ideal bastara para proteger el derecho respecto a los demás, no sería suficiente para el reo, que se burlaría de ella.

b. **Debe ser ejemplar**, es decir, de manera que produzca en los ciudadanos la persuasión de que el reo ha sufrido un mal. La falta del primer requisito hace que cese la eficacia de la pena respecto al reo; la falta de este segundo requisito hace que dicha eficacia cese respecto a todos los otros ciudadanos, tanto en los buenos como en los malos, por distintas razones. Pero la ejemplaridad que se requiere en la pena no debe mirarse como el fin principal de ella, pues esto nos llevaría a la falsa doctrina de la intimidación, sino que debe entenderse más bien como una condición externa de la pena al ser irrogada. Y nunca debe conducir al extremo de agregarle tormentos a la pena, mas allá de la justa medida, so pretexto de hacerla más ejemplar. En una palabra: la ejemplaridad es un resultado que debe obtenerse del castigo, sin que para ello se alteren las medidas de lo justo.

c. **Debe ser cierta**, y por lo tanto irremisible. La fuerza moral objetiva de la pena está más en razón de su certeza que de su severidad; es decir, ésta sin aquella es ilusoria. La certeza de que aquí se habla no es la de hecho, que resulta del aumento de probabilidades para descubrir el delito, porque esto atañe a los ordenamientos procesales y de policía judicial, sino que es, en cambio, la certeza legal, o sea, que la ley no admite medios para evadirse de la pena cuando se ha incurrido en ella y se

ha reconocido el delito. En este sentido se opone a esta condición el principio que pretende insinuar la doctrina correccionalista, cuando firma que la pena debe cesar para el reo cuando demuestra que se ha enmendado.

d. **Debe ser pronta**, ya que el intervalo entre el delito y el castigo, la fuerza moral objetiva del delito sigue ejerciendo sus funestos efectos, que, por lo consiguiente, serán tanto más perniciosos cuando más se prolonguen.

e. **La pena debe irrogarse de manera que no pervierta al reo**. No podemos reconocer como fin propio de la pena la reforma moral del culpable, sino en cuanto de su esencia de pena nazca el refrenamiento de las malas pasiones. Alabamos cuando hacen los gobiernos probos al aprovechar las penas para volver a moralizar a los ciudadanos extraviados; pero una cosa es decir que se debe aprovechar un hecho para conseguir un fin ulterior, y otra cosa es afirmar que este fin es razón o causa de ese hecho. Una cosa es lo que atañe a la función preventiva, y otra distinta lo que toca a la función punitiva. Esta debe seguir el camino de sus fines propios y aquella debe aprovechar todas las ocasiones para educar al pueblo en el bien, sino que por esto entorpezca las actividades del otro. La demasiada ternura en la reforma de los reos, si se compenetra con el Derecho Penal, ablanda la inflexibilidad de éste, y hace vacilante la idea de que la culpa es permisible, con grave peligro para la sociedad.

Entre las características de la pena derivadas de sus límites podemos anotar:

a. **No debe ser ilegal**, esto es, no se irroga legítimamente, si ante la ley no la ha conminado. Quien castiga debe ser la ley, no el hombre.

b. **La pena no debe ser aberrante**. La personalidad de la pena es condición absoluta de ella. No hay ningún pretexto de utilidad ni ninguna razón de defensa que legitimen el mal que se le irrogue a un inocente bajo apariencias de justicia.

c. **La pena no debe ser excesiva**, es decir, no debe superar la proporción con el mal causado por el delito; todo castigo que se le irrogue al culpable más allá del principio de la pena, que es sancionar el precepto proporcionalmente con su importancia jurídica, y más allá de la necesidad de la defensa, que es la de anular la fuerza moral objetiva del delito, es un abuso de fuerza, es una crueldad ilegítima. El exceso en la pena es vicioso, aún desde el aspecto político, ya por el influjo que ejerce sobre las costumbres, ya porque excita la antipatía pública, o bien por las dañosas consecuencias de esta última. Difícilmente es obedecida la ley cuando no atrae la simpatía de las conciencias. La compasión produce el fenómeno de que los buenos se unan con los malos para eludir la justicia, cuyo trono queda minado. Sobra, por otra parte, esta consideración política, ya que para proscribir el exceso de las penas bastan las razones de justicia, prescindiendo de cualquier otra consideración empírica.

d. **La pena no debe ser desigual**, es decir, para nada debe mirar la distinta posición de los delincuentes, cuando ésta no altera la cantidad del delito. La desproporción natural que en la aplicación concreta de las penas encuentran la fuerza física

subjetiva y la fuerza física objetiva de cada pena, da aquí origen a la interesantísima duda de si el precepto de la igualdad, que lo impone la ciencia como absoluto en la distribución de las penas, debe actuar con miras a la fuerza subjetiva o con miras a la fuerza objetiva.

Examinando en abstracto este problema, parece que en rigor de justicia debe imponerse la igualdad en la fuerza objetiva, ya que en ella reside ciertamente la esencia de la pena, es decir, en el sufrimiento que efectivamente padece el reo, y no en los medios empleados por la autoridad para hacerlo sufrir. Pero las fuerzas humanas no tienen poder para establecer "a priori" una conmensuración semejante, ni para dictarla como ley. Por lo tanto, es preciso que el legislador se contente con obedecer al precepto de la igualdad, buscándola en la fuerza física subjetiva de las penas que dicta. Únicamente el juez, dentro de los límites que le permita la ley, podrá tener en cuenta la fuerza objetiva concreta de la pena.

e. **La pena debe ser divisible**, esto es, fraccionable, de manera que corresponda a los distintos grados de imputación, pues ésta se modifica al modificarse las circunstancias que acompañan a cada delito; y en esto es preciso que la obra del legislador se complete con la obra prudente de los jueces.

f. **La pena, en lo posible, debe ser reparable**, ya que es muy fácil un error judicial, y fatales sus consecuencias. La condena de un inocente es una inversión de ideas, porque el instrumento de la justicia se convierte entonces en un factor de injusticia.

Y es una verdadera calamidad social, por el espanto que producen en los ciudadanos, mucho mayor que el originado por muchos delitos impunes.[30]

2.4. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Son muchas las legislaciones donde en aras del derecho penal humanista que propugnan las actuales sociedades se ha sustituido a las penas de privación de la libertad en centros carcelarios, con otro tipo de sanciones como son especialmente el trabajo comunitario, la multa, la sujeción a vigilancia de la autoridad, la permanencia en centros de producción fabril, el arresto domiciliario, etc., siendo de explicar, que aún cuando estas últimas medidas implican limitación a la libertad, ello se da en ambientes más propicios para la reeducación del reo y que sin duda facilitan y brindan las posibilidades necesarias para una auténtica rehabilitación para la vida en sociedad.

La legislación penal norteamericana, caracterizada por su notoria drasticidad, pues en algunos Estados aún existe la pena de muerte y en todos está estatuida la cadena perpetua, para delincuentes reprimidos con penas de hasta quince años de reclusión, se establece la posibilidad de acogerse a otras sanciones, atendiendo a las características específicas que ha tenido el hecho delictivo, a la personalidad y cualidades individuales del delincuente y a las necesidades de rehabilitación del mismo, previo los estudios especializados correspondientes, se suelen establecer la llamada libertad bajo palabra, que consiste en la firme promesa del reo de mantener un comportamiento ejemplar en su vida futura, cuestión que se cancela en caso de observarse que continúan las conductas

[30] Cfr. BAYANCELA, Francisco, Ob. Cit., p. 106-109.

nocivas, constituyendo la violación de la palabra bajo la que se consiguió la libertad como una circunstancia agravante e imposibilitándose por tanto obtener la libertad bajo esta modalidad. "De igual manera existe también en la legislación penal norteamericana la sustitución de las penas privativas de la libertad, por la condena a trabajo comunitario, que consiste en la dedicación de una parte de tiempo del sujeto infractor a realizar ciertas tareas en beneficio de la comunidad, procurando siempre que este sienta el placer y la satisfacción de servir y de ser útil al prójimo como principios elementales sobre los que se sustenta la terapia rehabilitadora. Existe también la posibilidad de rendir fianza por el comportamiento que se observe durante la libertad condicional, también hay penas pecuniarias, para delitos menores e infracciones leves, y solamente en casos donde la peligrosidad del delincuente o la gravedad del delito así lo justifican, la pena es absolutamente inamovible y los detenidos permanecerán -incluso hasta la muerte en muchos casos- en los centros carcelarios, cuya seguridad es adecuada a las condiciones de las personas que en ella permanecen."[31]

En la legislación penal Argentina, se observa también la existencia de penas sustitutivas a la privación de la libertad en centros de rehabilitación social del Estado. Así por ejemplo en el caso de delitos reprimidos con penas de prisión, o menores, existe la posibilidad de que la pena se sustituya con la realización de trabajo comunitario o de gestión para el desarrollo de su entorno, hay también las penas pecuniarias y el arresto domiciliario, este último no solo como medida sustitutiva de la prisión preventiva, sino como medida alternativa a la permanencia en un centro carcelario. También se observa la sujeción a vigilancia de la autoridad, como sanción alternativa a la privación de la libertad.

[31] CAMPUZANO, Benjamín, Sistemas Penales Contemporáneos, Edit. Partenón, Caracas, 2002.

Campuzano agrega: “La aplicación de una u otra sanción alternativa a la privación de la libertad, en la legislación Argentina, también guarda estricta relación con criterios valorativos como la escasa peligrosidad del delincuente, la baja gravedad del delito cometido, las circunstancias específicas que rodearon al hecho delictivo, la personalidad, nivel de instrucción, aptitudes y actitudes sociales del sujeto y el grado de las necesidades específicas de rehabilitación que se puedan determinar en cada caso.”[32]

Tanto en el derecho norteamericano como en el derecho penal argentino podemos observar que existen sanciones alternativas a la privación de la libertad, atendiendo para su aplicación a presupuestos muy similares a los que establece el Art. 77, numeral 11, de la Carta Política, como son: naturaleza específica de cada caso, personalidad del delincuente y necesidades de rehabilitación social del mismo.

[32] Cfr. CAMPUZANO, Benjamín, Sistemas Penales Contemporáneos, Ob.Cit.

CAPÍTULO III

LA PENA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

3.1. LA PENA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

La Constitución de la República del Ecuador, es por excelencia el instrumento fundamental que otorga la base jurídica de legitimidad al Estado, normando su existencia misma, los perfiles fundamentales de sus instituciones y estructura orgánica, los lineamientos básicos sobre los que se desarrolla la relación ciudadano-Estado, así como lo concerniente a los derechos fundamentales de las personas en el ámbito civil, económico, político, social, cultural, religioso, etc.

Con este antecedente, es evidente que el Estado a través del ordenamiento constitucional, también hace alusión con respecto a los aspectos generales del sistema represivo del ente estatal, sus atribuciones y limitaciones en razón de los derechos sustanciales de los ciudadanos que eventualmente pueden ser sujetos de procesamiento o condena punitiva.

En lo referente a la pena, es preciso señalar primeramente que el Art. 3, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, expresamente señala que "Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes."[33]

[33] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

No debemos olvidar, entonces que todos y cada uno de los derechos sustanciales que reconoce la Constitución, invariablemente corresponden a las personas que son sujetos del sistema punitivo del Estado, aunque como es obvio algunos de estos derechos podrían sufrir menoscabo por el encarcelamiento, como es precisamente el caso del derecho a la libertad que garantiza el Art. 66, numeral 5, de la Carta Política, debiendo entenderse que precisamente la aplicación de una pena privativa o restrictiva de la libertad, es una limitación impuesta por el propio Estado, en aras de salvaguardad la convivencia social en un ambientes de paz y tranquilidad. Además la prisión como limitación directa al derecho a la libertad no solo tiene finalidades con respecto a la sociedad, sino con relación al propio reo, pues al menos teóricamente se habla de su reeducación y su preparación para la reincorporación a la vida en sociedad.

El Art. 66, numeral 1, de la Constitución de la República, de manera expresa prohíbe a la pena de muerte, la que no cabe en un sistema penitenciario que como veremos más adelante, al menos en los términos legales, se propone la rehabilitación social del reo. Además, por excelencia la pena de muerte es directa contrapuesta al reconocimiento sustancial del derecho a la vida que reconoce la mencionada disposición constitucional como derecho primordial de las personas en el Ecuador. Es obvio que la pena de muerte no puede coexistir con la institucionalidad de un Estado autoproclamado como democrático y profundamente respetuoso de los derechos humanos.

Así mismo, el Art. 66, numeral 3, de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a la integridad personal, y preconiza los aspectos físico, psicológico, moral y sexual, y precisamente en aras de garantizar tan sustanciales atributos de la personalidad

humana, prohíbe de manera expresa las penas crueles, las torturas, todo procedimiento inhumano, degradante o que implique cualquier forma de violencia. Entonces, en nuestro ordenamiento jurídico no caben las penas crueles, es decir aquellas que causen profundas lesiones en la estructura fisiológica o psicológica de la persona, por ejemplo la pena de muerte, la tortura o el tormento. Sin embargo, a este respecto debería reflexionarse que en la práctica en el Ecuador, si se vienen aplicando penas que rayan en el campo de la crueldad, pues no se puede catalogar de otra manera al hacinamiento inhumano de personas que se observa en el sistema penitenciario nacional, donde sin duda alguna se produce una letal degradación de la personalidad humana, que es sometida a un medio sumamente violento y hostil, en realidad nada apropiado para la rehabilitación social. Igualmente considero que se raya en el campo de la pena cruel, cuando se mantienen recluidos en los centros de rehabilitación social del Ecuador a personas en grave estado de peligro o vulnerabilidad, como sería por ejemplo el caso de personas que padecen de enfermedades graves, incurables y muchas veces en etapa terminal, por lo que la permanencia de estos ciudadanos en las deplorables condiciones de los mal llamados Centros de Rehabilitación Social del país, se convierte en un suplicio que resulta incomprensible en una civilización que se dice humanista y respetuosa de los elementos derechos que le corresponden a toda persona en razón de su naturaleza humana. En torno a este tema abundaremos el estudio en las páginas posteriores.

También se relaciona con el estudio de la pena, lo establecido en el 80 de la Carta Magna, donde en aras de la protección del derecho a la integridad personal, se establece la imprescriptibilidad de acción y de pena para los delitos de lesa humanidad, entre los que se encuentran el genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y

homicidio por razones políticas o de conciencia, así como la negativa de la posibilidad de indulto o amnistía en tales casos. Esto pienso que se justifica en razón de la finalidad suprema de proteger a las personas de los abominables delitos de lesa humanidad, que por su naturaleza profundamente lesiva de la persona humana en todos sus aspectos, merecen el profundo repudio de los ciudadanos.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, hace alusión al derecho al debido proceso, que es precisamente uno de los aspectos en los que se nota algunos avances en la legislación constitucional de 2008, estableciendo en el numeral 3 de dicha disposición el principio de legalidad de la pena, que en lo medular se refiere a que ninguna persona puede ser juzgada o penada por un acto que no se hubiere encontrado con anterioridad tipificado como infracción penal. También se establece en el numeral 5 del Art. 76, el principio pro reo, que determina en cuando se produjere conflicto o concurso entre normas sancionatorias se aplicará aquella más favorable al reo, e incluso en caso de duda, se aplicará la norma que contenga sanciones en el sentido más favorable al reo. Además, de acuerdo a este principio del debido proceso, en materia de normas penales, se establece el principio de retroactividad de la norma que contenga una sanción más favorable al infractor aún cuando la promulgación de esta fuere posterior al cometimiento del delito.

Es muy importante el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones que establece el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución Política de la República, pues de acuerdo a esta disposición debe primera un criterio de igualdad entre la gravedad de la infracción, la necesidad de rehabilitación social del reo, el daño causado y la alarma social

que ha provocado el hecho delictivo y la pena que se aplique en el caso específico. Es obvio que si la pena es proporcionalmente inferior al delito se podría hablar de que existe cierta impunidad; en cambio, si la pena es sustancialmente más grave que la infracción se estaría rayando en el campo de las penas crueles.

Es sumamente importante la posibilidad de sustitución de penas, que lamentablemente hasta el momento no se ha desarrollado en la instrumentación normativa secundaria, que contempla aspectos peculiares de suma importancia como son: la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del infractor y la necesidad de reinserción social del sentenciado. Pese a los diez años de vigencia de la Constitución de 1998, y al año de vigencia de la nueva Constitución, que también contempla como principio la sustitución de penas privativas de libertad, aún continuamos con un sistema indiscriminado de aplicación de penas que entraña gravísimas injusticias, y que básicamente revela la incapacidad legislativa del antiguo Congreso Nacional y de la actual Asamblea Nacional, que hasta el momento no ha sido capaz de desarrollar el principio de sustitución de penas privativas de la libertad considerando las características propias de cada caso y las estrictas necesidades de rehabilitación social del reo. Merced a esta grave omisión de nuestros legisladores continuamos con un sistema penitenciario profundamente contradictorio y que reitero raya de manera directa en la crueldad y degradación del ser humano, lo que ha aumentado a niveles insoportables la delincuencia en nuestro país que es consecuencia directa de la reincidencia en que recaen los presuntos “rehabilitados socialmente”, que demuestran haber aprovechado la escuela de crimen que constituyen nuestras cárceles, y que lejos de rehabilitarlos ha acumulado en ellos resentimiento y rabia, que al explotar en

sus actos delincuenciales han sembrado de sangre, angustia y desesperación, el rostro del Ecuador entero.

También se relaciona con la pena lo establecido en el Art. 79 de la Constitución de la República, en cuando niega de plano la extradición de los ciudadanos nacionales, determinando como principio que aquellos serán juzgados de conformidad con las leyes del Ecuador.

Considero que existe un vacío legal en el marco constitucional relacionado con la pena, en cuanto al determinar la protección especial de parte del Estado, la sociedad y la familia, que merecen los grupos de atención prioritaria, no se determina ciertas restricciones para la aplicación de medidas cautelares personales o de penas privativas de la libertad en contra de personas en estado de peligro o vulnerabilidad. Esta insuficiencia normativa permite que a excepción de las mujeres embarazadas y de los individuos de la tercera edad, cualquier otra persona en estado de peligro, pueda ser detenida y recluida en un centro carcelario, e incluso merecer pena privativa de la libertad, en las mismas condiciones de personas que no están en condición de vulnerabilidad. No debe olvidarse que la detención y permanencia en un centro carcelario de hecho coloca en estado de peligro a quien la sufre, y mucho más si este antes de su internamiento ya se encontraba en estado de vulnerabilidad.

El humanismo que anima a la Constitución aprobada en Montecristi y con vigencia desde octubre del 2008, se hace presente en la disposición citada y en lo que determina el Art. 77, numeral 11, pues habla el legislador de la aspiración de establecer sanciones

alternativas a las penas de privación de la libertad, de acuerdo a las características individuales de caso, observándose la personalidad del infractor, y las necesidades particulares de reinserción social del sentenciado, criterios que comparto plenamente, pues es necesario orientarnos hacia verdaderos sistemas de rehabilitación social, que definitivamente se alejen de las clásicas "penas crueles" que observamos a menudo en nuestra sociedad, estableciendo un proceso penal y un sistema penitenciario con capacidad para realizar un detenido análisis en cuanto a cada caso, y una aplicación de las penas de acuerdo a la personalidad del delincuente y a sus necesidades y posibilidades de rehabilitación para su reinserción a la sociedad.

Es muy importante también señalar que la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 201, establece que el sistema de rehabilitación social de nuestro país, tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de su libertad y la garantía de sus derechos. Así mismo establece dicha disposición que el sistema penitenciario tendrá como finalidad el desarrollo de las capacidades de las personas sentencias para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad, es decir, se presupone que el único medio para rehabilitar socialmente a las personas, es el privarlas de la libertad, cuestión que resulta incongruente con los postulados del nuevo ordenamiento constitucional.

Podemos observar entonces que la Carta Magna asigna a la pena privativa de libertad la finalidad esencial de educar y capacitar para el trabajo al reo, con la finalidad de lograr la rehabilitación de este en la búsqueda de su reinserción social.

El lirismo de nuestro legislador se expresa en el Art. 201 de la Constitución cuando se manifiesta que el Estado dotará de recursos materiales y la infraestructura necesaria para garantizar la salud física y psíquica de los internos, pues de la más mínima observación de la trágica realidad carcelaria nacional, se deduce una verdad diametralmente diferente, y que produce laceración en los espíritus más templados.

Lo propio ocurre con la declaración lírica de que los procesados o indiciados en un juicio penal, es decir, aquellos que aún no han sido condenados, permanecerán en centros de detención provisional. Estos centros son imaginarios pues no existen en la mayoría de provincias y cantones del país, y por el contrario una buena parte de la población carcelaria la constituyen precisamente personas que se encuentran en estado de procesamiento, y que gozan plenamente de su principio de presunción de inocencia, y que sin embargo, se encuentran recluidos en estos verdaderos infiernos, pagando desde ya condenas que aún no han sido legalmente emitidas, y que en caso de recibir sentencia absolutoria habrán quedado marcados de por vida por un sistema carcelario profundamente injusto, peligroso y degradado, y probablemente a partir de tan amarga experiencia comiencen el camino sin retorno del crimen.

Es muy importante destacar expresamente lo que señala el Art. 77, numeral 11 del Código Penal en cuanto manifiesta que: "Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: … 11.- La juez o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de

acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada."[34]

De esta disposición suprema debe quedar muy claro, que si bien es cierto la aplicación de sanciones sustitutivas a las penas privativas de libertad es una facultad discrecional del Juez, pero también es verdad que debe prioritariamente mirar hacia aquellas, cuando así lo ameriten las circunstancias de cada caso, la personalidad el infractor y sus necesidades de rehabilitación social, situaciones que como sabemos no se encuentran normadas en forma expresa en la Ley. Por otro lado, es necesario considerar que por el momento son inaplicables las sanciones sustitutivas a la privación de la libertad, pues estas no se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico penal, así lo dispone en forma expresa el Art. 76 numeral 3 de la misma Constitución de la República del Ecuador, cuando en forma categórica señala: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; **ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley**."[35]

Entonces, es evidente que por el momento son inaplicables sanciones sustitutivas a la privación de la libertad, pues estas no se encuentran señaladas, normadas y definidas en nuestro ordenamiento penal, por tanto es una obligación indispensable de nuestro legislador el preocuparse de forma urgente por realizar reformas al Código Penal, determinado de manera expresa cuáles son las sanciones alternativas y sustitutivas de las

[34] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Octubre de 2008.
[35] Idem.

penas privativas de libertad, y en qué casos y a favor de qué infractores son susceptibles de aplicarse, pues en caso contrario se podría dar lugar a que infundadamente se niegue el derecho del reo a beneficiarse de sanciones alternativas o sustitutivas, o también en otros casos se puede dar lugar a qué peligrosos delincuentes en contubernio con juzgadores complacientes se beneficien de ellas, cuando en realidad presentan graves niveles de peligrosidad que ponen en serio riesgo a su entorno social.

Me parece de suma importancia destacar en este apartado que un notorio avance de la Constitución del 2008, es el reconocimiento como grupo de atención prioritaria a las personas privadas de su libertad, señalando en el Art. 51, algunos derechos sustanciales que aquellas les corresponden entre los que se destacan, la prohibición de aislamiento como sanción; la comunicación y visita de familiares y abogados; la posibilidad de declarar ante las autoridades por el trato recibido; la garantía de su salud; la atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas; el tratamiento preferente y especializado a las mujeres embarazadas y en período de lactancia, adolescentes y personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad; la protección de niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad o adultos mayores que estén bajo su cuidado o dependencia. Sin embargo, debemos destacar que estos derechos hasta el momento continúan en el plano de simples enunciados, pues es necesaria la creación de normas jurídicas y esquemas orgánicos que permitan garantizar el flujo de recursos que requiere el mejoramiento del sistema carcelario nacional, y el aseguramiento a los internos de una calidad de vida en términos de dignidad, cuestión que contribuiría grandemente al sistema de rehabilitación social.

3.2. EL MARCO SANCIONADOR DEL CÓDIGO PENAL.

El primer Código Penal aprobado en el Ecuador, data del año de 1937, y su configuración como cuerpo legal es la siguiente: Consta de un Título Preliminar y dos partes; la parte primera dice relación a "Delitos contra la causa pública" y la segunda se refiere a "Delitos contra los particulares".

Este Código fue promulgado bajo la presidencia de Vicente Rocafuerte. En este cuerpo legal se establece ya el principio de la tipicidad y se afirma que nadie podrá ser reprimido sin que el delito previamente se encuentre tipificado en la ley penal como tal.

No era de esperar entonces que el Código Penal de aquel tiempo, tuviera los fines esenciales y humanistas que atribuyen los juristas a la pena en la actualidad, por el contrario la pena de muerte es la que más se destaca, acompañada de ciertas características de crueldad con el fin de poner escarmiento en el pueblo, y evitar los brotes de vandalismo, e inclusive de insurrección tan propios de aquellos años.

Es necesario, hacer un breve paréntesis en el tratamiento del sistema de consecuencias jurídicas en el ámbito penal del Ecuador, para señalar que el precepto humanista al que en algunos casos aludo en este estudio, se refiere a la manifestación en la disposición legal de la finalidad sustancial de proteger los derechos fundamentales del individuo, cuestión que es preocupación sustancial del constitucionalismo moderno, que pretende hacer honor ante todo a la majestad de la personalidad humana.

Es necesario entender también que el trabajo en las prisiones era obligatorio con el propósito de solventar los gastos internos del establecimiento penitenciario. En éste Código se observa ciertos visos de humanismo en cuanto a entender el estado de salud o de ánimo de los acusados y de los condenados frente a circunstancias fatales y adversas de la vida, es por esto que determinaba que no se notifique con sentencia condenatoria a la mujer embarazada sino hasta después del parto, de la misma forma se excluía de responsabilidad penal a los dementes, y se ordenaba que no se notifique con sentencia condenatoria a quienes hubieren padecido con la muerte de sus padres, hijo o hija, marido o mujeres; para notificar en estos casos hacía falta que pasen noventa días desde el suceso.

"En el caso del Código Penal dictado el 3 de noviembre de 1871, y puesto en vigencia desde el 1 de noviembre de 1873, tiene una gran influencia el Código Penal Belga, que a la vez se encuentra inspirado en el Código Francés."[36]

Dada la circunstancia especial que esta ley penal fue promulgada en la presidencia de García Moreno, aquí la iglesia adquiere una tremenda influencia imponiendo "los delitos contra la religión católica", se prohíbe y se sancionan las celebraciones de otros cultos de propagación de doctrinas extrañas. A quien violaba se lo sancionaba con la pena de muerte.

Es de anotar que por primera vez en este Código ya aparecen diferenciados los delitos de las contravenciones, para muchos autores es éste Código el que sienta las bases para la

[36] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 23.

legislación penal actual, es importante para nuestro estudio que ya se desarrollan en este cuerpo legal, los conceptos de participación en el delito de autoría y complicidad, si bien es cierto que no se dice nada acerca del encubrimiento, lo que si contemplaba el Código anterior.

"En el Código de 1889 se dejan casi intactas las instituciones del Código Penal anterior, introduciéndose cierto tipo de reformas que más tienen relación al poner al día la codificación de 1871."[37]

Se reemplazan las penas de penitencias y reclusión por la reclusión mayor y menor exclusivamente.

Se suprime en este Código la pena de muerte para los delitos de la religión católica y fue reemplazada por la pena de reclusión mayor extraordinaria. O sea siempre prevaleciendo el máximo de las penas, como una medida para precautelar el orden público. Pero todo esto es parte del sistema imperante en que se imponen leyes para salvaguardar los intereses de clase, porque no olvidemos que papel juegan las leyes en las sociedades en donde existe la propiedad privada y la presencia de clases sociales, en este caso el régimen clerical y terrateniente.

Producida la revolución democrático-burguesa del 5 de junio de 1895, se dicta el Código Penal de 1906, que no reúne las expectativas que se pensaba, manteniéndose en

[37] RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 25.

vigencia la mayoría de instituciones del Código de 1889, el mismo que es tomado del Código Belga.

Se elimina la pena de muerte y aparece la figura del estado de necesidad, se elimina el capítulo relacionado con delitos contra la religión católica, permitiendo la libertad religiosa, se autoriza que autoridades civiles realicen los matrimonios.

"El Código Penal expedido el 22 de marzo de 1938, estando en el poder el General Enríquez Gallo, siendo un Código que en nada reforma la parte dogmática y la tipología del delito. Este cuerpo legal, más que un nuevo Código incorpora al mismo una serie de reformas que se habían venido dando; y en el Código que tenemos hasta la actualidad. Con la vieja factura del Código de 1872."[38]

En el acercamiento de los derechos humanos y la prisión queremos opinar sobre que derechos son los que posee un interno, todos estos derechos se encuentran en el Código Penal, el Código de Ejecución de Penas y en una normativa internacional, todo esto es para el tratamiento de los reclusos:

En el Código Penal ecuatoriano, se habla de aspectos fundamentales de la protección a los reclusos, que tiene que ver mucho con el destierro, o con cualquier forma de tortura, malos tratos en contra de los encarcelados.

[38] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 25.

En el artículo 206 nos dice: "Ni la inseguridad de las cárceles, ni lo temible del detenido o preso, ni la conducta rebelde de este, podrán servir de disculpa en el caso del artículo anterior"[39], (o sea en el uso del tormento grillo, cepo, barras, esposas, cuerdas, calabozos mal sanos).

En los artículos 208 y 209 también hay la prohibición de receptar presos o detenidos sin las fórmulas legales correspondientes, en cada caso; así como la amenaza con pena de prisión al juez que ordene retener a una persona en otros lugares que no han sido determinados por la Ley.

Según el Código Penal, las penas privativas de la libertad son prisión correccional y reclusión, a las que se agregaría una pena de carácter restrictivo que es la sujeción a la vigilancia de la autoridad.

La prisión correccional va de 1 a 7 días, como pena peculiar de la contravención; y de 8 días a 5 años, como pena del delito.

La reclusión se divide en mayor o menor, y cada una de estas en ordinaria y extraordinaria, de acuerdo al siguiente esquema:

Reclusión menor: ordinaria de 3 a 6 y de 6 a 9 años. Reclusión extraordinaria de 9 a 12 años. Reclusión mayor ordinaria: 4 a 8 años y de 8 a 12 años; extraordinaria de 12 a 16 años y especial de 16 a 25 años.

[39] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.

Vale comentar además que en el Código Penal Militar, vigente hasta hace poco tiempo, se establecía además la pena de reclusión perpetua para el delito de alta traición a la patria (Art. 91).

Existen además como penas accesorias la interdicción de derechos civiles y políticos, la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la privación del ejercicio de ciertas profesiones.

En el caso de la interdicción de derechos civiles es una pena accesoria a las penas de reclusión, y conlleva la limitación de ciertos derechos del ciudadano, especialmente de tipo político, como son por ejemplo el derecho a elegir y ser elegido, el derecho al sufragio, etc. En el caso de la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, esta es una pena muy común en nuestro medio, y que generalmente persiste con posterioridad al cumplimiento de las sentencias condenatorias a penas privativas de la libertad, donde se somete al detenido a cierto periodo de vigilancia por parte de la autoridad que puede ser el juez penal, o la autoridad civil de la residencia del condenado, ante la que deberá presentarse este periódicamente.

La pena de privación del ejercicio de profesión se aplica justamente cuando se trata de delitos especiales que solo pueden ser cometidos en el ejercicio de una profesión, como ocurre en el caso de los médicos o de los abogados que en el ejercicio profesional pueden cometer ciertos delitos, conllevando la pena privativa de la libertad, la pena accesoria de privación por ciertos lapsos o de manera permanente del ejercicio profesional.

Lo primero que llama la atención en esta clasificación es lo complejo de la misma. La distinción entre prisión y reclusión, que en principio podría ser aceptable, se complica por las divisiones que tiene la reclusión, cuatro en total, y por cuanto la duración de las distintas penas provoca una superposición de unas con otras. Así, por ejemplo, un lapso de cuatro años lo mismo puede corresponder a prisión correccional, a reclusión menor ordinaria o a reclusión mayor ordinaria.

Hace falta, evidentemente una simplificación del sistema, como ya lo establece el Código de Ejecución de Penas, que sin embargo, no ha podido aplicarse en este punto, unificando la denominación y dando fundamental importancia a la duración de las penas antes que a otros factores que aunque están indicados en la ley en las prácticas no se cumplen.

Los Arts. 53, 54, 55 y 56 del Código Penal señalan las diferencias establecidas por el legislador entre la prisión y la reclusión. Sin embargo de que algunas de estas diferencias podrían ser justificadas las más importantes quedan simplemente como enunciadas de la ley, pues las condiciones materiales en que se cumplen las condenas impiden su real aplicación.

a) **Lugar de cumplimiento de la condena:** Las penas de reclusión se deben cumplir en las penitenciarías, las de prisión, en las cárceles cantonales o provinciales o en secciones especiales de las penitenciarías.[40]

[40] Cfr. CODIGO PENAL, Ob. Cit.

Esta diferencia que hace relación a la mayor o menor seguridad de los establecimiento, según la gravedad de los delitos cometidos por los condenados, resulta impracticable en los distintos establecimientos del país, se alojan indistintamente condenados a una u otra pena y aún solamente sindicados, cuya responsabilidad penal por lo tanto no ha sido todavía establecida en sentencia firme; y estos últimos son la mayoría, es decir, el internamiento en un lugar u otro no depende de lo dispuesto por la ley sino de otros factores muy diversos.

b) **Régimen**: Según el Código Penal, los condenados a reclusión mayor deben estar sometidos a un régimen celular más estricto; mientras los condenados a reclusión menor y prisión deben trabajar en talleres comunes y el aislamiento solo puede darse por castigos reglamentarios, los que no excederían de ocho días, en todo caso los condenados estarán sujetos a trabajos de reeducación.[41]

Esta es, sin duda una de las normas más teóricas del Código, pues no se cumple el aislamiento y menos todavía los trabajos de reeducación. La realidad de nuestras cárceles echa por tierra las buenas intenciones que pudo haber tenido el legislador.

c) **Penas accesorias**: En general las penas accesorias corresponden a la reclusión, mientras que, por lo común, la prisión no las tiene. Hay sin embargo excepciones en ambos casos.

[41] Cfr. CÓDIGO PENAL, Ob. Cit.

d) **Aspectos procesales:** Las antiguas normas procesales establecían procedimientos diferentes, según se trataba de delitos sancionados con prisión o reclusión. El actual Código de Procedimiento Penal unifica el trámite, pero hay todavía una significativa diferencia: la concesión de libertad bajo caución (Art. 180), que solo procede cuando el delito perseguido es sancionado con prisión[42], aunque de acuerdo a las últimas reformas también se admite fianza en delitos reprimidos con reclusión cuando no existe peligrosidad de parte del procesado, e igualmente es admisible en tales casos las medidas alternativas a la privación de la libertad. No olvidemos que en los últimos tiempos se evidencia una enorme difusión en los medios de comunicación colectiva en razón de la aplicación de medidas alternativas o de sustitución a la prisión preventiva, en razón de que los actores que hacen opinión pública aún no avanzan a comprender los alcances de la reforma legal en el Ecuador en materia procesal penal, ni las filosofías e ideas que alientan al Derecho Penal contemporáneo.

e) **Otros aspectos**: El propio Código Penal establece algunas otras diferencias de diversa importancia, según se trate de delitos que merezcan una u otra pena. Veamos algunas:

- El plazo de prescripción de la acción penal, según el Art. 101 del Código Penal, es distinto si se trata de delitos sancionados con reclusión (plazo mayor) o prisión (plazo menor);

[42] Cfr. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a marzo de 2010.

- Si la persona es mayor de sesenta años aunque se le sancione con reclusión, seguirá el régimen propio de la prisión (Art. 57 Código Penal).

- No se notificará condenas de reclusión a mujeres embarazadas, sino hasta sesenta días después del parto (tómese en cuenta que el Art. 61 del Código Civil prohíbe aplicar a la madre cualquier sanción que ponga en peligro la vida o salud de la criatura que tiene en su seno);[43]

- Tampoco se notificará estas sentencias a alienados mentales o personas en peligro de muerte (Art. 58 del Código Penal antes de la reforma realizada mediante Art. 2 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII,98);[44]

- La condena condicional (Art. 82) solo es aplicable cuando el delito tiene pena de prisión cuyo máximo sea seis meses.

También en estos casos nos encontramos con algunas disposiciones que, aunque revelan la buena intención del legislador se tornan en la práctica en inconsistentes, inútiles e inaplicables.

En cuanto a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, debemos decir que esta pena es restrictiva y no privativa de la libertad, puesto que limita la libertad individual del condenado y le impone determinadas condiciones a su actividad. En la práctica esta pena no se aplica, o mejor dicho los jueces no la utilizan, seguramente por la escasa eficacia de las disposiciones legales.

[43] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010.
[44] Cfr. CÓDIGO PENAL, Ob. Cit.

En términos generales, esta pena se regula de la siguiente manera:

- Es una pena accesoria de la reclusión, pero excepcionalmente puede ser la prisión y se debe cumplir una vez terminada la pena de privación de la libertad, cuando el condenado sale de la cárcel, en esto consiste precisamente su principal dificultad, pues alarga el cumplimiento de la condena de una manera excesivamente prolongada. Algunos sistemas la tienen más bien como una pena sustitutiva de la privación de la libertad;
- Es facultativo para el juez imponerla o no;
- Puede extenderse entre cinco y diez años, y en caso de reincidencia puede durar toda la vida;
- Consiste en la prohibición de que el condenado, una vez salido del establecimiento carcelario se presente en determinados lugares, en tanto que debe comparecer ante la autoridad de policía del lugar de su residencia; no puede salir de ese lugar sin autorización previa; y hasta se le puede fijar ocupación y método de vida;
- Si incumple estos requisitos se le impondrá una nueva pena privativa de libertad (Art. 438);
- En el Código de Ejecución de Penas (Art. 55) se determina con más lógica que corresponde al director del establecimiento carcelario el precisar los detalles del cumplimiento de esta pena.[45]

La expedición del Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social, (Registro oficial 282, de 9 de julio de 1982) modificó sustancialmente el régimen de penas privativas

[45] REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ob. Cit., p. 231.

de la libertad. Sin embargo, el propio Código determinó que estas reformas no entrarán plenamente en vigencia hasta tanto no se reformen a su vez las normas del Código Penal, para armonizarlas con el nuevo sistema. Esto ha traído como consecuencia el que, en gran parte, este Código pertenezca por lo pronto al ámbito de las buenas intenciones. Hay que destacar de todos modos el espíritu positivo que alienta a la mayoría de disposiciones de esta legislación. Entre los aspectos que aquí nos interesan destacamos los siguientes:

a) La reforma fundamental introducida por el Código de Ejecución en cuanto a las penas, consiste en eliminar la pena de reclusión y sus distintas clases y unificar todas las penas bajo el nombre de prisión. Por esta razón hace falta una reforma sustancial del Código Penal y de otras leyes penales.

b) En cuanto a la ejecución misma de las penas, el Código establece el sistema progresivo que presupone una individualización en el tratamiento de la persona que ha recibido la condena. Los centros de rehabilitación social se clasifican en establecimientos de seguridad máxima, media y mínima y el condenado irá al que le corresponda, no por la pena que se le haya impuesto, sino por el análisis integral de su personalidad, y el grado de peligrosidad que muestre y el avance en el proceso de rehabilitación. Podrá luego pasar por una fase de prelibertad y otra de libertad controlada. También la ley regula las rebajas por buena conducta que pueden obtener los condenados.

c) Coloca todo el sistema de ejecución de penas en el ámbito administrativo como una dependencia del Ejecutivo, sacándolo del ámbito jurisdiccional. Este punto es el que ha merecido mayores objeciones, pues se considera que la aplicación de las penas, como la ejecución de mayor sentencia, compete estrictamente a los jueces, para que estos sean los que tomen las decisiones pertinentes en el curso de la ejecución. Por supuesto que harían falta para esta actividad jueces especiales distintos de los jueces que expidieron la sentencia.[46]

Esto es lo que en términos generales se puede analizar con relación a la aplicación y cumplimiento de la pena en nuestra legislación penal.

3.3. LA INAPLICABILIDAD DE LAS SANCIONES SUSTITUTIVAS A LAS PENAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

El Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, establece con suma claridad que "La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"[47] Es decir, que por principio, se aplica en nuestro Derecho Penal el esencial criterio de proporcionalidad, que no es otra cosa que la idea más profunda de la justicia penal, es decir, que la sanción aplicable a un delito debe ser estrictamente coherente con la gravedad del mismo, no mayor, porque será cruel, y no menor, porque entrañará impunidad; pero en ningún caso debe dirigirse a

[46] Cfr. CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a enero de 2010.
[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Octubre de 2008.

la destrucción del delincuente, a su infamación y a su agravio moral, sino por el contrario, a su enmienda y a su rehabilitación para convertirlo en un individuo útil a la sociedad.

Así mismo, como se ha observado con anterioridad el Art. 77, numeral 11, de la Constitución determina que en todo proceso en que se haya privado de la libertad a un ser humano, "La Juez o juez apicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada."[48]

Entonces, el ordenamiento constitucional además de establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones, determina también la obligación de los órganos judiciales de aplicar sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, atendiendo de manera específica tres aspectos: la naturaleza peculiar de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

Sin embargo, hasta este momento, no se ha establecido en nuestro marco jurídico penal, las "sanciones alternativas" a las que se refiere la Constitución de la República del Ecuador. Aunque si bien es cierto, existen casos realmente aislados en los que en consideración a la personalidad del reo y a la calidad de mínima de la infracción cometida solamente se aplican penas pecuniarias, no se ha concretado, sin embargo, en la letra de la ley, penas alternativas, claramente establecidas, que materialicen el espíritu constitucional establecido en el Art. 77, numeral 11, de la Carta Magna.

[48] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Octubre de 2008.

Como sanciones alternativas a la privación de la libertad, que a la brevedad posible, mediante una reforma al Código Penal y al Código de Ejecución de Penas, podrían aplicarse en el Ecuador, podemos señalar las siguientes:

EL ARRESTO DOMICILIARIO.- Esta sanción alternativa al internamiento en Centros de Rehabilitación Social, en nuestro marco jurídico procesal penal se encuentra comprendida únicamente como medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva, que sin embargo, no ha podido ejecutarse hasta el momento por problemas de tipo logístico. No se ha establecido tampoco el arresto domiciliario como sanción alternativa a la privación de libertad en caso de sentencia condenatoria ejecutoriada.

Debo aclarar que el arresto domiciliario como sanción alternativa al internamiento en las cárceles para reos que han recibido sentencia penal condenatoria, si existe en otras legislaciones, pero en nuestro país, esta posibilidad se ve realmente lejana, pues el Art. 208, en su última parte con claridad determina que todas las personas que hayan recibido sentencia penal condenatoria pagaran sus penas en los centros penitenciarios respectivos.

El arresto domiciliario, aunque también implica privación de la libertad, significa sin embargo, un trato más humano y cómodo al reo, pues este puede realizar ciertas actividades habituales desde su domicilio y mantener los vínculos familiares que resultan de fundamental importancia.

EL TRABAJO COMUNITARIO.- Constituye una excelente alternativa de sanción para quienes han cometido infracciones penales menores, pues a través de esta modalidad, se obliga al condenado a dedicar parte de su tiempo a desempeñar trabajos en beneficio de la comunidad. Esto a la vez que provoca la reinserción social del infractor, da lugar a que aquel se sienta útil a su comunidad, y a que se desarrollen ciertas expectativas de vida futura sin tendencia a reincidir en el delito.

LAS SANCIONES PECUNIARIAS.- En nuestra legislación penal las penas pecuniarias no se encuentran comprendidas como sanciones sustitutivas de la privación de la libertad, pues tienen la calidad de penas accesorias. La pena pecuniaria recae sobre el haber patrimonial del reo, y busca que este sienta el castigo en la mengua de su caudal económico. Mediante este sistema se pretende concienciar al reo acerca de la necesidad de evitar cometer actos ilícitos, pues en caso contrario sufrirá detrimento en su haber patrimonial, que en casi todos los casos es el producto de su trabajo. Generalmente se aplican estas sanciones para delitos menores.

LA LIBERTAD CONDICIONAL.- Consiste en la oportunidad que brinda el Estado a quienes han delinquido, para que rectifiquen su conducta, pues en caso de manifestar comportamiento socialmente nocivos, se materializa la privación de la libertad. La libertad condicional tiene cierta similitud con la libertad controlada, con la diferencia que en la primera, se brinda la oportunidad al sujeto infractor, de ser el artífice de su propia rehabilitación. En nuestro país aún no se ha establecido propiamente la libertad condicional.

Estas, son entre otras las principales sanciones alternativas a las penas de privación a la libertad que pueden observarse en otras legislaciones, y que con las reformas pertinentes bien podrían aplicarse en el Ecuador.

LA LIBERTAD CONTROLADA.- Que ya se encuentra determinada en el Código de Ejecución de Penas, pero no como una medida alternativa a la privación de la libertad, sino como parte de la rehabilitación del sujeto que ya ha sufrido prisión, y que ha sido objeto de rebaja, y que como pena complementaria se le somete a la presentación periódica ante la autoridad. Sin embargo, como medida sustitutiva de las penas de privación de la libertad, esta sanción implica no solo la presentación periódica ante la autoridad, sino toda una asistencia especializada de carácter psicológico, así como un trabajo social, la capacitación y educación del reo, la provisión de fuentes ocupacionales -en caso de que no la tuviera-, en definitiva, un control de la conducta y actitud de reinserción social del sujeto delincuente.

Sin embargo, pese a que la Constitución de la República establece en el Art. 77, numeral 11, la obligatoriedad de las juezas y jueces de aplicar sanciones alternativas a la privación ilegal de la libertad, es decir, en lo posible deberán dirigirse a obviar las penas de prisión, que a la postre resultan negativas y mayormente traumáticas para la personalidad del reo, el mismo texto constitucional en el Art. 76, numeral 3, buscando salvaguardar a los reos del abuso de los órganos de jurisdicción penal, de forma expresa señala que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté

tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; **ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley**…"[49]

Esto significa que para establecer sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, definitivamente es indispensable determinar en forma expresa en la Ley, cuáles son dichas sanciones sustitutivas y alternativas, y en qué casos y favor de qué tipo de procesados son aplicables.

El Art. 55 del Código Penal también determina como regla inamovible que la prisión correccional la cumplirán los reos en los centros carcelarios, siendo como es notorio, otro obstáculo para la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad, que deben ser a la brevedad posible claramente determinadas en la Ley.

En el caso de los condenados a reclusión menor, debo señalar, que el Código Penal en el Art. 54 establece la posibilidad de que éstos por excepción puedan trabajar fuera del establecimiento carcelario siempre que existan colonias penales agrícolas, sin que puedan sufrir aislamiento alguno. Es decir, en el caso de penas de prisión es imposible la sustitución de la pena privativa de la libertad, no así en el caso de los condenados a reclusión, que tendrían la posibilidad de trabajar en colonias agrícolas, donde el espacio físico y su libertad –al menos de movimiento- sería un poco mayor. Sin embargo, es también indispensable decir, que las colonias penales agrícolas, hasta el momento solo son una aspiración en el sistema penitenciario ecuatoriano.

[49] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Octubre de 2008.

En cuanto a medidas de seguridad, como medio de afianzar el uso de sanciones sustitutivas de las penas de privación de la libertad, me parece importante hacer los siguientes señalamientos:

Buscar una definición de medida de seguridad no es tarea fácil, pues desde su ingreso de manera sistematizadas al derecho penal a fines del siglo XIX con el advenimiento de la ideología positivista, muchos autores agrupados en diversas corrientes del pensamiento jurídico y filosófico han tomado el tema sin precisar el concepto de "medida de seguridad". Sin embargo para una adecuada comprensión de tema que me ocupa, pongo algunas definiciones de medidas de seguridad; así tenemos que aquellas "son las medidas complementarias o sustitutivas de las penas, que, con fines preventivos, puede imponer el juez a personas inimputables que hayan exteriorizado su peligrosidad criminal o de los que puede temerse que vuelvan a delinquir"[50];

En el mismo sentido se tiene que "las medidas de seguridad son las prescripciones que el juez, cuando ha constatado la culpabilidad de un acusado responsable, impone tanto accesoriamente a la pena tanto en lugar de ella, con el objeto de prevenir delitos. El juez hará uso de ellas cuando la condición personal del delincuente hace que respecto de él la pena no tendría ningún efecto preventivo"[51].

En la doctrina Latinoamericana las medidas de seguridad han sido definidas como "…una consecuencia jurídica que consiste en privar temporalmente de ciertos bienes jurídicos a

[50] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Segunda Edición, Tomo XII, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2005, p. 1001.

[51] VARIOS AUTORES, Gran Diccionario Jurídico, Tomo 2, AFA Editores, Lima, 2004, p. 803.

quienes han realizado un tipo penal, careciendo de culpabilidad, pero revelando con ello al propio tiempo su peligrosidad social"[52]

Bramont-Arias Torres define que: "las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos legales referente a la inimputabilidad del sujeto delincuente –inimputable total o relativo- y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas comentan nuevos delitos"[53].

El tratadista Miguel Polaino anota que: "La medida de seguridad es la consecuencia jurídica del "injusto típico" realizado por un sujeto inimputable o semi inimputable, o bien por un sujeto imputable que en todo caso acredita una cualificada actitud de peligrosidad criminal de futuro y que requiere para desvirtuar ésta un tratamiento singularmente adecuado a su personalidad"[54]; y "…desde un punto de vista formal, se entiende por tal la consecuencia jurídica imponible por el ordenamiento jurídico a quien ha cometido culpablemente un hecho punible, o quien ha transgredido la ley penal en situación de inculpabilidad, atendida su inimputabilidad, o como dice la doctrina, la medida de seguridad es la privación de bienes jurídicos, impuesta jurídicamente por el estado con un fin socializador o asegurativo, a persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y, en principio mientras aquel fin no se complete"[55].

---

[52] VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal, Parte General, Edit. San Marcos, Lima, 1998, p. 483.
[53] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, Manuel de Derecho Penal, Parte General, Edit. Santa Rosa, Lima, 2000, p. 370.
[54] POLAINO N., Miguel, Manual de Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas, Editora Jurídica GRULEY, Lima, 2004, p. 155.
[55] VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Edit. Temis, Santa Fè de Bogotá, 2000, p. 155.

Tomando en consideración los conceptos científicos anotados puede concluirse en que las medidas de seguridad en el ámbito de las ciencias penales se definen como la consecuencia jurídico penal aplicable a un inimputable (total o relativo) que ha cometido un ilícito penal, imponiéndosele privaciones de bienes jurídicos que tienen por finalidad evitar la comisión de nuevos delitos, debiéndose aplicar en función del sujeto peligroso encaminando a la prevención especial, como medios orientados a readaptar al que ha infringido la ley penal a la vida social libre, es decir, a promover su (re)educación o curación, según la necesidad.

La doctrina define tres tipos de sistemas de medidas de seguridad: a) Sistema Monista, que propone la aplicación de un sólo medio de sanción jurídica al culpable del delito, ya sea de la pena o las medidas de seguridad, pero no ambas; b) Sistema Dualista, también conocido como "doble vía", que admite la aplicación de las penas y medidas de seguridad; y, c) Sistema Vicarial, esta tercera posición llamada también "sustitutiva", permite la aplicación combinada de la pena y las medidas de seguridad, ya que inicialmente se puede sancionar con una pena y en su ejecución puede ser sustituida por una medida de seguridad o viceversa.[56]

Las medidas de seguridad se encuentran estrechamente vinculadas a la imputabilidad penal del autor. El Código Penal vigente, dedica parte de su articulado a la regulación de las medidas de seguridad, aunque evidentemente estas son bastante limitadas e imprecisas y parte de la presunción de que todas las personas son imputables, con las excepciones previstas en el Art. 34 (perturbación mental absoluta), Art. 35 (perturbación

[56] Cfr. PEREZ, Arling, El Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Granma, La Habana, Cuba, 2005, pág. 97.

mental relativa), Art. 39 (inimputabilidad del sordomudo), y Art. 40 (inimputabilidad por minoría de edad), determinando así mismo algunas medidas de seguridad en tales casos, las que se aplican a falta de la posibilidad de aplicar sanciones penales, como sería por ejemplo el caso del internamiento de duración indefinida del perturbado mental en un centro especializado del que no podrá salir sino con audiencia del Ministerio Público y con informe satisfactorio de tres médicos designados por el Juez sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado; o también en el caso de los menores de edad, que son sujetos de aplicación de medidas de seguridad que tienen el carácter de protectoras del menor, pero que sin duda también entrañan el afán de desvincular socialmente al individuo bajo un criterio de peligrosidad, de allí que la "medida de protección" que implica el internamiento del menor puede durar hasta cuatro años, obviamente con la aplicación de un régimen progresivo de libertad que permita al "protegido" continuar sus estudios y asistir a un proceso de reinserción familiar.

En el caso de la pena, es indudable que aquella atiende sobre todo al acto cometido y su base es la culpabilidad (responsabilidad del autor) y en la medida de seguridad se atiende a la peligrosidad, y consecuentemente a la necesidad de proteger al entorno social de los potenciales actos del enajenado o del individuo que representa peligro para sus semejantes.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva –teoría absoluta de la pena-, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpiera en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su

personalidad. Estos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

La aplicación de una de estas medidas requiere que la personalidad del agente se adecue a una categoría de inimputabilidad (total o relativa), y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito. En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena; con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

Además, la doctrina nos enseña que las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos de imputabilidad descritos con anterioridad, y tienen como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas cometan nuevos delitos. El codificador nacional, siguiendo a los proyectos suizos incorporó al sistema de sanciones del Código Penal de 1973, la internación y el tratamiento ambulatorio como medidas de seguridad aplicables a los enajenados.

El tratamiento ambulatorio, es una medida de seguridad que en algunos países se aplica a los inimputables relativos conjuntamente con su pena. En este caso, a diferencia de la medida anterior, el sujeto no está recluido en una institución, sino que es examinado

periódicamente a fin de merituar el tratamiento recibido y su progresión o desarrollo para integrarse a la sociedad como miembro útil.

La medida de seguridad postdelictual es aplicable luego de culminado el proceso penal, en donde se ha establecido la responsabilidad penal del autor, existen dos alternativas: la primera y más común es imponer una pena (sanción jurídica aplicable a quien aparece como responsable de una infracción penal), y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad, que deberá tener su fundamento en la peligrosidad del sujeto procesado y en la necesidad de protección jurídica del entorno social de aquél.

Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o inimputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerables graves. Por tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas; no cabe duda que la determinación de aplicación de una medida de seguridad, precisa que para imponerla el agente (sujeto activo inimputable total o relativo) previamente ha tenido que realizar un hecho previsto como delito, es decir, la conducta realizada debe estar recogida dentro de un tipo penal; igualmente, precisa que la medida de seguridad de internación, sería homóloga a la pena privativa de libertad y que corresponde aplicar al juzgador sólo cuando exista un peligro potencial de que el innimputable pueda cometer nuevos delitos; es decir, que, para la aplicación de la medida de internamiento o internación se debe hacer un pronóstico delictual del agente, teniendo

en cuenta su peligrosidad y su comportamiento que a futuro permita advertir la comisión de nuevos hechos delictivos.

En el caso de las legislaciones que consideran que la medida de seguridad es solamente aplicable bajo el supuesto de la declaratoria de existencia del delito en un proceso penal, la medida de internación sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad; en este extremo la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, nos ilustra respecto al momento de la aplicación de la medida de seguridad de internación, definiendo que "sólo debe imponerse en la sentencia, a las resultas del proceso penal en donde se debe de haber comprobado la configuración del delito, al igual que la inimputabilidad y grado de peligrosidad del sujeto, para lo cual se debe contar con los informes médicos y psiquiátricos que determinen el trastorno metal o enajenación que altere la percepción, voluntad o pensamiento del inimputable y el tratamiento a seguirse con fines preventivos y terapéuticos"[57]. Asimismo, asume dicho órgano judicial posición en el sentido que en el sistema penal peruano sólo se aplican medidas de seguridad post-delictuales, que son las que suponen que el sujeto haya demostrado su peligrosidad con la comisión de un determinado delito.

Sin embargo, la doctrina enseña que también es posible la aplicación de medidas de seguridad predelictuales, como ocurre por ejemplo en el caso de la legislación penal cubana, donde es posible que un Juez, previendo la posible adopción de conductas delictivas del individuo, procede a la aplicación de ciertas restricciones que pueden ser

[57] CARDENAS R., Marco A., Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal, Editora Normas Legales, Lima, 2006, p. 223-224.

consideradas como medidas de seguridad independientes a la declaratoria de responsabilidad penal del sujeto, como es el caso de la restricción de acceso a ciertos lugares, arresto domiciliario de fines de semana, entre otros, que implica sin duda limitaciones de derecho de la persona. Además, es de destacar que en el derecho penal cubano no es necesaria la inimputabilidad del sujeto como requisito para la aplicación de medidas de seguridad, por el contrario, en este caso se considera que la medida de seguridad es un método de control social que abona a favor de la prevención delictiva, y que según sostienen los criminólogos cubanos viene dando buenos resultados, aunque reitero implica sin duda la restricción de ciertas garantías sustanciales de la personalidad humana como es el derecho a la libertad.

Algunos autores opinan que las medidas de seguridad no deben incluirse en el Derecho Penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito. Esta corriente, defendida por eminentes administrativistas, tiene acogida asimismo entre ciertos penalistas. Así, Grispigni las entiende como medidas de Derecho administrativo comprendidas dentro de la función de policía de seguridad. Manzini, titula el capítulo de su tratado dedicado a las medidas con la denominación de "Las medidas administrativas de seguridad", estimándolas, pues, como medidas de policía de naturaleza administrativa. Soler no las considera sanciones y Rocco las cita como medios de defensa social de naturaleza administrativa.

Particularmente no estoy de acuerdo con el planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, pues coincido con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso

integradas dentro de la definición de derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal, aunque es preciso considerar, como ya señalé, el caso cubano donde no es indispensable la manifestación delictiva como causa para la aplicación de una medida de seguridad, pues simplemente basta una evaluación positiva del estado de peligrosidad para que proceda la aplicación de un mecanismo jurídico de tal naturaleza.

Esta aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad predelictuales (tanto criminales como sociales) que pueden pensarse en el ámbito administrativo como hacen algunos de los autores mencionados y coherentemente fuera del derecho penal y las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

3.4. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE SANCIÓNES ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

El Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, se refiere esencialmente a tres aspectos en relación con los cuales tendría lugar la aplicación de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad. Estos aspectos son: Las circunstancias de cada caso, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

A continuación realizo un breve análisis en torno al significado y posibilidades de aplicación de cada uno de los casos.

La naturaleza de cada caso.- Por principio básico de las ciencias sociales se reconoce que cada fenómeno social presenta características peculiares que lo diferencian sustancialmente de otros sucesos que a simple vista podrían resultar similares. Entonces, tomando esta premisa como punto de partida, resulta claro, que las conductas calificadas como delitos jamás pueden ser iguales, pues cada una de ellas es un fenómeno social que presenta sus propias e irrepetibles características específicas.

En atención a este principio sociológico no es posible que a todos los delincuentes que han tenido una manifestación conductual similar (con respecto a un tipo penal), se les apliquen penas similares pues existen circunstancias que convierten en mayor o menor criminoso a un determinado acto.

El principio general es el de la unidad de cada fenómeno social, el delito como tal, es un acto único e irrepetible, cada vez que se ocasione tendrá características diferentes, aún cuando se trate de un mismo acto típico. Así por ejemplo, cinco sujetos en momentos y en hechos distintos pueden cometer el delito de asesinato, pero si bien en todos los casos se trata de la misma figura delictiva, en cada caso existen características específicas distintas que estarán dadas por las circunstancias, los móviles, las armas utilizadas, el nivel socio-económico-cultural de los sujetos, la estructura psicológica del autor, etc.

El principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, debe contemplar entonces de manera básica, la naturaleza específica y propia de cada caso. No se puede aplicar la misma sanción al hombre que aguijoneado por la extrema necesidad económica y de sobrevivencia comete estafa por primera vez en su vida, que al individuo que ha hecho de la defraudación un *modus vivendi*, y que reiteradamente ha cometido este delito. Esto quiere decir que el análisis específico de cada caso permite los argumentos necesarios para establecer el principio de proporcionalidad entre la infracción (como fenómeno social único e irrepetible) y la sanción penal como consecuencia de aquella.

Así como no existen dos hombres iguales, tampoco sus actos pueden ser idénticos, y por tanto se contradice con el principio de proporcionalidad el criterio de aplicación de una pena única para un mismo tipo penal, cuando obviamente la naturaleza de cada caso es distinta. La norma penal incluso contempla esta posibilidad, y por ello no es rígida en el señalamiento de una pena determinada frente a un tipo penal determinado, por el contrario, establece únicamente pautas por las que ha de guiarse el juez (de acuerdo a la regla primigenia de la sana crítica) para aplicar la pena de acuerdo a la naturaleza específica del caso sometido a su juzgamiento. Por ejemplo, en el caso del delito de estafa, nuestro legislador establece de uno a cinco años de prisión, es decir, el juzgador, luego de analizar las constancias procesales y deducir de ellas la naturaleza propia y peculiar de la conducta sobre la que se va a manifestar el juicio de reproche, tiene libertad para aplicar una pena mayor o menor, pero siempre dentro de los cánones que establece la ley para el efecto, así, en el caso del delito de estafa, no se podrá aplicar jamás una pena superior al máximo de cinco años determinados por la ley, por más circunstancias determinantes que procesalmente se hayan probado.

Estos son los criterios, que brevemente, se pueden observar en cuanto a la definición y conceptualización del enunciado legal del principio de proporcionalidad infracción-sanción penal, tomando en consideración la naturaleza específica de cada caso.

La personalidad del infractor.- El Diccionario de las Ciencias Psicológicas Diagonal/Santillana, en torno a la personalidad dice lo siguiente: "El término personalidad alude al conjunto de rasgos que caracterizan a un sujeto. Algunos autores tienden a incluir dentro del término todo tipo de rasgos -intelectuales, motivacionales, temperamentales, etc.-, mientras que otros sólo consideran los no cognitivos. Tendencias más recientes sugieren que sólo teniendo en cuenta las actividades cognitivas del sujeto y las diversas situaciones es posible elaborar una teoría comprensiva de la personalidad."[58]

Pervin, refiriéndose a la personalidad dice: "El campo de la personalidad se ocupa del individuo en cuanto totalidad y de las diferencias individuales. Las dimensiones o rasgos son los que nos permiten caracterizar a los individuos en su individualidad y, al mismo tiempo, evaluar las diferencias existentes entre individuos a lo largo de las mismas. Las dimensiones se conciben como fuentes de variación de la conducta humana. Constituyen lo que pueden denominarse «variables del sujeto», y suponen ciertas disposiciones comportamentales relativamente estables aún cuando susceptibles a la influencia de las situaciones."[59]

[58] DICCIONARIO DE LAS CIENCIAS PSICOLÓGICAS, Edit., Diagonal Santillana, Madrid, 2005, p. 1278.
[59] CITADO POR DICCIONARIO DE LAS CIENCIAS PSICOLÓGICAS, p. 1279.

Desde mi óptica, la personalidad, consiste en los rasgos específicos que presenta la estructura psíquica y consecuentemente conductual de cada ser humano, lo que lo singulariza con respecto a sus congéneres.

La personalidad es un aspecto que influye profundamente en todos los actos de los seres humanos. De acuerdo a las características de la personalidad se definirá la conducta, las reacciones, actitudes, intensidad de sentimientos y emociones, etc., del individuo, lo que resulta de profundo interés para la criminalística.

El ser humano, como sujeto imprescindible para la existencia del delito, obviamente que imprime las características de su personalidad al acto criminoso, pues el delito en muchos casos es resultado de la propia personalidad del individuo. Así tenemos por ejemplo las diversas reacciones que podría tener los individuos frente a un mismo estímulo, como sería el caso de recibir alevosas injurias y graves provocaciones, ante lo cual determinados sujetos podrían permanecer impasibles y tranquilos, otros en cambio podrían reaccionar moderadamente devolviendo los insultos e improperios, y otros con cualidades emotivas más profundas pueden reaccionar violentamente agrediendo, incluso de una manera salvaje e incontrolable, al agresor. Esto no precisamente significa que el individuo de personalidad flemática no haya querido delinquir y que el sujeto de personalidad explosiva haya planificado una agresión. Lo que ocurre más bien es que el sujeto flemático es profundamente tolerante y no es susceptible de ofenderse con facilidad, al contrario obviamente de la personalidad explosiva y proclive a las emociones, que experimenta reacciones violentas ante un estímulo lo suficientemente fuerte como para herir su susceptibilidad y rebasar su escaso nivel de tolerancia.

La formación de la personalidad, no es asunto muy simple, pues esta se modela y se nutre a lo largo de toda la vida del sujeto, pero especialmente en los años de la infancia, donde se establecen las pautas generales que han de establecer el carácter y el comportamiento del individuo durante toda su vida. Los psicólogos sostienen que la personalidad se forma a partir de los tres años de edad, y por tanto la rectitud y coherencia de esta dependerá de los aportes que reciba de las estructuras sociales que le rodean, fundamentalmente de la familia que es el núcleo humano más cercano que tienen todos los seres humanos.

La Criminalística, observa a la personalidad del sujeto como uno de los aspectos fundamentales que influyen en el delito y que incluso determinan las circunstancias del mismo.

Es por tanto indispensable, que siendo la personalidad uno de los factores sustanciales que diferencian a los individuos y consecuentemente a sus actos, sea tomada en cuenta como uno de los aspectos determinantes de la sanción penal aplicable a una determinada infracción.

El Código de Procedimiento Penal que estuvo en vigencia hasta el 13 de julio del año dos mil, en su Art. 335, hacía alusión a la relación que debe existir entre la personalidad del reo y la pena que se aplique a aquel por su delito. Dicha disposición tenía el siguiente texto: "En la sentencia condenatoria el Tribunal procurará que la pena guarde relación con

la personalidad del procesado; que se refiere al inciso segundo del artículo 253 de este Código."[60]

Esta disposición lamentablemente no ha sido estipulada en el nuevo Código de Procedimiento Penal, por tanto no es precisamente una obligación legal, pero sin constitucional, que los jueces y magistrados al momento de dictar sentencia procuren que esta guarde relación con la personalidad del acusado, cuestión que como vengo manifestando estimo que es de singular importancia.

Estos son los aspectos principales que se pueden anotar con respecto a la personalidad del reo como aspecto referencia para la determinación de la pena.

La reinserción social del sentenciado.- Como se ha observado con anterioridad y con detenimiento entre los fines esenciales que le atribuye a la pena tanto la doctrina como el derecho penal universal, así como las finalidades previstas de manera expresa en nuestro Derecho Constitucional y en la legislación penal, se destaca, el fin de rehabilitación para la vida en sociedad, que no consiste en otra cosa que en la reeducación del reo para convertirlo en un elemento de provecho para su grupo humano.

En la doctrina jurídica del Ecuador, se asigna a la pena en primer lugar la finalidad específica de infligir un castigo al reo por la incursión de su conducta en el supuesto hipotético que implica el tipo penal que protege un determinado bien jurídico de los ciudadanos que ha sido vulnerado o puesto en peligro de vulneración por la conducta

[60] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, L.134-OCL. RO 511: 10-jun-1983.

dolosa del agente. La pena debe guardar relación con el daño causado a la víctima, así como la alarma social que la acción delictiva ha causado, esto es el principio de proporcionalidad.

Se asigna también a la pena una función disuasiva, pues se considera que ésta debe significar una amenaza lo suficientemente fuerte, de tal manera que obligue a desistir al potencial delincuente en sus propósitos de ruptura de las normas jurídicas.

Sin embargo, como se observó oportunamente en el estudio del régimen penitenciario constitucional, podemos observar que se asigna a la pena, una función de reeducación del reo y capacitación para el trabajo, en procura de su reinserción social.

Es decir, hablamos de la función de rehabilitación que se le asigna a la pena. Pues, como ya explicamos, cuando no existen penas capitales que promuevan la eliminación definitiva del reo, indudablemente la pena debe orientarse a un proceso rehabilitador de aquel, en procura de su retorno a la vida en el seno de la sociedad a la que se debe.

De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador (Art. 77, numeral 11), uno de los aspectos importantes que deben observarse para el establecimiento de penas alternativas a la privación de la libertad de los delincuentes, es precisamente las necesidades de rehabilitación social del individuo que deben observarse en cada caso.

La reinserción social, en Derecho Penal, de acuerdo al tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni, se refiere “al proceso sistemático de reeducación que ejerce el sistema penal como última

instancia del control social, y luego de que se ha emitido una resolución del órgano judicial que declara a un individuo culpable de un determinado delito, a fin de conseguir corregir sus deficiencias de personalidad, sus conductas desviadas y sobre todo habilitarlo para la vida en sociedad, sin que signifique un peligro para su entorno social inmediato"; entonces, el proceso de reinserción social, hace alusión al conjunto de mecanismos formales e informales, que activa la sociedad y el Estado, para conseguir el enrolamiento del sujeto que ha sufrido un sistema de consecuencias jurídicas surgidas de su incursión en la conducta delictiva, y que por tanto se encuentra en la fase de reinserción social, es decir, de enrolamiento al engranaje del sistema social al que se debe, y al que presuntamente retorna gozando de una plena presunción de inocencia, y en condiciones de aptitud para ser socialmente útil y no entrañar peligrosidad para las personas de su entorno social. Sin embargo, vale agregar que los tratadistas contemporáneos actualmente cuestionan la eficacia de las penas privativas de libertad, toda vez que el objetivo de **reinserción social** del delincuente en realidad no se consigue, toda vez, que en la mayoría de los casos, las cárceles donde se apresa a los delincuentes, se constituyen en espacios de incubación de resentimientos sociales y radicalización de vicios y perversiones, lo que permite que el delincuente se perfecciones y profundice en tendencias y habilidades criminales.

No siempre, los delincuentes presentan un nivel de peligrosidad que justifique su encierro y aislamiento, por el contrario en un considerable número son personas que sin tener sentimientos y actitudes dañosas habituales, ante ciertas presiones existenciales, especialmente de orden socio-económico incurren en conductas delictivas, por lo que sin mayores miramientos son encerrados en las cárceles y aislados de la sociedad, lo que no

abona precisamente en favor de su rehabilitación, sino por el contrario permite las condiciones para un proceso de degeneración total del sujeto.

Las características de los llamados Centros de Rehabilitación Social, definitivamente son perniciosas y nocivas para la rehabilitación de los reos, pues aunque resulte doloroso aceptarlo, las cárceles en el Ecuador son verdaderos infiernos donde se observan una infinidad de lacras que terminan sumiendo en la perversión y la degeneración a las personas. La ociosidad, la vagancia, la falta de educación, las malas compañías, la pobreza, la miseria, el hacinamiento, la falta de infraestructuras deportivas, la ausencia de programas de rehabilitación, la falta de terapias de tratamiento psicológico, etc., han dado lugar a que los "Centros de Rehabilitación Social" sean en la actualidad verdaderas escuelas del crimen, con un medio ambiente totalmente violento, plagado de drogadicción, alcoholismo, homosexualismo, en suma en una variada muestra de la miseria a que pueden descender los humanos.

Entonces, es muy aceptable la norma constitucional que establece que para el establecimiento de penas alternativas a la privación de la libertad debe considerarse las necesidades específicas de rehabilitación social que requieren los reos. Esta rehabilitación puede lograrse con otro tipo de sanciones alternativas que resulten menos dañosas para la salud mental y moral de las personas, como sería por ejemplo el trabajo comunitario, las penas pecuniarias, la permanencia bajo vigilancia de la autoridad, etc.

3.5. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y SU AFECTACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO.

Según Cabanellas, la libertad se define como la "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos."[61]

En la Enciclopedia Jurídica Omeba con relación a la libertad contiene los siguientes conceptos: "Para las Institutas de Justiniano, la libertad es natural y la persona puede hacerlo todo, sólo con dos límites: El impuesto por el derecho y el impuesto por la fuerza. El Cristianismo planteó la libertad humana y la predestinación del espíritu divino. El racionalismo moderno nos dice que la libertad puede darse en el plano de la razón. Kant establece diferencias entre el determinismo y la libertad del hombre, planteando dos conceptos: el noúmeno y el fenómeno, que es el hecho sensorial. Ortega y Gasset, dice: Vivir es sentirse fatalmente forzado a ejecutar la libertad, a decidir lo que vamos a hacer en este mundo. Sartre sostiene que la libertad constituye el carácter único y esencial del hombre, y que todos los demás caracteres son secundarios. Otros dicen que es la potencia del intelecto. La doctora María Clelia Rosenstock, expresa que a través de la historia, el derecho ha recogido una u otra acepción de la libertad, para hacerla objeto de tutela jurídica; pero la lucha por la libertad humana no puede considerarse concluida".[62]

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, nacida a raíz de la Revolución Francesa, se consagra el principio de que "Los hombres nacen y

[61] CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit., p. 236.
[62] ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXIII, p. 185.

permanecen libres e iguales en derecho: la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás".[63]

Las Naciones Unidas, el 1 de diciembre de 1948, en la aprobación de los llamados Derechos del Hombre, establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derecho, están dotados de razón y de conciencia y deben obrar los unos para con los otros con espíritu de fraternidad".[64]

Con base en los conceptos anotados, emito mi criterio personal en el sentido de que la libertad consiste en la facultad del hombre para realizar ciertas acciones y orientar sus actos de conformidad con su libre albedrío, dentro de los límites que le impone la ley. Es un atributo convertido en bien jurídico por la tutela estatal en los diferentes países del mundo, cuyo ejercicio ha ido mejorando en relación con el desarrollo de la racionalidad de los seres humanos que conforman las diversas sociedades del planeta.

Se conoce que desde la antigua Grecia, aunque como derecho divino se amparaba el esclavismo, los nobles elogiaban y examinaban a fondo la libertad, convirtiéndola en tema vital de su filosofía, al igual que los atenienses, que conquistaron lo que se llama la libertad civil, cuando Solón prohibió la prisión por deudas. Sin embargo, la libertad jurídica quedó establecida cuando fue dictada una legislación que protegió a la persona física del ciudadano, y fue tomando forma el principio jurídico del Hábeas Corpus, y la libertad política quedó definida como el derecho de obedecer sólo a la ley dentro de la igualdad.

---

[63] GRAN ENCICLOPEDIA DE LA POLÍTICA, Tomo I, Edit. Cartago, Madrid, 2002, p. 283.
[64] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

El sistema de producción capitalista, en su teoría, se basa en la libertad del hombre, y le daba en sus inicios a éste, la supuesta libertad para trabajar para quien él quiera, a cambio de un salario, teniendo la libertad, obviamente en el marco de la ley de la época, para terminar o iniciar relaciones laborales. Se pregona la libertad humana, como principio del Estado capitalista, y este defiende la libertad mientras no atente contra su propia integridad.

Con la permanencia del sistema capitalista y la degradación de sus medios para perennizarse en el poder, se ha llegado a graves extremos de atentado contra la libertad, dando como producto en primer lugar una explotación despiadada de los proletarios, lo que por sí constituye un grave atentado a la libertad, así como a la estructuración de un Estado, que al decir de sociólogos, politólogos, juristas y estudiosos de las ciencias sociales en general, mantiene una libertad que solamente existe en apariencia. Casi todas las Constituciones capitalistas del mundo, se dicen respetuosas de los derechos humanos, y dentro de ellos de las libertades esenciales de los hombres, por ejemplo, la de obrar por el libre albedrío, la libertad para elegir y ser elegido, libertad de expresión, libertad religiosa, libertad política, etc., que sin embargo no pueden ser objeto de una plena práctica pues los diferentes tentáculos del capitalismo así lo evitan. Por decir algo, la libertad de prensa está supeditada a no atentar contra el sistema, y si esto lo advierte el Estado, definitivamente terminará con este derecho, como ocurrió en el Perú, en los últimos años donde el Estado se ha apoderado autoritariamente de estaciones televisivas y otros medios de comunicación en retaliación por el uso de la libertad de opinión.

La deshumanización de los sistemas capitalistas con la adopción del neoliberalismo, ha llevado a niveles mucho más graves y críticos a las clases desposeídas en los diversos países, limitando entre otras cosas el elemental derecho a la libertad. La centralización del poder en manos privadas, a través de las políticas de libre mercado y de globalización, han conculcado muchas libertades del ser humano, y han llevado a que ellas no sean determinadas por la soberanía estatal que debería regir un país, sino por el gran imperio representado en Estados Unidos de Norte-américa, que ha empezado a imponer su omnímoda voluntad en todas partes del mundo. En este marco resulta muy complejo hablar de libertad en el ser humano de la época, pues ésta es objeto de numerosas restricciones por parte de la clase social detentora del poder y profundamente interesada en la perennización de los sistemas de injusticia social.

Si analizamos los orígenes históricos de la libertad del hombre, este ha sido por naturaleza un ser que como todos los otros entes que pueblan el planeta ha nacido en libertad, aunque por su propia estructura racional y sus congéneres, este bien supremo ha sufrido muchas limitaciones y distorsiones que han convertido en una práctica perversa el irrespeto a la libertad natural del ser humano.

La ley se ha preocupado de manera permanente, a través de las diferentes sociedades, de determinar como un bien elemental de las personas el atributo de la libertad, y de acuerdo al grado de madurez de la racionalidad del hombre se ha establecido jurídicamente la prevalencia de este atributo. Ya vimos anteriormente como la declaración de libertad es fundamental en la organización de prácticamente todos los estados del mundo; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, nacida a

raíz de la Revolución Francesa, consagra como un derecho elemental del hombre el derecho a la libertad, e incita a todos los Estados del mundo a consagrarlo en sus ordenamientos jurídicos.

La libertad constituye un atributo indispensable para el desarrollo de la personalidad del hombre y consecuentemente de la familia, que se destaca como la célula fundamental de la sociedad. En los tiempos de la esclavitud, por ejemplo, la familia como organización primigenia de la sociedad sufrió una grave desintegración y dispersión que repercutió en desastrosas consecuencias.

Personalmente considero que el grado de civilización de una sociedad se mide justamente en el grado en que esta respeta las libertades del ser humano, no entendidas como el libertinaje, que constituye el abuso de la libertad, sino el libre albedrío responsable y respetuoso de la ley, de los derechos de los demás y orientado a precautelar la vida en comunidad.

Es sin duda, el bien jurídico de la libertad, un elemento indispensable de la existencia de los hombres, de la familia y de la sociedad entera. Es justamente la aspiración a conseguir tan elevado fin que ha conducido a los pueblos a verdaderos actos de heroísmo y holocaustos, a los más grandes sacrificios y a las más duras convulsiones en aras de conseguir sistemas con mayores niveles de respeto a la libertad individual y colectiva de los hombres. He allí la importancia elemental, sustancial e imprescindible del bien natural, social y jurídico de los hombres llamado libertad.

Las acepciones del término libertad son numerosas y generalmente se encuentran matizadas por un adjetivo o genitivo que limita su alcance. Así se habla de libertad privada, libertad pública, libertad económica, libertad de conciencia, libertad de cátedra, libertad de acción, libertad de expresión, etc. Las clasificaciones de libertad, dependen de la concepción misma de este término, y de las diferentes ópticas doctrinarias desde donde se la mire. En el campo de las ciencias jurídicas, casi la generalidad de los tratadistas, identifican dos tipos de libertad principalmente: la libertad interna y la libertad jurídica.

Por otra parte, la reflexión sobre el término, sin fronteras que lo limiten a un campo concreto, también se manifiesta de múltiples maneras, algunas de las cuales son:

a) Capacidad de la persona para autodeterminarse y liberarse de cualquier determinismo, apoyada su decisión en criterios racionales.

b) Capacidad y posibilidad de elección entre varias opciones. Estas dos acepciones implican la interpretación de la libertad como un atributo de la voluntad en el que radica la libertad y hace que la conducta libre sea algo específicamente humano.

c) Absoluta capacidad de actuar y elegir, basada en una total indeterminación interna al sujeto libre o en una completa ausencia de interferencias externas al mismo; en este sentido se suele hablar, no de libertad sino libertinaje.

Sin embargo, la pluralidad de explicaciones sobre libertad suelen concentrarse en las tres siguientes:

1) Libertad natural, con lo que se indica la capacidad y posibilidad del individuo para sustraerse (al menos parcialmente) a los determinismos provenientes tanto de la constancia de los fenómenos y hechos naturales como de los procedentes del "*fatum*" o destino.

2) Libertad privada o personal como capacidad y posibilidad del individuo para que su actuación frente a las presiones de la sociedad (comunidad, barrio, Estado...) no esté determinada por las necesidades de esta última, sino por las necesidades y capacidad de autodeterminación y de elección del mismo individuo.

3) Libertad política; ésta se sale de los confines individuales y se extiende a grupos humanos, entendiéndola como la independencia o autonomía de éstos para actuar según sus propias leyes, sin imposiciones e interferencias de otros grupos.

Estas definiciones tienen una cercanía bastante notoria con lo que en doctrina los tratadistas llaman la libertad interna y la libertad jurídica, de las cuales hablamos en detalle a continuación:

En nuestro país, desde los principios constitucionales que animaban a la Gran Colombia se propugnaba el derecho a la libertad, se declaraba por ejemplo que todo el que pisara el suelo patrio adquiría libertad, pero esta humanísima disposición tuvo escaso efecto porque se garantizaba en forma igualmente absoluta el derecho de propiedad, y como la esclavitud implicaba una forma de propiedad, aunque absurda y antinatural, siguieron existiendo esclavos en los primeros años de la República. En el Ecuador, ciertamente no

los hubo en gran cantidad, porque fue una colonia pobre, y la mano de obra indígena en general bastaba para las explotaciones agrarias y las incipientes industrias (batanes); sin embargo de no ser muchos los esclavos, el Estado -más pobre aún-, no contaba con los medios para pagar a sus dueños la manumisión, y así el proceso de libertad resultó demasiado lento.

La Constitución de la República vigente, reconoce el derecho a la libertad y consecuentemente prohíbe toda forma de esclavitud; la filosofía de esta prohibición consiste en que la libertad es un bien más apreciable que los intereses simplemente civiles que se pretende tutelar con el apremio personal. La privación de la libertad se justifica como pena, por infracciones de orden penal, es decir, para tutelar bienes de mayor importancia o de extensión y repercusión social. Esto permite también hacer la única excepción: la prisión por deuda de alimentos, que aunque meramente civil, tutela un bien de suma importancia, ya que la prestación alimenticia es indispensable para el mantenimiento de la vida.

La Carta Política de 2008 ha agregado al final del literal d) del numeral 29 del Art. 66, una sabia fórmula, que da la mayor extensión posible al principio de respeto a la libertad y refuerza y resume los anteriores conceptos: que ninguna persona podrá ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. Esto coincide con lo dispuesto en el artículo 8 del Código Civil: A nadie puede impedírsele la acción que no esté prohibida por la ley. Ambas normas excluyen la arbitrariedad de cualquier autoridad o persona, frente al respeto debido a la libertad humana: sólo la ley puede establecer una limitación jurídica de la libertad personal.

Como se puede observar en el análisis que realizo en el subtema anterior con relación al sistema de punibilidad previsto en el Código Penal ecuatoriano, las penas que se aplican preferentemente son aquellas limitativas del derecho a la libertad física de las personas, las que como señalé se clasifican en penas de reclusión y penas de prisión, las primeras aplicables a los delitos más graves y que deben cumplirse en las penitenciarias o centros de rehabilitación de alta seguridad; y las segundas que se aplican a los delitos considerados de menor gravedad, y que se pueden cumplir en las cárceles del respectivo cantón o de la capital de provincia, o en lugares apropiados de las penitenciarias.

El sistema penal ecuatoriano es evidentemente de tipo aflictivo y hasta el momento no ha podido separarse de la tradicional tendencia inquisitiva que lo ha caracterizado, y es por ello que se manifiesta una notoria contradicción con el derecho constitucional, en cuanto este acepta la posibilidad de sustitución de las penas privativas de la libertad por medidas de seguridad no penitenciarias, en tanto el derecho positivo penal hasta el momento no cuenta con una normatividad que viabilice tal sustitución. Incluso existe discordancia entre un Código Penal abiertamente inquisitivo y un Código de Procedimiento Penal, que cada vez avanza más ceñido al sistema acusatorio oral, que se caracteriza entre otros aspectos, por ser profundamente respetuoso de los derechos humanos de los procesados.

Como podemos observar en el Art. 51 del Código Penal, las penas que se señalan son las de reclusión mayor, reclusión menor, prisión de ocho días a cinco años, sujeción a vigilancia de la autoridad, privación del ejercicio profesional, incapacidad perpetua para el desempeño de empleos o cargos públicos. La gran mayoría de los delitos son reprimidos con penas de reclusión y prisión, solamente en muy pocas excepciones, como por ejemplo

la tardanza en la administración de justicia, se aplican penas de multa. Las penas de sujeción a vigilancia de la autoridad, privación del ejercicio profesional, o de arte u oficio, o la incapacidad para el desempeño de cargos públicos, o las penas pecuniarias, son accesorias de la pena principal, que como ya he señalado, se refieren estrictamente a penas que implican la privación de la libertad del reo.

El problema a mi modo de ver, no estriba en la previsión de penas privativas de la libertad proporcionales a la gravedad de los delitos cometidos; sino más bien se ubica en la insuficiencia normativa que no permite la sustitución de aquellas penas por penas no penitenciarias, que ejerzan los mismos, o tal vez mejores efectos rehabilitantes que el castigo recaído sobre la libertad personal del reo. Obviamente dichas penas sustitutivas deben operar en los casos que así lo ameriten considerando factores de mucha importancia como son: la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del reo y las necesidades de rehabilitación social del mismo.

3.6. LA TENDENCIA DE APLICACIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LA REALIDAD CARCELARIA NACIONAL.

Nuestra sociedad ciega e indolente ante los graves problemas que la afectan, siendo que de ellas depende que en las cárceles disminuyan los delincuentes y que las casas de rehabilitación nos devuelvan individuos útiles para la sociedad. Es cierto que de vez en cuando donan un bien material para tal o cual necesidad de los internos, pero ellos necesitan algo más y es el acercamiento humano de la comunidad a la que pertenecen, la misma que frecuentemente en vez de darles la mano para que se superen, los sancionan,

los marginan y los condenan con la marca de "delincuentes", y los abandonan y se despreocupan de ellos, produciéndose graves procesos de etiquetamiento social del individuo que por esas circunstancias de la vida alguna vez ha incurrido en el hacer delictivo.

Algunas veces se intenta imbricar el universo carcelario en la realidad socioeconómica, de la que es parte, considerándola que es el único eslabón de la sociedad.

Se dice constantemente que en la recepción que los recintos carcelarios hacen de una población indiscriminada y excesiva para las condiciones de albergue de que disponen, estaría el origen del factor determinante de su incapacidad para la enmienda de los condenados.

La adaptación y el triunfo de una persona en el medio contaminado de las prisiones, debe dar que pensar sobre las condiciones reales de resocialización o de readaptación a un medio libre, cada uno de los individuos que se encuentran internos en estos lugares debe tratar de adaptarse ya que dependen de una institución.

Las prisiones reflejan la contradicción central del universo burgués: "La forma jurídica general garantiza un sistema igualitario de derechos que se neutraliza con una espesa red de poderes no igualitarios".[65]

[65] ARGÜELLO, Santiago, Prisiones: estado de cuestión, Edit., Harla, 1997, p. 58.

Uno de los aspectos más frecuentes en nuestro país debido al mal mantenimiento de las prisiones se debe a la supuesta pobreza material del sistema, pero lo que falta en realidad es imaginación para resolver las angustiosas condiciones en que se mantienen nuestras prisiones.

Las regulaciones en torno al asunto carcelario tienen antecedentes desde tiempos muy remotos de la época republicana. Sin embargo un sistema administrativamente estructurado se produce apenas en la década de los sesenta.

La situación de los presos en el Ecuador sigue rayando los tintes de dramatismo a pesar de algunos avances logrados en el mejoramiento de infraestructura carcelaria.

El sistema penitenciario en el país tiene los mismos niveles de crisis que se han reflejado en pasados años, ya que los cambios realizados por las autoridades no responden a las necesidades concretas de los internos que se encuentran en las cárceles de nuestra nación.

Del informe realizado por el Centro de Documentación de los Derechos Humanos, órgano de la ALDHU, se deduce que hasta el año 2007 la gran mayoría de los reos guardan prisión sin estar sentenciados, cuestión que seguramente tendrá algunas variaciones en función de la liberación de las “mulas” del narcotráfico que hayan sido condenadas por portar cantidad inferiores a dos kilogramos y que hubieren pagado por lo menos dos años de prisión, por mandato de la Asamblea Constituyente, así como también en razón de la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Uno de los principales males del sistema penitenciario en el Ecuador está marcado por el hacinamiento en todas las cárceles del país. El espacio físico de los 18 Centro de Rehabilitación Social que existen en todo el territorio nacional tiene capacidad real de albergue para 7.500 reclusos, sin embargo en la actualidad el último censo efectuado en el mes de junio del 2007, da cuenta de 15.859 personas detenidas, sin tomar en cuenta el gran número de personas que ingresan diariamente a los llamados centros de detención provisional.

En el estudio del organismo de derechos humanos, se añade que la situación de hacinamiento toma índices alarmantes porque en los interiores de cada centro de rehabilitación también permanecen ilegalmente los hijos de los reclusos.

Los gobiernos de turno han prometido una ayuda para el mejoramiento de todos los centros de rehabilitación social, esperamos que esto se cumpla para el bien de los condenados del pueblo y de la sociedad en general. El Gobierno del Ec. Rafael Correa, ha asignado recursos para el mejoramiento del sistema penitenciario nacional, pero esto no ha pasado de significar un ligero alivio para algunas cárceles del país, pero en general la realidad de los reclusos aún continúa siendo de suma gravedad y preocupación.

En lo referente a la realidad carcelaria de Loja, se puede manifestar lo siguiente:

El Centro de Rehabilitación Social de Loja se encuentra ubicado en la prolongación de la avenida Emiliano Ortega, vía a la Ciudadela Zamora Huaico en el suroeste de la ciudad, el ingreso al edificio lo realizan por la entrada principal, tanto el ingreso para hombres como

para mujeres. El edificio comprende dos plantas, la alta y la baja, en la planta baja exterior se encuentran las oficinas y en la interior se encuentran las canchas deportivas; talleres (carpintería, zapatería, metal-mecánico), la cocina.

En el lugar donde está ubicada la cocina, se encuentran los baños, también se ubica el departamento de los contraventores y el pabellón de los choferes.

La planta alta está distribuida en tres departamentos denominados: A, B y C.

El departamento A, tiene una capacidad de 34 celdas o habitaciones, el departamento B cuenta con una capacidad de 17 celdas, siendo estas más amplias. El departamento C consta de solo un pabellón, pertenece a los varones que se encuentran detenidos, el mismo que se encuentra ubicado en la parte izquierda del establecimiento.

El departamento de mujeres se encuentra ubicado en la parte derecha de la entrada y consta de 15 celdas.

En lo que tiene que ver a la construcción del edificio, es todo de hormigón armado, las oficinas y pabellones tienen el piso de baldosa y cemento, las puertas de seguridad son de hierro, las terrazas son de ladrillo y sirven para facilitar a los señores guías su vigilancia; la construcción está rodeada de un muro de aproximadamente 6 metros de altura, hecho con ladrillo y cemento con impedimentos en sus bordes, con el objeto de precautelar la seguridad del establecimiento, en el interior hay pequeñas canchas deportivas, en cuanto a los servicios higiénicos no se encuentran en buenas condiciones de uso, los talleres de

mecánica, carpintería, manualidades, artesanías, cada una de ellas tiene su estructura definida, y en general carecen de los insumos básicos para una adecuada labor. También existen tres tiendas de abarrotes, dos puestos de comida ligera, una panadería y 16 lavanderías.

El Centro de Rehabilitación Social de Loja se encuentra en un estado de decadencia y creo que son múltiples las necesidades del mismo.

Dentro de un centro penitenciario o centro de rehabilitación deben existir las siguientes actividades propias y aptas para el tratamiento y aprendizaje del recluso en función social.

1. **Atención Médica.**

La conservación de la salud de la población reclusa, es una obligación legal, tan importante como la conservación de la vida por parte del Estado.

Si no existe una buena salud la ayuda terapéutica no tendrá valor. La atención médica y diagnósticos adecuados le dan al recluso la idea de lo importante que es la vida humana.

El buen cuidado de la higiene y cuidados personales, (baño, afeitada, corte de pelo, aseo en general) establecen normas higiénicas que coadyuvan al buen mantenimiento de la comunidad reclusa.

2. **Recreación adecuada**.

Las posibilidades de realización constituye la administración del tiempo libre. Los trabajos manuales de afición voluntaria, la buena música, la lectura, el arte, los juegos y los deportes que brindan oportunidades de superación espiritual.

El interés que tengan por realizar estas actividades, logrará positivamente disminuir la inclinación a las acciones delictivas. Esto a su vez aumenta el espíritu de compañerismo y sociabilidad entre los reclusos lo que es tan importante para su rehabilitación.

3. **Aspecto educativo.**

El programa educativo es una de las fórmulas más acertadas para la rehabilitación y el regreso fructífero de los custodiados a la comunidad y enfrentándose a la realidad, son los que más necesitan, por la incapacidad de vivir en un ambiente social tan complejo; de allí nuestro interés por la instrucción, por un buen plan de estudio, de educación social, que da muchas oportunidades para lograr encontrar las habilidades personales o de grupo y sus respectivos alcances.

De esta forma se ayudará a que los reclusos se conozcan y se comprendan de mejor forma, y comprendan también el privilegio de la libertad. Para ello se puede dictar materias afines a su competencia y personalidad, tales como: planificación familiar, relaciones públicas, psicología y personalidad, legislación, ética y moralidad pública, etc.

4. **Orientación y asesoramiento.**

Esta orientación debe atender a la solución inmediata de algún problema personal o colectivo que surja en el centro. Debido asesoramiento para quienes necesiten enfrentarse a problemas individuales, tales como las relaciones con otras personas, ajuste familiar y social. Oportunidad en la que el proceso de grupo debe llevar un desarrollo constructivo de la madurez emocional, haciendo notar las múltiples fuerzas que intervienen en el comportamiento de las personas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS VINCULADOS AL ÁREA PENAL.

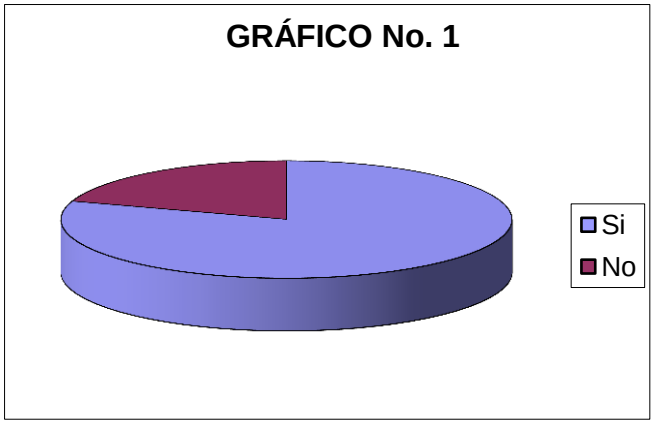
Conforme estuvo previsto en el respectivo proyecto de investigación, procedí a la aplicación de una encuesta a 30 profesionales del derecho del medio local y nacional, contados entre jueces de garantías penales, fiscales y abogados especializados en Derecho Penal. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

PREGUNTA No. 1.-

¿Estima usted que es socialmente conveniente el establecimiento de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad atendiendo a la naturaleza de cada caso, a la personalidad del infractor y a su necesidad de reinserción social?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	24	80%
No	6	20%
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Encuesta aplicada.
ELABORACIÓN: Juan Carlos Cisneros Sánchez.



La gran mayoría de profesionales del derecho encuestados (80%) opinan que es un asunto positivo en la Constitución de la República del Ecuador la apertura para el establecimiento de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad atendiendo a criterios como son: la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado. El 20% de las personas encuestadas dicen que dicho asunto no es del todo positivo, pues argumentan que no siempre los reos tienen predisposición a rehabilitarse ante medidas represivas persuasivas y menos duras que la privación de la libertad.

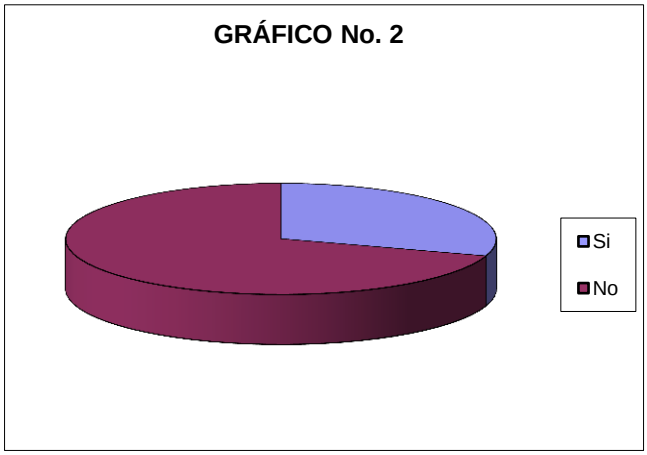
Comparto plenamente el criterio mayoritario de los encuestados en cuanto consideran que es socialmente conveniente la implantación efectiva en el Ecuador de un sistema de sustitución de las penas de privación de la libertad, por cuanto está demostrado que éstas no siempre son las adecuadas para lograr la rehabilitación del delincuente, al menos cuanto este no presenta altos niveles de peligrosidad, y por el contrario resultan más bien nocivas, y tienden a empeorar la actitud antisocial del reo. Obviamente que las sanciones alternativas de las penas de prisión deben aplicarse estrictamente en razón de las características propias de cada caso, atendiendo a la personalidad del infractor y a las necesidades de rehabilitación social de acuerdo a las peculiaridades propias de cada caso.

PREGUNTA No. 2.-

¿Le parece que sería viable una reforma al Código Penal en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	9	30%
No	21	70%
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Encuesta aplicada.
ELABORACIÓN: Juan Carlos Cisneros Sánchez.



La gran mayoría de encuestados, esto es el 70% estiman que no resulta viable una reforma al Código Penal, a fin de establecer conforme lo determina el Art. 77, numeral 11, de la Carta Política, sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, pues argumentan que existe una clara contraposición de dicha norma con el el 76, numeral 3,

de la misma Constitución, que prohíbe la aplicación de sanciones no previstas en la Ley, por lo que al momento no sería aplicable otra sanción por delito común, que no sea la pena de privación de la libertad. El 30% que corresponde al resto de los encuestados estima que dicha reforma si sería viable, tomando en cuenta el principio "pro reo" que caracteriza a nuestra legislación.

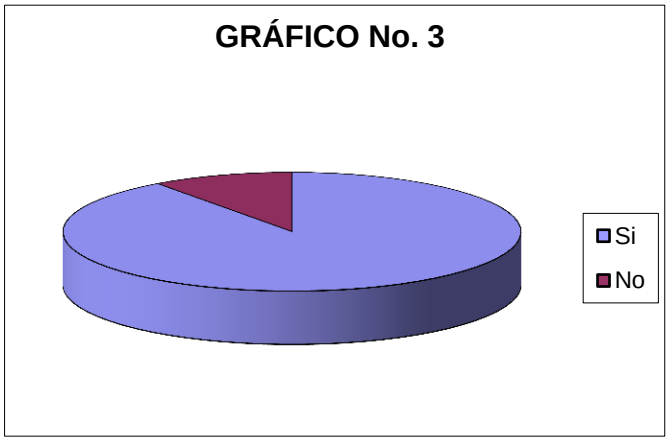
Mi criterio personal, compagina con el de la mayoría de encuestados, pues estimo que es sumamente necesaria la realización de una reforma al Código Penal viabilizando la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad que establece como principio del debido proceso el Art. 77, numeral 11 de la Constitución Política, pues es evidente que dicha garantía quedaría en letra muerta, si no se establecen normas concordantes en nuestro Código Penal que posibiliten la aplicación de sanciones sustitutivas de las penas de privación de la libertad.

PREGUNTA No. 3.-

¿Cree que existe una notoria contraposición entre el Art. 77, numeral 11, de la Constitución Política de la República y el Art. 76, numeral 3, de la misma, así como con el Art. 55 del Código Penal?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	27	90%
No	3	10%
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Encuesta aplicada.
ELABORACIÓN: Juan Carlos Cisneros Sánchez.



La gran mayoría (90%) de los profesionales del derecho que participó en la encuesta, manifiestan que existe una clara contraposición entre el Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República, y el Art. 76, numeral 3, de la misma, así como con el Art. 55 del Código Penal, pues argumentan que mientras el primero permite el establecimiento de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, la segunda disposición mencionada cierra netamente esa posibilidad cuanto establece que no se pueden aplicar sanciones que no estén previstas en la Ley. Lo mismo establece el Art. 55 del Código Penal. El 10% dice que no existe contraposición, pues manifiestan que bien puede crear el Estado centros de rehabilitación, donde se realice trabajo comunitario, producción fabril u otro tipo de medidas donde no necesariamente debe privarse de la libertad a los reos.

A mi modo de ver, la contraposición entre el principio constitucional (Art. 77, numeral 11) de sustitución de las penas privativas de libertad, y lo que dispone el Art. 76, numeral 3, de la misma Constitución Política y el Art. 55 del Código Penal, es evidente, pues como se puede apreciar, mientras por un lado se determina como garantía del debido proceso la sustitución de penas privativas de la libertad, por el otro se desecha de plano tal

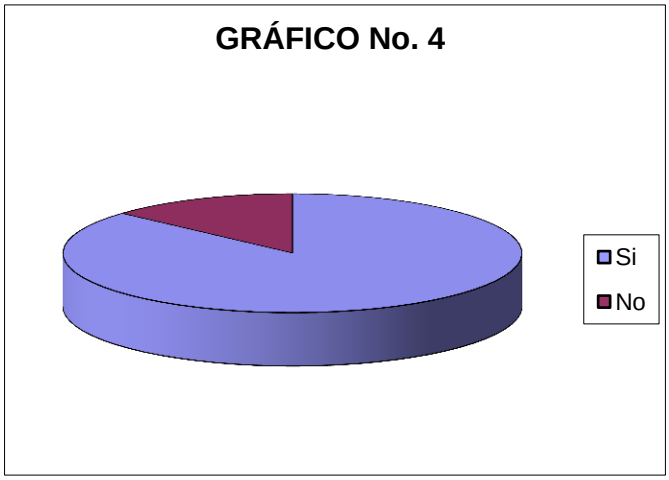
posibilidad, y en el caso del Código Penal, no contempla de manera expresa las sanciones sustitutivas que necesariamente deberían aplicarse en esos casos.

PREGUNTA No. 4.-

¿Estima que sería conveniente la realización de una reforma al Art. 76, numeral 3, de la Constitución de la República, de manera que se viabilice la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	24	80%
No	6	20%
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Encuesta aplicada.
ELABORACIÓN: Juan Carlos Cisneros Sánchez.



El 80% de los encuestados manifiestan su criterio en el sentido de que es necesario y conveniente una reforma al Art. 76, numeral 3, de la Constitución Política de la República,

para viabilizar el establecimiento en la ley de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, y debiera permitirse la aplicación de sanciones alternativas siempre que estas beneficie al reo. El 20% estiman que no es necesaria una reforma en este sentido, pues dicen que bastaría con establecer las penas alternativas a la privación de la libertad que estas serían aplicables (no obstante el Art. 76, numeral 3, de la Constitución y el 55 del Código Penal) por beneficiar al reo.

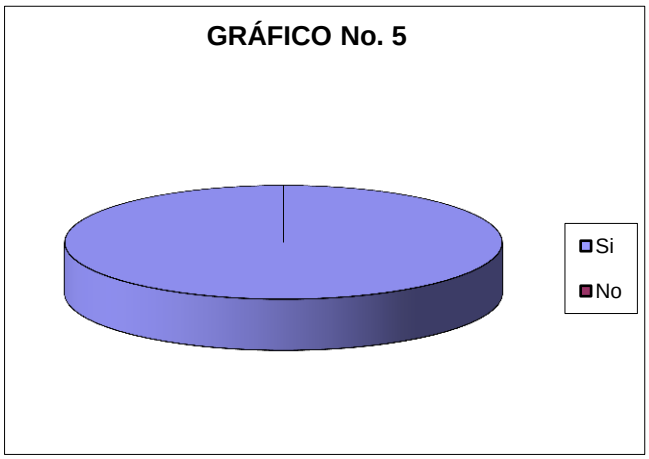
Al igual que la mayoría de los encuestados, yo considero, que no solo es conveniente dicha reforma, sino necesaria, indispensable y urgente, pues la disposición del Art. 76, numeral 3, de la Carta Política, de hecho torna en absolutamente inaplicable a la garantía de sustitución de penas privativas de la libertad establecida en el Art. 77, numeral 11, de la misma.

PREGUNTA No. 5.-

¿Considera usted que sería importante la realización de una reforma al Código Penal, contemplando sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Encuesta aplicada.
ELABORACIÓN: Juan Carlos Cisneros Sánchez.



El 100% de los encuestados manifiestan su opinión en el sentido de que sería favorable una reforma al Código Penal, materializando la obligación de la Ley de establecer sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, dando posibilidad a los jueces para que apliquen efectivamente el Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República. Sugieren que entre dichas sanciones alternativas se podrían tomar en cuenta el arresto domiciliario, el trabajo comunitario, la libertad bajo palabra, el arraigo, las colonias penitenciarias agrícolas pecuarias, entre otras importantes alternativas.

Al igual que opinan todos los encuestados, personalmente considero que es indispensable la realización de reformas al Código Penal, pues en caso contrario, seguirían siendo inaplicables las sanciones alternativas de la privación de la libertad, por cuanto no se encuentran expresamente establecidas en nuestro ordenamiento penal. Entonces, es necesario que nuestro legislador se preocupe a la brevedad posible de establecer de manera expresa en el Art. 55 del Código Penal las sanciones por las que, atendiendo la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la necesidad de rehabilitación del

reo, pueden sustituirse, cuando el caso lo amerite, las penas privativas del bien jurídico fundamental de la libertad.

4.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS:

4.2.1. OBJETIVO GENERAL

Necesidad de implementar sanciones sustitutivas a la pena privativa de la libertad en el Código Penal ecuatoriano.

Este objetivo general ha sido plenamente alcanzado en cuanto de la amplia base teórica que se ha elaborado en el presente trabajo, se deduce un profundo análisis con respecto al derecho penal, a la pena, y la necesidad de establecer en forma expresa en nuestra legislación penal sanciones alternativas a la privación de la libertad, esto sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso, la personalidad del infractor y sus necesidades en materia de rehabilitación social.

4.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

a) Analizar las sanciones alternativas que existen en la legislación comparada.

Como se puede apreciar en el capítulo II del presente trabajo, en la parte final se realiza un estudio de la adopción de sanciones alternativas en la legislación comparada como medio de plasmar las modernas ideas del

Derecho Penal retributivo, así como también para promover un auténtico proceso de rehabilitación social.

b) Demostrar que el sistema de prisiones del país en la actualidad no cumple con la rehabilitación y reincorporación del infractor a la sociedad.

Este objetivo específico se encuentra plenamente demostrado a través de las percepciones de los jueces, fiscales y abogados que interactúan en la investigación de campo. Se corrobora esta apreciación con el estudio realizado en torno a la realidad carcelaria nacional.

c) Establecer que con la implementación de las sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad, existiría menos reincidencia en el cometimiento de infracciones.

Esto se encuentra determinado con el amplio estudio teórico relacionado con la ineficacia de la pena privativa de libertad como instrumento para promover la rehabilitación social de los reos.

4.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Las hipótesis propuestas para ser verificadas mediante el desarrollo del presente proceso investigativo, estuvieron estructuradas de la siguiente manera:

a) Que al incorporar en el Código Penal ecuatoriano en su contenido sanciones sustitutivas a la pena privativa de libertad, garantizaría un adecuado equilibrio entre el delito cometido, la sanción y la rehabilitación o reincorporación social prevista en la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 82 reconoce el derecho a la seguridad jurídica, y dentro de ella y de manera especial el debido al debido proceso, por tanto, en relación a aquel, se establecen los principios fundamentales que permiten garantizar en el ámbito procesal los derechos humanos y constitucionales básicos de las personas. Es por esto, que el Art. 77, numeral 11, sobre la base del principio de proporcionalidad entre sanciones e infracciones, determina que los jueces prioritariamente aplicarán sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad contemplando tres factores esenciales: la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del reo y la necesidad de rehabilitación social del infractor. Sin embargo, estas sanciones alternativas, hasta el momento no han sido establecidas en el Código Penal, tornando a dicho principio en inaplicable, continuándose por tanto con la vieja práctica de las penas de prisión y de reclusión, las que como sabemos a la postre resultan negativas no solo para quien las sufre, sino para la sociedad en general, porque al ser ineficaz el sistema de rehabilitación del reo existen altos niveles de reincidencia y por tanto de inseguridad, lo que se constituye en uno de los problemas más acuciantes que actualmente padece la sociedad ecuatoriana.

El Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que obliga a los jueces a aplicar prioritariamente sanciones alternativas a las penas de privación de libertad, es inaplicable en virtud de lo dispuesto en el Art. 76, numeral, que como garantía del debido proceso determina que no se podrán aplicar sanciones que no se hallen establecidos en la Ley, y como vemos, el Art. 51 del Código Penal, no determina en forma expresa cuáles serán las sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, además persisten las ideas penales expresadas en el Art. 55 del Código Penal que determina que ningún reo condenado por delito de prisión pagará su pena fuera de los centros penitenciarios, aunque en este último caso se podría aplicar el principio pro-reo, pero tampoco, reitero, existe el señalamiento expreso de las sanciones alternativos en el ordenamiento penal, y por tanto, no es susceptible de aplicación la alternabilidad de penas afectivas de la libertad del condenado.

b) Las medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad implementadas en la legislación penal nacional, disminuirán la reincidencia en el cometimiento de las infracciones.

La presente investigación permite demostrar que efectivamente la erradicación, en lo posible, de las penas privativas de libertad, con un sistema adecuado de ayuda y rehabilitación social del delincuente, ayudarían a su enmienda, de manera que se evitaría los elevadísimos índices de reincidencia que observamos en la actualidad, y que son el principal componente de la incontrolable escalada delictiva que afronta el Ecuador.

Con base en los fundamentos anotados se puede establecer el carácter de verdaderas de las hipótesis propuestas.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

El estudio pormenorizado de la problemática de investigación me ha permitido llegar a algunas conclusiones como las siguientes:

1.- La pena es la característica fundamental del derecho penal, y entre sus finalidades específicas está imponer por el debido castigo al infractor, provocar su arrepentimiento y fundamentalmente propender hacia su regeneración moral.

2.- La pena desde cualquier punto que se la analice conlleva la disminución de ciertos derechos constitucionales de las personas como es principalmente el derecho a la libertad, sin embargo, tampoco debe atentar contra las garantías básicas de las personas, y es por ello que tampoco puede ser aberrante, degradante o cruel.

3.- Actualmente está demostrado el fracaso de las penas privativas de libertad, las que son un grave rezago de las épocas de la venganza privada, y apuntan a la destrucción física, psicológica y moral del sujeto, sin que en realidad permitan conseguir mayores resultados en materia de rehabilitación social, y por el contrario aumentan el resentimiento social del reo y lo vuelven muy proclive a la reincidencia. Esto obviamente sin descartar la aplicación de aquellas cuando la peligrosidad del sujeto requiere indispensable de su aislamiento para garantizar la seguridad de su entorno social.

4.- Ante la evidente realidad de que la privación de la libertad en lugares no aptos para la salud física, mental y moral de los reos, definitivamente no aporta en beneficio de su rehabilitación para la vida en sociedad y de su formación para ser elementos útiles a la comunidad, la propia Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 77, numeral 11, establece que los jueces aplicarán en forma prioritaria sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, analizando básicamente la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del sujeto infractor y la necesidad que este tiene de rehabilitación social.

5.- Sin embargo, el principio de aplicación prioritaria de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad resulta actualmente inaplicable, por cuanto el Art. 76, numeral 3, del mismo ordenamiento constitucional manifiesta que no se podrán aplicar sanciones que no se hallen previstas en la Ley, y es evidente que el Código Penal no contempla hasta el momento en forma expresa sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, ni tampoco establece los criterios jurídicos que permitirían que opere tal definición.

6.- El delito como todos los actos humanos es un ente individual y único, con características específicas propias e irrepetibles, por tanto es indispensable para la aplicación del sistema de consecuencias jurídicas, observar de manera minuciosa y detallada la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del infractor y los requerimientos en materia de reinserción social, lo que a su vez permitirá aplicar el principio de justicia y proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

7.- Una vez que ha sido superada la venganza social como finalidad de la pena, es indudable que esta se reviste de finalidades humanistas que no buscan la eliminación física, ni exclusión moral ni psicológica del delincuente, sino más bien la aplicación de un sistema de consecuencias jurídicas que promueva su reeducación a fin de que en el momento que dicho objetivo se haya logrado, se proceda a su reinserción social en términos de normalidad y de promover la vida en sociedad en términos de paz y armonía.

8.- No es posible actualmente la aplicación del Art. 77, numeral 11, de la Carta Suprema, por la no determinación expresa en el Código Penal de las sanciones alternativas que se aplicarían cuando la naturaleza del caso, la personalidad del reo, y la necesidad de rehabilitación específica del condenado así lo amerite.

5.2. RECOMENDACIONES

Tomando en consideración las conclusiones expuestas, y en base de las certezas, experiencias y criterios que he logrado a través del presente estudio, me permito realizar las siguientes recomendaciones:

1.- Recomiendo a todos quienes hacemos la sociedad ecuatoriana realizar una verdadera reflexión en torno a la necesidad de humanizar nuestro derecho penal, entendiéndolo al delito como un producto social, no podemos esperar hombres sanos en una sociedad plagada de corrupción. Por tanto nuestro esfuerzo común debe orientarse a

erradicar la corrupción que campea en todos los espacios de la sociedad a través de la educación y formación moral de las personas.

2.- Recomiendo a los señores asambleístas que componen la Asamblea Nacional promover un gran debate en todo el país y con la participación de la sociedad civil en relación con la necesidad de establecer en la ley sanciones alternativas a la privación de la libertad, cumpliendo con el precepto del Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República, pues como se ha visto en otros países, el trabajo comunitario, la libertad bajo palabra, las penas pecuniarias, etc., han ocasionado magníficos resultados en la rehabilitación de reos.

3.- Expresamente sugiero a los señores legisladores la reforma del Art. 51 del Código Penal, estableciendo sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad en centros carcelarios, entre las que podría plantearse el arresto domiciliario, la libertad bajo palabra, el trabajo comunitario, el arraigo, las colonias agrícolas y pecuarias, entre otras.

4.- Sugiero a los señores legisladores la realización de una amplia reforma al Código Penal, sobre la base de las ideas del Derecho Penal contemporáneo, armonizándolo con el sistema acusatorio oral que actualmente caracteriza a nuestro derecho procesal penal, y dando luz verde para que se posibilite la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad, y que se establezca estrictamente el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

5.- Recomiendo al Consejo Nacional de la Judicatura emprender en campañas de capacitación de los señores jueces que administran justicia en materia penal en el país, llevándolos a comprender que estamos en la era de aplicación del Derecho Penal de mínima intervención, y que en muchos casos el proceso penal es solucionable con aplicación del principio de oportunidad, preconizando siempre el interés supremo de la víctima que no siempre se dirige hacia una pretensión punitiva que disfraza sentimientos de venganza, sino que más bien busca su resarcimiento y la restitución de sus derechos vulnerados.

6.- Sugiero a la Dirección Nacional de Rehabilitación Social la implementación de todo un amplio sistema de realización de los derechos de los reclusos, dándoles acceso a la salud, la educación, la información, el trabajo, la relación con su entorno social, de manera que se fortalezca su proceso de reinserción social, para que a su retorno al seno de su comunidad y su familia se conviertan en individuos de provecho y utilidad para sus semejantes.

7.- Recomiendo al Gobierno Nacional, que ejecutando el principio de atención prioritaria que corresponde a las personas privadas de su libertad, se digne asignar los recursos pertinentes para que efectivamente se desarrolle un proceso de transformación del sistema carcelario nacional, convirtiendo a las cárceles en centros de educación y capacitación para el trabajo, dignificándolo al recluso y preparándolo para un provechoso retorno a la sociedad y sobre todo a su núcleo familiar.

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Considerando:

Que, la libertad constituye uno de los derechos más preciados del ser humano, que se considera como una de las metas supremas de todas las sociedades y en un derecho máximo e imprescindible para todos los hombres;

Que, nuestro sistema penitenciario aún practica las tradicionales penas privativas de la libertad en todos los casos, lo que resulta traumático para la personalidad del ser humano, y que no siempre brinda la posibilidad de lograr una auténtica rehabilitación social del reo en beneficio de aquél y de toda la sociedad;

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 77, numeral 11, determina la obligación de la Ley de establecer sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, las que tendrían que aplicarse considerando la naturaleza específica de cada caso, la personalidad del reo y su necesidad de rehabilitación; y que estas sanciones alternativas a las penas de prisión aún no han sido establecidas en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En uso de las atribuciones que le concede el Art. 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente,

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1.- Luego del Art. 51 del Código Penal agréguese los siguientes innumerados que digan: "Art. ...1.- En tratándose de delitos reprimidos con una pena que no supere los cinco años, considerando los requisitos jurídicos previstos en el Art. 77, numeral 11, de la Constitución de la República del Ecuador, se podrán aplicar las siguientes sanciones alternativas a la privación de la libertad. Estas sanciones se fundamentarán en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad:

a) Arresto domiciliario por el mismo tiempo que se hubiere impuesto la condena no mayor a un año, con el respectivo derecho a las rebajas en razón de buena conducta, que establece el régimen penitenciario en general;

b) Prestación de trabajo comunitario, siempre que ello no interfiera con las actividades laborales del reo. Cada día que hubiere durado la privación de la libertad del reo, equivaldrá a una hora de trabajo comunitario. En la respectiva sentencia necesariamente se establecerá este principio;

c) Libertad bajo palabra, siempre que se tratare de la primera condena del reo, y éste rindiere una caución proporcional conforme a las reglas del Art. 176 del Código de Procedimiento Penal a satisfacción del juez, la que tendrá vigencia hasta la fecha en que en caso de aplicarse hubiere terminado la pena;

Art. 2.- En el Art. 82 sustitúyase la palabra: seis meses por dos años.

En caso de incumplimiento manifiesto por parte del reo de los requisitos y restricciones que imponen las sanciones sustitutivas a las penas de privación de la libertad, el reo será condenado a la pena de prisión que ha sido objeto de sustitución, y no tendrá derecho a plantear ninguna otra petición o solicitud al respecto.

Los beneficios previstos en este artículo no serán aplicables a favor de quienes resultaren responsables de delitos sancionados con una pena que exceda los cinco años.

Art. 3.- No se aplicarán sanciones sustitutivas de las penas de privación de la libertad cuando el reo sea reincidente, o cuando de las circunstancias del acto delictivo se advierta que existe peligrosidad manifiesta del condenado. En los demás casos la aplicación de sanciones sustitutivas quedarán a la sana crítica de los juzgadores.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los _____ días del mes de _____ del año dos mil once.

f. El Presidente f. El Secretario

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Editorial Lex, Argentina, 1997.

- BECCARIA, Cesare, De los delitos y las penas, Ediciones Orbis, S.A., Barcelona, 1 984.

- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002.

- CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Proyecto Editorial Carrara, 1991.

- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Actualizado a marzo de 2010, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS, Actualizado a enero de 2010, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Actualizado a marzo de 2010, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Gaceta Constitucional, Ecuador, Junio de 1998.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Gaceta Constitucional, Ecuador, octubre de 2008.

- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, 9na. Edición, Editorial Artes Gráficas, Chile, 1992.

- DE TULIO, Benigno, Antropología Criminal, Edit. IPAC., Buenos Aires, Argentina, 1990.

- ECHEVERRÍA, Enrique, Derecho Penal Ecuatoriano, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1978.

- GABALDON, Luis Gerardo, Control Social y Criminología, Caracas, 1987.

- GÓMEZ CANO, César, Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Bogotá, 1989.

- GOLDSTÉIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Argentina, 1994.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, Tomo III, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Edit., Oxford, México, 2001.

- LARREA HOLGUIN, Juan, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Edit., UTPL, 1999.

- MEZGER, Edmundo, Criminología, Edit., Revista de Derecho Privado, Madrid-España, 1981.

- NEUMAN, Elías, Victimología, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

- PÁEZ OLMEDO, Sergio, Génesis y Evolución del Derecho Penal Ecuatoriano, Editorial Universitaria, Quito, 1980.

- RENGEL, Jorge Hugo, Concepción Sociológica del Delito, Edit., Casa de la Cultural, Loja-Ecuador, 1980.

- RESTREPO FONTALVO, Jorge, Criminología, un Enfoque Humanístico, Edit., Temis, Bogotá, 2000.

- RENGEL, Jorge Hugo, Criminología, 2da. Ed., Edit., Facultad de Jurisprudencia, U.N.L., 1994.

- TORRES CHÁVEZ, Efraín, Breves comentarios al Código Penal del Ecuador, Publicaciones EDIPAL, Cuenca, 1988.

- VARIOS AUTORES, Régimen penal ecuatoriano, Quito, Ediciones Legales, Corporación MYL, 2010.

- YAVAR NÚÑEZ, Fernando, Apuntes Criminológicos sobre doce Ciencias Penales, Edit. La Carolina, Guayaquil, 2004.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2006.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El Enemigo en el Derecho Penal, Edit. Ibáñez, Bogotá, 2006.

- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Manual de Derecho Penal, Segunda Edición, Edit. Edino, Guayaqui, 1998.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, El Debido Proceso Penal, Edit. Edino, Guayaquil, 2002.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, IV Tomos, Edit. Edino, Guayaquil, 2004.

- ZAVALA EGAS, Jorge, Manual de Derecho Constitucional Ecuatoriano, 2ª edición, Edit., Edino, Guayaquil, 2000.

ANEXOS

ANEXO No. 1

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR
SEDE LOJA
CARRERA DE DERECHO

FORMULARIO DE ENCUESTA

Señor Doctor: Le ruego encarecidamente que se digne contestarme la presente encuesta que va dirigida a recabar sus valiosas opiniones en torno a la problemática jurídica que implica las limitaciones de nuestro sistema penal para viabilizar la aplicación de sanciones sustitutivas de las penas de privación de libertad.

1.- ¿Estima usted que es socialmente conveniente el establecimiento de sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad atendiendo a la naturaleza de cada caso, a la personalidad del infractor y a su necesidad de reinserción social?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

2.- ¿Le parece que sería viable una reforma al Código Penal en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

3.- ¿Cree que existe una notoria contraposición entre el Art. 77, numeral 11, de la Constitución Política de la República y el Art. 76, numeral 3, de la misma, así como con el Art. 55 del Código Penal?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

4.- ¿Estima que sería conveniente la realización de una reforma al Art. 76, numeral 3, de la Constitución de la República, de manera que se viabilice la aplicación de sanciones alternativas a la privación de la libertad?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____

_____
_____

5.- ¿Considera usted que sería importante la realización de una reforma al Código Penal, contemplando sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad?

Si ( ) No ( )

¿Qué sugiere? _____
_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____
_____

Gracias por su colaboración