



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREVIO A OBTENER EL TÍTULO DE:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

TITULO DEL PROYECYO

APLICACIÓN Y MODIFICACION

DE LAS PENAS

EN EL ECUADOR

AUTOR

ERWIN PAUL KOPPEL CASTRO

TUTORA

DRA. ZOILA ALVARDO MONCADA, MSc.

AÑO-2013

DEDICATORIA

Cuando tenía veinte años, un amigo muy querido me pregunto si yo sabía lo que era una cepa, y yo le conteste que sí, entonces él me hizo una reflexión que quedo dando vueltas en mi cabeza por mucho tiempo y decía, que para obtener un buen vino se necesitaba que venga de una excelente cepa, y que al igual que el buen vino, yo provenía de una gran cepa y podría ser un gran hombre, luego entendí que él se refería a mis padres a los cuales amo con todo mi corazón y doy gracias a Dios por haber permitido que yo provenga de ellos.

Quiero dedicar este trabajo de investigación, con mucho amor a mi esposa Adriana que ha sido mi amiga y compañera fiel de mil batallas, y gracias a su inmenso amor y paciencia a sido pilar fundamental en la consecución de mis logros, a mis dos hijos Karla y Erwin, a quienes amo sin medida y que son el motivo de mi existencia y la razón de mi vida, a mi padre el Abogado Erwin Koppel Carrasco, que aunque partió a un viaje sin retorno hace mucho tiempo, debe estar disfrutando este momento tan feliz para su hijo, y estoy seguro seguirá guiando mis pasos en los caminos de la vida, a mi abuelita Alba, que lastimosamente para todos nosotros y felizmente para ella acudió al llamado de nuestro señor y se encuentra en su seno, y estoy seguro que estará feliz con la consecución de mis metas, finalmente quiero agradecer de manera muy especial a quien ha sido mi fuente de inspiración y admiración, gracias madre por haberme dado la vida, por tus sabios concejos, por tu apoyo incondicional, por tu amor infinito, y simplemente por ser mi mama.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud y reconocimiento a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, por haberme dado la oportunidad de estudiar y formarme como profesional en tan prestigiosa institución.

A todos y cada uno de los maestros de la facultad de jurisprudencia por sus conocimientos impartidos a través de estos seis años de carrera.

A la Dra. Zoila Alvarado Moncada, Msc, por su excelente orientación profesional y académica en el desarrollo y culminación del proyecto de investigación, y a su valiosa experiencia dentro del Derecho Penal para la elaboración de este trabajo.

INDICE

CONTENIDO	Pág.
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
INTRODUCCION	7
CAPÍTULO I	
1. Planteamiento del problema de Investigación.	9
1.1. Justificación de la investigación.	11
1.2. Objetivo General	11
1.3. Objetivos Específicos	12
1.4. Delimitación de la investigación	12
1.5. Hipótesis general	12
1.6. Hipótesis específicas	13
1.7. Marco metodológico, Diseño de la investigación	13
1.8. Presentación y análisis de datos	13
CAPÍTULO II	
2. Marco teórico	15
2.1. Evolución histórica de la norma penal	16
2.2. Definición de pena	25
2.3. Características para determinar una pena	25
2.4. El fin de la pena	30
2.5. Clasificación de las penas	33
2.6. Penas privativas de libertad en legislación ecuatoriana.	34
2.7. Prisión preventiva	35
2.8. Diferencias entre prisión y reclusión.	40

CAPÍTULO III

3.1. Medidas Cautelares.	41
3.2. Justicia Indígena.	42
3.3. Diferencia entre Sanción y Linchamiento.	44
3.4 .Aplicación y Modificación de penas.	45
3.5. Circunstancias Agravantes.	49
3.6 .Circunstancias Atenuantes.	49
3.7. Atenuantes Trascendentales.	50
3.8. Simplemente agravantes en virtud de excusa simple.	53

CAPÍTULO IV

4.1. La reincidencia.	59
4.2. La reincidencia como agravante de la responsabilidad penal.	60
4.3. Teorías explicativas de la reincidencia	62
4.4. Los datos criminológicos y las afirmaciones jurídicas	64
4.5. El paso de la reincidencia a la habitualidad.	66
4.6. La confrontación básica: derecho penal liberal o derecho penal autoritario.	67
4.7. Las consideraciones político-criminales.	70
4.8. Requisitos de la reincidencia.	72
4.9. Ejemplo de un juicio en el que se trata la reincidencia en el sistema penal Ecuatoriano.	74

CAPÍTULO V

5.1 Concurrencia de delitos.	76
5.2 Concurso ideal.	77
5.3 Concurso real.	77
5.4 La condena condicional.	79
5.5 La condena condicional, condiciones y requisitos para su procedencia.	81

5.6 Efectos de la condena condicional.	81
5.7 La libertad condicional.	82
5.8 Modalidades de la libertad condicional.	83

CAPÍTULO VI

6.1. Análisis jurídico del código de ejecución de penas.	86
6.2. Sistema penitenciario contemporáneo.	91
6.3. Sistema penitenciario actual.	94
6.4. Principios del sistema penitenciario en el Ecuador.	108
6.5. Los centros de rehabilitación en el Ecuador.	113
6.6. Recomendaciones.	116
6.7. Conclusiones.	118

ANEXOS

1.-Porcentaje de internas por tipo de delito.	122
2.-Porcentaje de internos por tipo de delito.	122
3.-Gastos del sistema penitenciario.	123
4.-Gasto de los internos dentro de la cárcel.	124
5.-Relacion entre el personal penitenciario y los internos de la cárcel.	124
6.-Atencion medica en la cárcel.	125
7.-Capacidad y población carcelaria en América latina.	126
Bibliografía	128

INTRODUCCIÓN

Es importante conocer el sistema de aplicación de penas y el sistema penitenciario de la república del Ecuador, aprovechar sus virtudes y señalar sus defectos para luego proponer una solución integral de su estructura, para tener como conclusión el mejoramiento del sistema y aplicación de penas, que permita al penado mejorar sus condiciones de vida mientras cumple su sentencia.

El problema de nuestro sistema es muy complejo, ya que a través de la historia y en sus diferentes etapas hasta la actualidad no ha sido estructurado de acuerdo a las políticas y realidades sociales, económicas y muchas veces alejadas totalmente del aspecto estrictamente jurídico y técnico para dar paso a coyunturas políticas las cuales han aprovechado los gobernantes de turno para satisfacer sus apetitos electoreros y no han solucionado el problema de fondo de la aplicación de penas y el sistema penitenciario, que generalmente ha vivido colapsado.

Si revisamos el Código Penal a través de la historia con sus insipientes reformas, muchas veces encontraremos que la aplicación de las penas ha sido desproporcionada para algunos delitos e ínfima para otros, sin guardar los principios básicos de la proporcionalidad de las mismas, a mi entender esto se debe a que los encargados de reformar los códigos penales en las diferentes épocas y lógicamente me estoy refiriendo a los legisladores, que en muchos casos son neófitos en materia penal y en otros ni siquiera son personas que ejercen el derecho como profesión.

Si bien es cierto encontramos consagradas en la ley suprema es decir la constitución las garantías para un debido proceso y un sistema penitenciario cuya intención y fin para el que fue creado es rehabilitar y reinsertar a las personas que cumplen penas privativas de libertad y procurara que estas se incorporen a la sociedad de manera positiva y contribuyan a la misma, no es menos cierto que estos principios generalmente no se han cumplido.

Cuando echamos un vistazo a las carencias, deficiencias y necesidades de la sociedad y la profunda crisis de valores que estamos viviendo y no encontramos respuesta ni sosiego en las instituciones llamadas a cumplir con el deber de darnos paz y seguridad, entonces podemos entender el porqué de este auge delictivo, el porqué de la multiplicación de la corrupción en todos los estamentos de la sociedad y vemos reflejado todo este clamor de la población civil en la insatisfacción de nuestras necesidades y en estas incluimos a el sistema de aplicación de penas y el sistema penitenciario, lógicamente nos damos cuenta que lo que está escrito en las leyes vigentes muchas veces no funciona y queda simplemente como letra muerta.

Sabiendo todo esto, y conociendo los problemas que han originado esta crisis, tenemos que siempre apegados a la norma jurídica vigente sobre la aplicación de penas no solo en el Ecuador, sino también en otros sistemas penales y tomando en cuenta que el derecho evoluciona día a día, proponer soluciones mediatas a este grave problema para que de cara al futuro tengamos en el Ecuador un sistema de aplicación de penas justo , equitativo y un sistema penitenciario moderno que vaya de acuerdo al momento histórico que vivimos actualmente.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Haciendo un análisis retrospectivo del poder judicial ecuatoriano a través de la historia, nos damos cuenta que no ha sido capaz mediante el desempeño de sus funciones, de brindar una eficaz aplicación de penas dentro del poder judicial ecuatoriano, las mejoras, cambios o modificaciones muchas veces se han hecho de manera poco profesional o técnica y esto ha derivado en que el sistema penitenciario ecuatoriano este colapsado desde hace varias décadas. La Dirección Nacional de Rehabilitación Social y sus Centros de rehabilitación Social de acuerdo a datos estadísticos, presentan un acelerado incremento de la población carcelaria en los últimos años.

Este es el resultado de la grave situación jurídica, económica y social en que ha vivido el país, este problema se refleja en todos los centros carcelarios del Ecuador, no solo por la sobrepoblación, muchas veces producida por la inefectiva aplicación de las penas a los procesados, sino también porque los centros de reclusión con que contamos en el Ecuador, no prestan las condiciones necesarias para el tratamiento integral de los internos, debido a esta situación en los centros de reclusión, encontramos generalmente y sin excepción una galopante violencia ínter carcelaria, el perfeccionamiento de delitos, muertes, robos, extorsiones, bandas de criminales que operan desde adentro de los centros carcelarios, determinando así una descomposición interna del sistema que lo único que hace es hundir mas a los internos en mundo para el que no entraron a dichos centros, es decir para rehabilitarse.

Si estamos consientes de la problemática que se vive en la actualidad respecto a este tema, es menester empezar a plantear soluciones que vayan realmente a aportar a la optimización del sistema, y cuando digo sistema me refiero a ese gran conjunto que está conformado por el Estado, sociedad civil, y poder Judicial .

Las nuevas políticas que se tomen respecto a esta problemática, deben ser aplicadas de manera técnica, profesional, imparcial y desinteresada, para esto se debe elegir a los

mejores elementos en lo que se refiere a los operadores de justicia, las personas que laboran en los centros carcelarios, es prioritario implementar una reingeniería de la infraestructura de los centros penitenciarios.

Si logramos en un futuro mediano que los jueces, encargados de impartir justicia sean personas idóneas, es decir capaces, preferentemente especialistas en la materia, honestas y sobretodo que no obedezcan a intereses políticos, y si a esto se complementa la capacitación apropiada de los trabajadores del sistema carcelario, podríamos a empezar a pensar en un sistema legal más justo, profesional y técnico que permita rehabilitar a las personas privadas de su libertad.

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación iremos planteando soluciones serias a este tema.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En este trabajo de investigación el objetivo principal es contribuir y aportar con ideas enmarcadas en el ámbito jurídico, las mismas que permitan coadyuvar de la mejor forma a la creación y aplicación de las normas jurídicas para una mejor elaboración de las penas de acuerdo a la realidad que vive nuestro país, respetando la legislación nacional e internacional que rigen para este tema, también es importante sugerir al legislador mediante la investigación realizada, los cambios o mejoras que se puedan hacer, de cualquier norma que se quiera crear o aplicar en la elaboración o reformas de las penas.

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de este trabajo de investigación, es de buscar mejorar el sistema de aplicación de penas, el sistema penitenciario y el debido proceso para que el infractor, tenga todas las garantías que otorga la ley para su tratamiento, para esto debemos tomar en cuenta todas las aristas que este delicado tema tiene a bien tratar, y no me refiero solo a los aspectos estrictamente legales, sino también a los sociales, históricos y económicos, que tienen que ver con el desenvolvimiento de los sistemas tanto de aplicación de penas como el sistema penitenciario. Como sabemos el derecho desde su concepción ha ido evolucionando en sus diferentes etapas a través de la historia que le ha tocado vivir al hombre, y de igual manera la concepción y la aplicación de las penas ha ido cambiando según los factores que han afectado su creación y aplicación en las diferentes etapas de la historia.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

En este trabajo el objetivo específico es el de contribuir mediante los instrumentos legales vigentes, al mejoramiento del sistema, y ser vigilante permanente del legislador, para que la elaboración, reformas y aplicación del nuevo sistema de aplicación de penas en el Ecuador, se enmarque en el ámbito estrictamente jurídico respetando el principio de legalidad y el debido proceso, de tal manera que el infractor que reciba la pena, lo haga dentro del marco jurídico y el respeto a la leyes que rigen la sociedad, estas penas deben ser aplicadas de una manera justa, equitativa y proporcional de acuerdo a la gravedad de la infracción.

También el objetivo, debe identificar los aspectos más relevantes mediante la recopilación de leyes, jurisprudencia, doctrina y cualquier otro instrumento jurídico que haya aportado en los últimos años para la creación y aplicación de las penas.

DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación propone el estudio y aplicación de todas las leyes, doctrina de la creación, modificación y aplicación de penas que rigen en el ámbito nacional e internacional, y toma en cuenta como referencia o consulta a algunas legislaciones extranjeras que tengan similitud con el tema, siempre respetando los tratados internacionales y el debido proceso.

HIPÓTESIS GENERAL DEL TRABAJO

La elaboración y aplicación de las penas como medio de mejora en el desarrollo del sistema, plantea la posibilidad de entender y buscar de ser posible las soluciones urgentes a la problemática penitenciaria del Ecuador, por esta razón surge la interrogante y el reto que la sociedad hace al poder judicial cuando lo conmina y desafía a reestructurar integralmente, la aplicación de penas y el sistema penitenciario que rigen actualmente nuestra legislación.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

Estando cociente de la necesidad de mejorar las condiciones del sistema penitenciario del país, y fortalecer el protagonismo que tiene que tener el estado en este aspecto, planteo las hipótesis que a mi modo de ver deben ser tratadas desde una perspectiva diferente:

- ¿Puede el Estado a través de sus instituciones, ya sean estas jurídicas, económicas, sociales, etc., tomar la implementación de una política seria y responsable respecto de la aplicación de penas y optimización del sistema penitenciario?
- ¿Será satisfactoria la labor que ha llevado a cabo hasta el momento la dirección de rehabilitación social en los diferentes centros carcelarios del Ecuador?

- ¿Debe ser reformado integralmente el Código Penal Ecuatoriano, para que el juzgador tenga las herramientas necesarias en la aplicación o modificación de las penas de la manera más adecuada para los intereses de los internos?
- ¿Los operadores de justicia deben seguir siendo elegidos por concursos de méritos y oposición?
- ¿En el Ecuador se respeta el debido proceso y los derechos humanos respecto del juzgamiento, tratamiento y aplicación de penas de los internos en todas las etapas del proceso, es decir desde su detención hasta la promulgación de la sentencia?

MARCO METODOLOGICO

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo está diseñado para que la calidad de los resultados que se obtengan del mismo, se basen en una investigación seria, responsable de la realidad jurídica del sistema penal y penitenciario en el Ecuador, y contribuya a la mejora del sistema de penas que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

Para la mejor comprensión y desarrollo de este trabajo, el mismo contará con todos los instrumentos jurídicos, didácticos, tecnológicos, y pedagógicos para la mejor apreciación del mismo, tales como gráficos, diapositivas, etc. los cuales reflejan los resultados obtenidos de la investigación ya sea de manera cualitativa y cuantitativa.

Se tomará en cuenta la valiosa contribución de diferentes tratadistas del Derecho Penal de diferentes épocas, y se aplicaran en el desarrollo de este trabajo para tratar de sacar las mejores conclusiones y recomendaciones para el mejoramiento de un sistema de aplicación de penas y penitenciario respectivamente, que hasta el momento ha sido, injusto, retrogrado e inequitativo.

Los datos obtenidos en el presente trabajo, pertenecen a reconocidos tratadistas, tanto nacionales como internacionales que con su aporte van a contribuir a que la información plasmada en este proyecto sea veraz y se pueda tomar en cuenta como referente en el tema que estamos analizando.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tomando en cuenta la evolución del Derecho Penal Ecuatoriano, así como el sistema penitenciario de nuestro país, y de el estudio realizado a la ejecución de penas y al tratamiento que se le da a los internos en nuestros centros de reclusión, las recomendaciones y conclusiones que presentaremos en este trabajo, estarán dirigidas a mejorar el mismo, haciendo énfasis en las deficiencias y errores que el sistema de aplicación de penas y el sistema penitenciario respectivamente han venido sufriendo a través de la historia, las recomendaciones se las hará de acuerdo al marco jurídico vigente que rige en el Ecuador y el respeto a la Constitución y las leyes, siempre procurando que las reformas tiendan a favorecer a los internos.

CAPÍTULO II

MARCO TEORÍCO

El ordenamiento jurídico del Ecuador se sustenta en la supremacía de la carta magna, la misma que está sobre los demás conjuntos de leyes, esto se transmite en un sistema jerárquico que tiene su comienzo en la Constitución, la cual se extiende por las sucesivas instancias en el proceso de su creación por parte del Estado, el deber de este, es mantener el equilibrio social mediante la paz y fortalecimiento del Estado de Derecho, organizándose a través del orden jurídico por medio de los distintos tipos de Leyes que deben ser aplicadas según las necesidades de la sociedad, estas pueden ser, Códigos, ordenanzas, reglamentos ,etc .Dentro de este ordenamiento jurídico encontramos el sistema penal ecuatoriano que es básicamente el que comentaremos en este trabajo de investigación y está estrechamente ligado a el sistema penitenciario y a la ejecución de penas.

Es responsabilidad del ordenamiento jurídico vigente, lograr el normal y adecuado desarrollo de los ciudadanos y la sociedad, respetar las disposiciones y resoluciones que el mismo sistema emana para buscar el equilibrio y bienestar de la sociedad en su conjunto, por tanto el sistema penal es el reflejo directo de las estructuras político-económico-sociales imperantes en este momento histórico en el que vivimos, el mismo que debe ser aplicado con responsabilidad y sabiduría, teniendo en cuenta que estamos tratando con los derechos de los penados.

Basándose en el respeto a la jerarquía de la constitución, la independencia de poderes y la realidad social que vive nuestro país, es necesario que la aplicación de penas se realice de acuerdo al momento histórico de nuestro entorno, y mediante este se garantice el debido proceso de las personas.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMA PENAL ECUATORIANA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

PERIODO ABORIGEN

Esta etapa se caracteriza por la falta de fuentes documentales para poder precisar, que normas penales se aplicaban en las comunidades que habitaban el Ecuador, normas que según Albán Gómez, eran consuetudinarias ya que se transmitían verbalmente. Cuenta la historia que antes de la invasión de los Incas, cada comunidad tenía sus leyes propias, por lo que con el incario se unifican esas leyes y este periodo empieza a tener como característica principal, el dar prioridad a las creencias religiosas, ya que todos los conflictos eran tratados con carácter público. También podemos destacar que en incario se define una penalización de las infracciones según su gravedad, entre las que predominan las que afectan al inca, la religión y el Estado, pasando luego a los delitos contra las personas, los sexuales y contra la propiedad colectiva. En general en el incario la delincuencia es escasa, pero la que se producía era severamente reprimida con la pena de muerte y otras sanciones de carácter corporal.

PERIODO COLONIAL

Como característica de este periodo, encontramos que doctrinariamente toda sanción se encuentra estrictamente ligada al sistema penal y de manera particular al Derecho Penitenciario, vemos que dentro la evolución que se dio en la época colonial, se fue transformando a la vez su concepción, su aplicación, su interpretación y ejecución, de esta manera podemos señalar, que en un principio la venganza fue el móvil de la sanción penal, posteriormente el afán retribucionista, en que el penado expiaba su pena y pagaba a la sociedad con su trabajo.

El período colonial, podríamos decir que empieza en el siglo XVI y se extiende hasta el siglo XIX, época en que se introdujo una serie de Instituciones jurídicas que regulaban las

relaciones sociales de sus habitantes y naturalmente se desprende que no existió la visión de un sistema penitenciario que estuviera inspirado en principios técnicos y científicos tendiente a la rehabilitación del infractor.

La conquista de los españoles al nuevo continente, comienza mostrando la gran ignorancia e insensibilidad de estas personas con respecto a los problemas sociales, culturales y políticos de la región en aquella época, lo único que les interesó a estos depredadores de nuestra cultura, fue encontrar riquezas y atesorar fortunas para beneficio propio y de la corona, aprovechándose los recursos naturales y humanos de América, que marca la más brutal y cruel explotación de los indígenas a través de las encomiendas, mitas y obrajes.

La conquista trajo consigo toda una influencia social, económica y política manifestada a través del Sistema Feudalista, cuya implantación desató una extrema forma de esclavitud, con todas sus secuelas de explotación, abuso y muerte. Las leyes penales de España estaban dirigidas a reprimir a las clases bajas y desposeídas, las cuales se encontraban al margen del derecho, debido a su condición de sometimiento y dependencia. Podemos ver en este sentido, que para mantener el orden público en las colonias de ultramar, así como para sancionar la conducta delincencial, la metrópoli española dictó numerosas leyes penales que contenían penas exigentes y severas, propias de la época.

Para poder de mantener el sistema y defender la Corona Española, las penas, cuando no eran de muerte en sus más diversas formas, tendían siempre a causar el mayor daño y dolor posible al infractor. A manera de prisiones eran utilizadas especies de jaulas que se construían en plazas públicas, pero lo más injusto que se pudo haber institucionalizado por parte del Gobierno y la Iglesia Católica fue el establecimiento de los “Tribunales de Inquisición” que otorgaba a los jueces ilimitados y grandes poderes para castigar de manera cruel a quienes atentaban principalmente contra la Corona, las Autoridades españolas y la Iglesia.

En definitiva se advierte que el primitivo significado de la pena, desde el punto de vista de la venganza privada que prevaleció, tiene más sentido y explicación desde la óptica humana, que es la otra forma institucionalizada de sembrar el terror y la muerte de los seres humanos, con el solo objeto de preservar un régimen establecido. Hay que destacar que principios del siglo XVII la Real Audiencia de Quito atravesaba por una severa crisis.

política y social, con el consecuente apogeo de la delincuencia y el establecimiento de medidas de represión.

“La horca para los asesinos, la hoguera para los falsificadores, el descuartizamiento por medio de caballos, el quebrantamiento de huesos, el despeñamiento, la mutilación de miembros y órganos del cuerpo, eran entre otras las sanciones que se ponían en ejecución. Penas menos severas constituían el destierro y encarcelamiento. Penas de orden pecuniario fueron las multas y confiscación de bienes.

La influencia del Derecho Romano en la legislación española, constituyó un importante factor para la modificación de las penas, con un criterio de corte humanizante. Siempre predominó el criterio de que la pena debe causar el mayor daño posible al infractor, se aplicaba de tal modo que la víctima sufriera moral y físicamente.

En los establecimientos carcelarios, sobre condiciones económicas lamentables, vivían los reclusos hombres y mujeres dentro de una gran promiscuidad.

El sistema carcelario opera una lenta transformación con el cambio de costumbres y fundamentalmente por la influencia del cristianismo en la península Ibérica, desarrollándose una mayor protección legal. La reforma comienza haciendo una clasificación de los delincuentes, en primer lugar en consideración al sexo, en adelante hombres y mujeres cumplirían su condena por separado.

Debido a que la Real Audiencia, no contaba con centros carcelarios debidamente implementados para la época, los sentenciados a prisión, eran enviados a Panamá o a Valdivia en Chile. La prisión temporal la cumplían los condenados en las fábricas de cigarrillos en Guayaquil. Las mujeres condenadas a prisión, eran recluidas en conventos y obligadas a servir a las monjas como esclavas, a cambio de obtener algún alimento para su subsistencia. . Con la conquista española se introdujo en las colonias el sistema legal hispánico de fuerte raigambre romano y con elementos del derecho canónico, leyes penales que se caracterizaban especialmente por la severidad de las sanciones a través de la pena de muerte y otros castigos corporales. En este período es importante destacar la expedición de las Leyes de Indias de 1680, normativa que pretendía tutelar la población indígena americana, pero que lamentablemente se quedó en letra muerta.

LÉON, BOLÍVAR. (1985) COMENTARIOS DE DERECHO PENAL PROCESAL PENITENCIARIO Y DE SOCIOLOGÍA. JUDICIAL. QUITO – ECUADOR. EDITORIAL RUBÉN DARÍO.

“EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO QUE RIGE AL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO” DR. FAUSTO ADRIÁN TORRES RÍOS

PERIODO REPUBLICANO

La evolución histórica de las leyes penales, las concepciones de la pena, sus fines, su relación con el Régimen Penitenciario, integrado en la legislación penal, a comienzos de la República prácticamente era la misma que regía en la Real Audiencia de Quito, en la cual se consideraban vigentes las Leyes de Indias.

En el Código Penal de 1837 desaparecen algunas disposiciones protectoras de la legislación colonial, manteniéndose las de contenido represivo y se mantienen en algunos casos volviéndose más rígidas.

Durante 1830 en que se inicia la época Republicana, Vicente Rocafuerte, escribe un Ensayo sobre el nuevo Sistema de Cárceles, cuyo fin fue la transformación sustancial del sistema carcelario de aquella época, tanto en el aspecto de infraestructura física de las prisiones, como en el trato a quien delinque. Sus exposiciones tienen fundamento en la Escuela Criminológica Positivista, que considera al delincuente como a un enfermo que no debe ser objeto de castigos corporales, sino más bien de un tratamiento especial, en base a un estudio previo al que debe ser sometido. Los principales aspectos de este ensayo se sintetizan en los siguientes puntos:

-Salud.- se promovía para que en las cárceles exista condiciones básicas y elementales de convivencia, a través de la alimentación, la atención médica necesaria, dotación de servicios como luz, ventilación, higiene, en procura que el infractor tenga una salud relativamente buena, para que sus males físicos no se conviertan en una tortura adicional a la privación de su libertad.

-Trabajo.- se refiere a que al preso hay que enseñarle un oficio útil que le sirva para su posterior vida libre, desprendiéndose que la actividad laboral permite al reo ocupar su tiempo en actividades productivas y lícitas.

-Disciplina.- constituye un factor importante, de ahí que se partió del hecho que debía existir una reglamentación que contemple las sanciones para las faltas disciplinarias, aspecto que se mantiene hasta la actualidad en los Centros de Rehabilitación Social del país, para la aplicación de la reglamentación sancionadora consideraba necesario que el preso conozca la normativa existente y los castigos disciplinarios estaban orientados al mantenimiento de la tranquilidad y orden internos.

-Clasificación.- para este aspecto consideró la gravedad del delito cometido y por tal razón la clasificación de la población carcelaria era primordial para evitar la expansión de aspectos negativos que podrían producirse al convivir en un mismo ambiente, detenidos de toda condición, particularmente como protección para aquellos que se encontraban por causas leves.

-Instrucción.- Rocafuerte, consideró importante fomentar las expresiones artísticas, principalmente en el campo de la música, además consideraba que la falta de educación es un factor que incidía directamente en la delincuencia, por tal motivo exponía que en la prisión los detenidos debían acceder por lo menos a la instrucción primaria.

-Inspección.- Consideró la necesidad de establecer un cuerpo de vigilancia debidamente estructurado con poder de mando.

El tratadista Marco Delpont, al respecto comenta: “Para que se facilite el control e inspección de los detenidos, los edificios deben ser construidos en forma poligonal, siguiendo las ideas del inglés Jérémy Bentham como son: El trabajo y la capacidad profesional del condenado, instrucción moral y religiosa, separación en pequeños grupos, inconveniencia del confinamiento celular absoluto, creación del patronato de liberados para dar la protección y ayuda a los ex - convictos y, régimen de amparo a las víctimas del delito, ideas que luego se generalizaron en casi todos los países de América”.

Las nuevas condiciones del orden económico, social de la República del Ecuador, vinculadas a la reforma de la legislación española y bajo el influjo de la Revolución Francesa que abolió los privilegios de clase permitió el afianzamiento de la burguesía, esta nueva clase dominante elaboraba su propio derecho partiendo de un principio general de justicia, por ende los nuevos pueblos de América ajustarían sus propias Instituciones a esta nueva modalidad social, subsistiendo las condiciones de explotación y segregación en las clases marginadas.

En 1837 se promulga el primer Código Penal del Ecuador, en el cual ya se incorpora el principio de tipicidad, es decir: “el tipo (modelo o figura) legal es el conjunto de los elementos que según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, componen los hechos humanos que están prohibidos u ordenados con la amenaza de una pena”.

Nuestro Código Penal vigente recoge este principio y en su artículo 2 manifiesta: “Tipicidad,- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”.

Ampliando sobre lo que implica la tipicidad es importante puntualizar que la infracción ha de ser especificada, definida y la pena deberá ser establecida con anterioridad al acto que se impute al agresor.

Sobre este período, señala que la independencia y los comienzos de la República no implicaron la aparición automática de un nuevo sistema legal, por lo que continuaron rigiendo las leyes españolas. El proceso histórico de la ley, las concepciones de la pena, sus fines, su relación con el Régimen Penitenciario, integrado en la legislación penal, a comienzos de la República prácticamente era la misma que regía en la Real Audiencia de Quito, en la cual se consideraban vigentes las Leyes de Indias.

En el Código Penal de 1837 desaparecen algunas disposiciones protectoras de la legislación colonial, pero las de contenido expoliador y represivo se mantienen y en algunos casos se vuelven más rígidas”.

Las Leyes de Indias consideraban la división de los delitos de acuerdo con su naturaleza peculiar, en públicos y privados; y, particularmente las penas aplicables a ellos consideraban el siguiente orden y gravedad.

-Pena de muerte, que podía ejecutarse en varias formas, tales como ahorcamiento, decapitación, garrote, estrangulamiento, fusilamiento.

-Penas corporales, la cual tenía dos aspectos a considerar: Mutilación de las orejas, mutilación de la lengua, mutilación de los dientes, marcas en la cara, azotes.

-Penas privativas de la libertad, contemplaban tres aspectos: prisión, expulsión, destierros.

-Pena especial de galeras, con trabajos forzados.

-Penas pecuniarias, que también tuvieron su aplicación especial en las multas y en las llamadas penas de marca y otras establecidas en las leyes de Castilla.

En definitiva en la época Colonial no existió ninguna orientación científica para la incorporación de un tratamiento adecuado, con una limitada legislación penal de carácter privado, basada en lo absoluto en la represión, asociada a sanciones crueles, visualizando el carácter retributivo de la pena, hecho que se asocia directamente al paradigma retributivo de la pena, hecho que se asocia directamente al paradigma absolutista, puesto que la sanción se constituyó solamente en una consecuencia jurídica del delito que a través de la evolución, la concepción y fines de la pena fue introduciendo fines humanitarios y estableciendo además nuevas formas de sanción contempladas en la normativa jurídica, con la incorporación de importantes cambios, concordantes con el avance del Derecho Penal y que relacionado al sistema penitenciario busca la superación del régimen de represión, típico de la etapa Colonial. .

Pena de muerte

También denominada pena capital o ejecución, la pena de muerte se basa en quitarle la vida a una persona que ha sido condenada por parte del Estado, en el caso en que ésta haya cometido uno de los llamados delitos capitales. En muchos casos, este castigo se ha aplicado tanto a criminales como a aquéllos que de una u otra manera se oponían a la ideología política o religiosa de un estado. Hoy en día ha sido abolida en muchos países del mundo pero irónicamente penalizada en la gran mayoría de los países llamados del primer mundo como por eje, Bielorrusia, Estados Unidos, Japón e India, Afortunadamente a mi parecer en nuestra legislación no existe la pena capital aunque este tema crea un gran debate en nuestra sociedad, ya que algunas personas creen que esta pena debería existir, pero pienso que nuestra sociedad, legislación y cultura no estarían preparadas para este tipo de castigo ya que cultural y socialmente no somos una sociedad madura para asumir este tipo de retos, sin dejar de lado el análisis sobre esta medida, se dice que esta pena serviría para bajar los índices de criminalidad, pero vemos que en los países que la aplican esto no sucede.

Existen legislaciones donde aún se permite este modo de actuar, ciertos estados que hacen gala de una supuesta moral intachable, que por un lado critican a otros estados porque supuestamente no respetan los derechos humanos ni las libertades, mientras ellos aplican esta pena con el propósito de castigar asesinatos, actos de espionaje, terrorismo, delitos que muchas veces no son tales, es decir que solo afectan intereses políticos y no liberan a la sociedad en su conjunto de los males que las aquejan, por lo que no merecen en ciertos casos ser aplicados a los ciudadanos.

Algunas veces, cuando cuando una autoridad decide por el resto de las personas e impone su criterio, debería existir un debate en los conceptos sobre su aplicación, entre quienes aceptan y quienes rechazan la pena de muerte. Por otro lado, resulta difícil de entender que en algunas legislaciones se considera que el quitarle la vida a una persona, es un acto que se podría comparar, con rechazar una religión y que, como si fuera poco, ambos sean merecedores de la muerte y la humillación.

A pesar del grado de controversia que desata este tipo de sentencia, el ser humano se caracteriza por su volubilidad, por lo cual una postura puede revertirse en cuanto se alteren ciertos factores que la conviertan en la menos conveniente para uno. La misma persona que hoy se opone a la pena de muerte, puede ser la primera en exigirla si uno de sus seres queridos es agredido o asesinado.

Cuando el Art. 1 del Código Penal “define a la ley penal, y nos explica algunos preceptos necesarios para su entendimiento: el precepto o sea la conducta típica prohibida; y la pena o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esa conducta. Esta simple comprobación nos demuestra la importancia que tiene la pena dentro del conjunto del sistema. Delito y pena son los dos ingredientes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del Derecho Penal”.

DEFINICIÓN DE PENA

DE EL LATIN poena, una pena es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal imponen, según lo estipulado por la legislación a la persona que ha cometido un delito o una infracción. De acuerdo a la gravedad de la falta cometida, existen distintas clases de pena. Hay penas que privan al sujeto de su libertad (y lo obligan a permanecer en la cárcel o en su casa bajo régimen de arresto domiciliario), mientras que otras le quitan algún derecho o facultad (como la pena que prohibir conducir a un infractor de tránsito).

CARACTERÍSTICAS DE LA PENA

Como características de la pena, podríamos tomar en cuenta las siguientes.

- **INTIMIDATORIA**

La pena debe tener un efecto intimidatorio en el individuo que comete un delito, es decir que la pena debe tener una acción disuasiva frente a la comisión de un delito, para que cause temor en el sujeto y no cometa una infracción.

- **AFLICTIVA**

El delincuente al ser condenado debería sentirse acongojado y afligido por el acto que cometió, este es el efecto que busca la sanción en el individuo, para que en el futuro no vuelva a delinquir.

- **EJEMPLAR**

La finalidad de la pena es de sentar un precedente en el delincuente y en la sociedad para prevenir al colectivo social, de cómo se sanciona a las personas que cometen delitos.

- **LEGAL**

La pena impuesta debe estar legalmente sustentada, debe existir previamente en la ley, es decir que el concepto de legalidad debe cumplirse.

- **CORRECTIVA**

Las penas en su esencia deben tener como fin el corregir al sujeto que infringe la ley, y debe buscar la manera correcta de rehabilitar al delincuente para su reinserción en la sociedad.

- **JUSTA**

La pena no debe ser excesiva en dureza o duración, sino que debe ser relativa a la gravedad de la conducta antisocial y la peligrosidad del individuo que la comete.

- **PERSONAL**

“La pena debe ser aplicada al autor del delito, es decir que solamente debe de imponerse la pena al autor culpable, nadie debe ser sancionado por delitos cometidos por otros, siempre la responsabilidad por los delitos cometidos por el sujeto, no debe imponérsele a otras personas.

Un efecto secundario lo encontramos en las repercusiones negativas que la ejecución de la pena pueda tener en la familia del condenado, un claro ejemplo lo encontramos en el alto índice de adicción a las drogas de niños y adolescentes, la desintegración familiar, la prostitución etc. Que son la consecuencia de la aplicación de una pena a algún familiar; de esta manera se provoca así la existencia de auténticas víctimas indirectas del delito por ser víctimas directas de la pena.

- **PROPORCIONADA**

El principio de proporcionalidad es básico e ineludible cuando se sanciona a un individuo por alguna infracción cometida, la pena debe ser impuesta de acuerdo a la naturaleza y gravedad del delito, tomando en cuenta las características del delincuente y haciendo una valoración justa y objetiva al momento de imponer una sanción. Esta proporcionalidad que debe existir entre la pena y el delito es tarea primordial del juzgador, quien debe ser objetivo a la hora de aplicar una pena, se debe tomar en cuenta las pruebas que se presenten durante el proceso, no se puede sancionar con la misma pena a un consumidor de drogas, como se lo haría con un narcotraficante.

La proporcionalidad de la pena debe tener en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia.

- **DETERMINADA**

La pena que se le imponga a un individuo debe estar determinada en la ley, es decir no se puede imponer una sanción que no existe, eso iría contra el principio de legalidad, las personas que son sancionadas no deben de tener más sufrimiento que el que la ley señala, por otro lado los jueces deben velar porque las sanciones impuestas estén siempre en concordancia con el delito imputado.

- **PRONTA E INELUDIBLE**

Los operadores de justicia en cualquier caso deben resolver los procesos con celeridad, es decir de la manera más rápida, siempre respetando los plazos que la ley permite, una administración de justicia lenta y burocratizada, incumple con el fin de su existencia que es brindarle a la sociedad seguridad en el caso de sancionar a los culpables de los delitos, y en otros casos de hacer justicia y liberar a los inocentes. Si el poder judicial no es capaz de sancionar a los delincuentes responsables de delitos cometidos, estaría convirtiéndose en cómplice y encubridor del delito, y no solo eso, también estaría fomentando uno de los peores males que sufre hoy en día la sociedad, que es la impunidad, ya lo dijo Mapelli Caffarena, Robespierre, en sus reflexiones sobre los principios de moral política, expresando lo siguiente. "la lentitud de los juicios equivale a la impunidad y la incertidumbre de la pena estimulada a todos los culpables" Una administración de justicia ineficaz y lenta, consigue que la sociedad repudie y no confíe en su accionar.

Por lo antes mencionado, se puede afirmar que la pena debe ser aplicada con la mayor brevedad posible, ya que los retrasos, provocan una incidencia negativa en la aplicación de sanciones, y esto se hace más notorio cuando algún individuo se encuentre con prisión preventiva."

Mapelli Caffarena señalan lo siguiente. *"La ley penal, como toda ley, responde a los principios de generalidad e igualdad. El legislador tipifica hechos; no puede tener a la vista personalidades concretas. Pero como la pena no se impone a hechos sino a personas, y no a personas en abstracto, sino a individuos concretos, se exige su individualización*

LA PENA

Básicamente podemos decir que la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, por haberse encontrado culpable a un sujeto de un delito. La pena debe tener como fin la consecución de los siguientes propósitos:

- 1.- Hacer que el delincuente tome conciencia del sufrimiento que tiene que pasar, y en base a esto se abstenga de cometer actos delictivos, para que pueda reformar su conducta y se reinerte a la sociedad de manera positiva.
- 2.- Sentar precedente sobre los ciudadanos pacíficos, enseñarles y mostrarles las consecuencias de la conducta delictuosa, fomentando el principio de respeto a la ley.
- 3.- Obrar sobre los hombres de escaso sentido moral para reforzar su voluntad con el miedo a la pena. En la determinación de la pena debe procurarse que exista proporcionalidad entre ésta y el delito.

En consecuencia, se establece una gradación entre éstos, atendiendo a su gravedad, y así todas las diversas penas son divisibles y graduables, para que puedan acomodarse a las gradaciones de aumento o disminución según las variedades del delito (atenuantes, agravantes, etc.).

Frente al delito es la pena en el sentido de restricción de derechos del responsable, se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales del que transgrede la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante el debido proceso, al individuo que es responsable de la comisión de un delito.

EL FIN DE LA PENA

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen, fue sin duda uno de los juristas más influyentes del siglo XX, emprendió la tarea de elaborar una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de la ciencia fáctica. Intentó probar que solo existe el derecho positivo concebido como una serie de normas coordinadas y sistematizadas y ajeno a cualquier actitud valorativa. Pretendió dar a la teoría del derecho la objetividad y la precisión propias de toda ciencia.

Por consiguiente la teoría pura entiende al derecho como una ciencia cuyo único objeto son las normas jurídicas. Que trata de determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin indagar cómo debe ser y formarse.

Entonces, esta teoría, rechaza como consecuencia toda idea de un derecho natural, ya que los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. También de acuerdo con el formalismo en que se inspira y apoya la teoría pura, podemos concluir diciendo, que la ciencia del derecho no puede aclarar que tal orden o tal norma jurídica son justos o injustos debido a que para este pensamiento el contenido de la justicia es subjetiva, y varía según las épocas y los lugares. Pretender definir una justicia absoluta es un ideal irracional, pues según Kelsen la razón humana sólo puede comprender valores relativos (*Kelsen, Hans; 1969*).

Pero no debemos desmerecer el pensamiento de Kelsen, porque fue desarrollado en un contexto histórico especial que influyó en el desenvolvimiento de su teoría.

La pena tiene como fin restablecer del orden jurídico que ha sido alterado en la sociedad, estas acciones buscan persuadir, disuadir y poner ejemplo con la sanción que se imponen a los individuos que rompen el orden social establecido.

El estado frente a los actos delictivos que se cometen en una sociedad de derechos y garantías plenas, tiene como arma , la sanción o pena que el mismo impone, en el

desarrollo de esta investigación señalaremos cuales son las finalidades de la pena y sus teorías.

Históricamente el estado, ha tenido la potestad y autoridad de combatir los actos punitivos mediante las sanciones que solo él puede imponer dentro del marco que el estado de derecho le permite, sobre las finalidades de la pena han existido muchas teorías de algunos reconocidos tratadistas, sin que se haya llegado a conclusiones y acuerdos en lo que a los conceptos se refiere sobre los fines de la pena, para algunos la pena se justifica a la reacción de un mal por cometer actos delictuosos, pero esto no ha convencido a algunos filósofos del derecho, y a través del tiempo se ha mantenido esta polémica, a pesar de que se han formulado varias teorías sobre este fin, desde las absolutas, relativas, mixtas o de unión, se ha seguido discutiendo los fines de la pena.

Pero en la práctica y tomando en cuenta a estas teorías podemos llegar a la conclusión, que el Estado mediante la aplicación de las penas, busca la seguridad de las personas y garantiza la rehabilitación del delincuente y su reinserción en la sociedad de una manera legal y justa, privilegiando los intereses del colectivo social.

Las acciones delictivas como consecuencia deben ser penadas, y la pena en si tiene su fin que es, que el reo pague la deuda que tiene con la sociedad, cabe anotar que la pena al igual que el derecho ha ido evolucionando a lo largo de la historia, y este concepto de la deuda social del penado ha ido evolucionando paralelamente con el Derecho, desde sus principios hasta nuestros días.

Cuando a un delincuente se le aplica una pena por cometer un delito, debemos tener argumentos adicionales para que la pena cumpla con su fin ya sea este preventivo, enmendador o retributivo, y debe cumplir su función de redimir al condenado. "No es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer las necesidades sociales." Como dijo Ruy da Costa Antunes que: "fin de la pena, esencialmente, es reavivar en la conciencia común el desvalor de la conducta violadora de la norma que ordena el respeto a cierta categoría de bienes y, así, reafirmar la importancia de tales bienes y la exigencia de que sean respetados".

En fin, la pena tiene una función preventiva, con vista a una sola utilidad que es, evitar la repetición de los delitos y así parar el golpe de la criminalidad. La prevención tiene dos tipos para las repeticiones de los delitos como dice Quintiliano Soldoña:

- a) De la repetición vertical, "Reiteración o Reincidencia", la prevención especial.
- b) De la repetición en el sentido de latitud, "Contagio o imitación Criminal", la prevención general."

La prevención general es la advertencia o intimidación, que se da a la generalidad de la sociedad, a través de las leyes y los actos de la sociedad, informando, imponiendo y ejecutando la ley, así lograr que se aparten de la comisión de delitos y no infrinjan la ley. Su principal exponente fue el penalista alemán "Feuerbach".

La prevención especial es la educación individualizada que se ejercita, sobre la persona que ya ha delinquido, para que se aparte de la comisión de nuevos delitos, es decir, la reincorporación o reinserción del delincuente reeducado en la sociedad. Su principal exponente fue "Fran Von Litz".

CLASIFICACION DE LAS PENAS

La clasificación de las penas puede darse de diferentes formas, pero generalmente se las clasifica de tres maneras:

a) Clasificación Legal.- Esta clasificación la encontramos en el Artículo 51 del Código Penal, que en forma muy discutible clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables:

- Penas peculiares del delito.
- Penas peculiares de la contravención.
- Penas comunes a ambos tipos de infracción.

b) Clasificación por la autonomía.-

- Penas principales: Se dan cuando se aplican por su autonomía, sin depender de otra, las penas privativas de la libertad son de esta clase.
- Penas accesorias: Cuando se aplican en función y dependencia de una pena principal.

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, esta clasificación es la que tiene una mayor sustentación científica. A lo largo de los siglos, las distintas legislaciones han estructurado el sistema de penas afectado a bienes jurídicos de la más diversa naturaleza.

- Pena de muerte o capital: afecta a la vida del condenado.
- Pena corporales: Afectan a la integridad física del condenado.
- Penas infamantes: Afectan al honor de la persona.
- Penas privativas de la libertad: Afectan a la libertad individual en diversos grados y de diversas maneras.
- Penas interdictas: Afectan a la capacidad jurídica del condenado.
- Penas pecuniarias: Afectan a su patrimonio.

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

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 a 5 años como pena del delito.

La reclusión se divide en menor y mayor; la primera se divide en ordinaria y extraordinaria; y la segunda en ordinaria, extraordinaria y especial.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 72 del Código Penal se establece: Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.

La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.

La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

PRISION PREVENTIVA

La **prisión provisional** o **prisión preventiva** es una medida cautelar de carácter personal que generalmente afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se emite una orden de prisión provisional, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio.

PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La nueva regulación constitucional recoge los principios básicos que deben presidir esta institución:

1.- Jurisdiccionalidad

Al disponer que procederá por orden descrita de jueza o juez competente.

2.- Excepcionalidad

En cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

3.- Proporcionalidad

Que en sus acepciones permite distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto, por lo que la prisión sólo se adoptará cuando solamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas agravantes a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, por lo que la Constitución ha previsto que **“La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”**

FINALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

- El Estado no desconoce la presunción de inocencia, sino que busca el carácter provisional de la medida, que debe responder a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal, por lo que la adopción de la prisión provisional tiende esencialmente a lo siguiente:
 - Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro, se atenderá conjuntamente la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado y el grado de peligrosidad del infractor.
 - Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas relacionadas con el enjuiciamiento.
 - Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general.
 - Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, actuando unilateralmente o concertado con otras personas de forma organizada.

LA PRISION PREVENTIVA EN EL ECUADOR

En el Ecuador, la Constitución política y el Código de Procedimiento Penal en cuanto se refiere a la prisión preventiva, y conforme a estas dos normativas, procura que esta medida funcione de la siguiente manera: primero debe tomarse en cuenta a la Constitución política por su supremacía, y en el artículo 77 numeral 1 se establece que la prisión preventiva se aplica excepcionalmente para garantizar la comparecencia del procesado en el proceso y asegurar el cumplimiento de una pena, mientras que conforme al Art. 159 del CPP dice que en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se tomarán siempre de manera excepcional y restrictiva y procederá en los casos en que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva que no fueran suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Cuando se aprobó la Constitución del año 2008 y se llevaron a cabo las reformas del Código de Procedimiento Penal de marzo de 2009, se da por terminado en parte a un código penal caduco, inquisitivo e ineficaz, cabe indicar que en 1998 empieza a tomar vigencia en los procesos penales el sistema oral, pero al principio existían algunos reparos en la aceptación y aplicación del mismo, este sistema fue poco a poco tomando forma en la práctica penal, y empezamos a tener por primera vez la oralidad como el núcleo principal de las audiencias en los procesos. Esto basado en principios de contradicción, celeridad e igualdad de las partes. Este nuevo sistema dentro de los procesos, permite que el justiciable, la defensoría pública, la defensoría técnica, la fiscalía de manera autónoma e independiente, tengan una obligación jurídica, la cual es respetar y hacer respetar el debido proceso; lógicamente esto está sometido a un control judicial. La Constitución y las reformas antes mencionadas, nos han traído ciertas situaciones que constituyen un mejoramiento en la aplicación de esta norma para el sistema judicial vigente, pero también recordemos que con la nueva legislación existen alternativas a la prisión preventiva y sanciones sustitutivas que tenemos a la mano para poder impartir justicia de una manera más técnica y apropiada según la realidad de cada uno de los procesados o sindicados en algún tipo de delito, tomando en cuenta lo antes mencionado se introduce por fin en conformidad con el art. 77 numeral 1 de la Constitución política del Ecuador, la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Antes de que se dé la reforma en el año 2008, respecto de como se manejaba el sistema en 1998: el juez prácticamente era el que sentenciaba, administraba justicia, el juez practicaba la prueba, prácticamente era Juez, Fiscal, investigador, etc., debido a esto era muy fácil dictar prisión preventiva, por lo tanto, abarrotadas las cárceles de nuestro país muchas veces por encarcelamientos injustos, el legislador en 1998 afortunadamente puso límites a esto con la caducidad de la prisión preventiva. Haciendo un recuento de lo que pasaba antes de 1998, cuando encontrábamos a personas detenidas en los centros de detención del país con una medida cautelar, o una medida de seguridad por más de un año, dos años, incluso tres, lógicamente estábamos ante un abuso excesivo de la prisión preventiva, teniendo en cuenta esta mala práctica que violaba los derechos humanos de los detenidos, llegamos a fines de la década del noventa y como mencionamos antes se empieza a poner

en práctica un sistema oral no completo ni perfecto, pero comienzan a cimentarse las bases fundamentales de lo que estamos viviendo actualmente con la Constitución de 2008, la cual se caracteriza por ser garantista de los derechos de las personas y aparece la figura del juez de garantías penales, el cual se independiza de la Procuraduría General de Estado, la Fiscalía General y empieza a cumplir su rol protagónico en defensa de los intereses públicos y ahora en defensa también de la víctima. Estamos ante un sistema eminentemente de investigación que permite de una manera más técnica, empezar los procesos a quienes proponen enjuiciamiento penal contra un individuo, siempre enmarcados en las reglas del derecho penal, de esta forma se empieza en el Ecuador a forjar un sistema judicial más justo, equitativo, y garantista, el cual ya no permite entre otras cosas el exceso de prisión preventiva y da paso a un doble control por parte de fiscalía y por parte de los jueces.

En esta nueva etapa, dentro del Derecho Penal ecuatoriano aparece como figura principal dentro del engranaje del poder judicial, la Fiscalía General del Estado, por lo tanto, esto da lugar a que los casos que se presentan sean estudiados técnicamente dentro del ámbito jurídico, debido a esto se empieza a dar una disminución considerable en las solicitudes de prisión preventiva, de esta forma se desintoxica en cierta forma los centros de rehabilitación social del país.

Como lo hemos venido mencionando en el año 2008 el sistema oral en los procesos va tomando características interesantes, y se va consolidando, tomando siempre en cuenta los principios de contradicción y celeridad, la oralidad e igualdad de las partes dentro de los procesos y de esta manera se expone ante juez de garantías penales los argumentos que se crean pertinentes en defensa de los derechos de los penados. Dentro de este mismo cuerpo legal, por fin ingresamos ya a la excepcionalidad de la prisión preventiva y a la solicitud y aplicación de reconocidas medidas cautelares del sistema procesal penal universal, las cuales hacen que los procesos de juzgamiento tengan más celeridad, legalidad y aplicación más técnica de la justicia.

Estas medidas se establecen en el sistema procesal como mecanismo de seguridad y están dirigidos a los individuos procesados, que por su peligrosidad no puedan garantizar el

cumplimiento de la pena, la indemnización de daños y perjuicios. Es así que por fin con la reforma del 24 de marzo del año 2009, en registro número 555, le concede la facultad exclusiva al fiscal para solicitar las medidas cautelares. Antes si no había una petición de la fiscalía, estaba abierta la oportunidad incluso al juez de garantías penales extendiendo sus competencias, de que el pueda dictar prisión preventiva. Una de las novedades que encontramos con las reformas, y es importante acotar, tiene que ver con que la fiscalía puede solicitar las medidas cautelares, además tiene la posibilidad de solicitar medidas alternativas y medidas sustitutivas. Se hace una diferencia entre ambas. Las alternativas las tenemos reguladas en los Art. 160 del CPP y 77 de la Constitución política del estado las cuáles son importantísimas porque ahí está como una de las medidas la prisión preventiva, y por otro lado tenemos las medidas cautelares personales, entre las cuales tenemos las siguientes:

- La obligación de abstenerse a concurrir a determinados lugares.
- La obligación de abstenerse a acercarse a determinadas personas.
- La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales o quien este designare.
- La prohibición de ausentarse del país.
- La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeñan cuando ello desempeñe algún influjo sobre las víctimas o testigos.
- Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo físico o psíquico a las víctimas.
- Ordenar la prohibición de que el procesado por sí mismo o a través de personas realice actos de persecución o intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de la familia.

- Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado.
- Privar al procesado de la custodia de la víctima o menor de edad en caso de ser necesario, nombrar una persona idónea.
- La obligación de presentarse periódicamente al juez de garantías penales; esta es una de las medidas más utilizadas en el sistema.

Actualmente las están utilizando con frecuencia los señores jueces de garantías penales y las están solicitando el Ministerio Público en debate con la Defensoría Pública. También una de las medidas que más ha solicitado la Defensoría Pública Nacional y el defensor privado es el arresto domiciliario, que puede ser con supervisión o vigilancia policial. Es importante señalar que antes el arresto domiciliario solo lo podía hacer cumplir la policía nacional, ahora el penado lo puede cumplir bajo ciertas condiciones que imponga el juez, Incluso lo podrían cumplir los centros de detención provisional, o personal de estos centros.

En la actualidad en la asamblea nacional existe un proyecto de ley de reforma al código penal integral en el que este tema de la prisión preventiva también tiene sugerencias que espero sirvan para mejorar su aplicación.

DIFERENCIAS ENTRE PRISION Y RECLUSION

Los artículos 53, 54, 55 y 56 del Código Penal nos indican las diferencias establecidas por el legislador entre la prisión correccional y la reclusión. Sin embargo, 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.

También se llama prisión al establecimiento carcelario donde el reo o preso se halla detenido en cumplimiento de su condena, para su seguridad y no como castigo, debiendo ser sanas y limpias, lo que muy pocas veces se cumple en la práctica.

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar la comparecencia del imputado al proceso para asegurar el cumplimiento de la pena.

También debemos hacer una diferenciación entre lo que significa medidas cautelares y medidas de seguridad, las primeras sirven como ya lo mencionamos antes para proteger el proceso penal dentro de los límites que la constitución y la ley le otorgan, respecto a las medidas de seguridad son aplicadas para evitar la comisión de delitos o para controlar la conducta de quienes fueron sancionados con delitos cometidos y por eso se los castiga con sanciones estipuladas en el código penal.

Las medidas cautelares tienen principios que brevemente deben ser analizados:

PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD

Nos indica que todo individuo es libre y tiene derecho a disponer de sus bienes de acuerdo a su conveniencia, siempre y cuando esté de acuerdo con la ley, en este sentido las medidas cautelares que limiten la libertad de una persona y el derecho de uso de sus bienes, deben ser aplicadas e manera excepcional y su aplicación no puede contradecir en ningún aspectos las garantías consagradas en la constitución.

PRINCIPIO DE NECESIDAD

Nos señala enfáticamente que el juez penal tiene la facultad de emitir el auto de prisión provisional si lo creyere conveniente en cada caso, esta medida el juez debe tomarla siempre y cuando realice un análisis exhaustivo del caso y este lo lleve a la conclusión que para garantizar el cumplimiento de la norma jurídica se debe tomar esta medida.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hace referencia a la relación que debe existir entre la medida cautelar y el hecho, en este sentido la desproporcionalidad entre estos dos factores, causaría un estado de desigualdad y de indefensión del afectado.

PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

Este principio tiene que ver con los plazos que se dan en cuanto se dicta el “auto de prisión preventiva” esta medida es válida jurídicamente mientras este dentro de los plazos que dicta la constitución política vigente, es decir que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas en los delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión, si se exceden estos plazos la orden de prisión preventiva quedara sin efecto.

JUSTICIA INDÍGENA

Cuando nos referimos a la justicia indígena, o derecho indígena, estamos hablando de las costumbres de cada pueblo y nacionalidad indígena, que durante muchos años han venido practicando y que a través de las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos aspectos que han ido supervisando las relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de sus comunidades.

Dentro de la comunidad andina, la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño, además de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad.

La penalización y los procedimientos están de acuerdo a las tradiciones y costumbres que rigen dentro de las comunidades y pueblos indígenas, ya que la vida e interrelación de ellos con el medio ambiente es primordial para el desarrollo de sus miembros, y fundamental para el desarrollo de sus comunidades, por este motivo la medida para resarcir los daños se toma en asamblea comunal, y no lo hace una sola autoridad, sino que se toman decisiones en consenso. Dentro de la Justicia o Derecho Indígena no existe división de materias, se trata de la aplicación de medidas consuetudinarias para la solución de conflictos de distinta naturaleza.

REQUISITOS

La aplicación de la justicia indígena se aplica únicamente al tratarse de:

- Un conflicto dentro de su comunidad
- Que los actores del mismo sean personas miembros de la comunidad

PROCEDIMIENTO

- El proceso inicia cuando el afectado pone en conocimiento a las autoridades del conflicto, estas inician una etapa de investigación para constatar lo sucedido.
- Siempre se da cuando existe una confrontación entre el acusado y el acusador, la misma que es directa sin que puedan intervenir, nadie que no tenga que ver con el asunto.

Por último se establece una sanción si se considera necesario, la misma que depende de la gravedad de la acusación. La sanción más fuerte es la expulsión del acusado de la comunidad, no existe pena de muerte. Si la falta no era de tal gravedad, la sanción puede ir desde lo económico, tales como multas, indemnizaciones, o pueden ser aplicadas sanciones físicas.

- El escarmiento público, es de gran conmoción para los miembros de la comunidad por tratarse de su medio de convivencia, estas sanciones no solo son físicas sino también morales.

DIFERENCIA ENTRE SANCIÓN Y LINCHAMIENTO

Debido a sus costumbres, el significado de estas sanciones físicas para los miembros de la comunidad no es el mismo que para los miembros de la sociedad mestiza, dentro de su interpretación a través de estas sanciones físicas, el uso de la ortiga o látigos busca una finalidad positiva que es la purificación de la persona que delinque para establecer nuevamente la armonía de la comunidad.

En particular este tipo de sanciones han sido confundidas con un delito tipificado en el Código Penal como linchamiento. Este dista mucho de lo que significa justicia indígena, ya que como vemos es necesario que para que se trate de justicia indígena las partes deben ser miembros de la comunidad, así como también debe ser un conflicto suscitado dentro de la misma. Las sanciones físicas aplicadas por la justicia indígena en ninguno de los casos provocan lesiones físicas severas, o que imposibilitan a los acusados, ya que los métodos que se usan tiene que ver con castigos como por ejemplo el azote con ortiga, o el baño con agua helada, por otro lado se lo toma más como una sanción moral que busca el restablecimiento del orden y las buenas relaciones dentro la comunidad. Mientras que el linchamiento es una muchedumbre de personas que no son miembros de una comuna, comunidad, pueblo ni nacionalidad indígena, sino se trata de un grupo de personas encolerizadas en búsqueda de venganza, que desean en muchos de los casos, acabar con la vida del delincuente sin ningún tipo de reparo. Como vimos en las sanciones que se aplican por parte de las autoridades indígenas no se contempla la pena de muerte.

El Art.171 de la constitución vigente indica que los pueblos y comunidades indígenas pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales respetando sus tradiciones ancestrales y su derecho propio y sus autoridades aplicaran normas y procedimientos propios para solucionar sus conflictos internos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

APLICACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS PENAS

Teniendo claro la clasificación de las penas, nuestra investigación debe dirigirse a analizar la forma en que estas deben ser aplicadas según la legislación penal vigente y como debe ser su procedimiento en cada caso. Para ello los juzgadores tomarán en cuenta varios aspectos como la personalidad por ejemplo, que dispongan sobre los procesados, para esto tenemos que saber que cada proceso en materia penal tiene diferentes características que según su naturaleza le dan instrumentos al juez para cambiar o modificar una pena según sea el caso pero también las diversas circunstancias que rodean a cada proceso, en materia penal cada caso es como una huella digital, es decir nunca será igual a otro.

Es un tema muy interesante por lo complejo que se torna en cuanto a lo que tiene que ver con las penas privativas de libertad, cuya estructura ya en si es complicada y que se agrava más todavía en el momento de su aplicación.

Respecto de la aplicación y modificación de penas, vamos a hacer un análisis muy interesante y comentaremos las diferencias en las cuales se aplican el sistema penal ecuatoriano.

Comentemos el artículo 72 por ejemplo el cual dice “Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas de reclusión serán reducidas y modificadas tal como señala el código penal vigente.

Las circunstancias agravantes son de varias clases, y el solo hecho de existir alguna de ellas agrava la infracción, y podría ser suficiente para endurecer la pena. En nuestro sistema penal las penas de reclusión mayor ordinaria ya sean estas de 8 a 12 años y de 4 a 8 años varían de acuerdo a las circunstancias ya sean estas atenuantes o agravantes, dentro del derecho penal que se rebajen las penas es natural siempre y cuando puedan existir circunstancias atenuantes, pero personalmente creo que existe una exagerada división de penas de la misma especie, es decir de reclusión y en otros casos de prisión.

Siguiendo con el análisis el artículo 73 nos indica “si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas

correccionales de prisión y multa serán reducidas , respectivamente, hasta ocho días y seis dólares de los estados unidos de Norteamérica, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas separadamente, o reemplazar la de la prisión con multa, hasta doce dólares de los estados unidos de Norteamérica , si solo aquella esta prescrita por la ley.

Cuando se pide que deberían existir atenuantes, si existe una sola, está claro que sirve para que el juzgador se decida por el mínimo y no por el máximo, ante la imposibilidad de reducir la pena.

Los tribunales del país deberán hacer las siguientes consideraciones, si se pretende dar los pasos para determinar con qué pena concreta se sancionará al responsable del un delito:

1) Modificar las penas cuando encuentre una situación relativa al itercriminis, esto especialmente en los casos de tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz, en los cuales el Código de reglas expresas.

2) Aplicar la pena que corresponda a cada uno de los partícipes, según el grado de su hayan comprobado circunstancias atenuantes y agravantes.

4) Modificar la pena si encuentran casos de reincidencia.

5) Considerar si hay concurso o concurrencia de delito o responsabilidad: autores y coautores, cómplices y encubridores.

3) Modificar la pena según se determine la pena única aplicable, y también como se hace en otras legislaciones tomar en cuenta los antecedentes que tenga el delincuente, porque desgraciadamente en nuestro país se juzga solo el hecho actual en que se está juzgando a la persona y muchas veces pienso yo, que si se tomaran en cuenta los antecedentes del imputado ,ayudaría al juez a tomar mejores decisiones a la hora de imponer una pena aunque este pensamiento va en contra de los principios consagrados en la constitución vigente en su Art. 11 No 2.

En esta materia, como en muchas otras, las modernas tendencias son más amplias, pues consideran que la individualización y modificación de las penas no concluyen en el momento de dictar la sentencia, sino que van más allá. Para ello los jueces de ejecución

podrían en cualquier momento, sustituir la pena que está cumpliendo un condenado por otra que sea más apropiada a sus circunstancias personales.

De todos modos, el verdadero problema radica en que las penas descritas en las leyes penales quedan en el plano de la amenaza porque en muchos casos jamás se imponen por los jueces encargados de juzgar a los infractores; o muchas veces las condenas o penas privativas de la libertad, se reducen a menos de la mitad y así el valor preventivo general o especial de la pena, que debería infundir temor a los potenciales delincuentes pierde en la práctica, toda su eficacia.

Tenemos como una de las principales características de la pena, la irrevocabilidad o certeza, lo cual supone que "cuando el legislador amenaza con ella al responsable del delito o contravención legalmente tipificados, debe aplicarse sin que nada lo detenga, en la respectiva sentencia condenatoria, y que a partir de ese momento procesal, debe cumplirse en su integridad, escribió el penalista Alfonso Reyes Echandía, en su obra *punibilidad*". Luego, el mismo autor, citando al gran Carrara ratifica que 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.

Actualmente en nuestro país , se vienen haciendo experimentos en lo que tiene que ver con la elaboración de penas y su aplicación según la infracción que se cometa , acordémonos de la famosa reforma que se hizo sobre el monto del robo si no hay violencia y el robo no pasaba de los 600 dólares se consideraba una infracción menor, es una medida que en nuestro país no se puede aplicar , ya que como sociedad no hemos madurado lo suficiente para tomar este tipo de acciones y más bien esto se presta para malas interpretaciones que los delincuentes utilizan para su beneficio personal, por otro lado se ha legislado pensando más en proteger y beneficiar a los delincuentes que ponen en peligro la supervivencia de la sociedad, antes que legislar para defender al conglomerado social que es víctima de la acción depredadora de una criminalidad que avanza de manera incontenible, en el mismo ámbito, los medios de control social y el Estado mismo, no concretan medidas de combate que ponga a la delincuencia y a los delincuentes en el sitio que deben estar. Si las sentencias condenatorias fijan penas privativas de la libertad por un determinado número de años, según lo dispuesto por las leyes penales, los reos saben por anticipado que con buena o mala conducta observada en el establecimiento de "rehabilitación" saldrán en la mitad del tiempo de la condena, y aún antes si a alguien más no se le ocurre beneficiarles con otro año jubilar. Y esto para no redundar en la paradójica inutilidad del proceso penal que echa a la basura la labor investigativa de la policía, el tiempo y esfuerzos de la Fiscalía y de la Justicia penal, si por demoras de los operadores del sistema o malas artes de los "agenciosos " abogados defensores, quienes aplican su sapiencia y diligencia, solamente para demorar el avance del proceso, logrando que los 6 meses o el año fijados para la caducidad de la prisión preventiva lleguen antes de lo esperado y el delincuente, convertido en "víctima" del sistema sea liberado para seguir siendo una amenaza para la sociedad. Por lo tanto, al analizar al maestro Carrara cuando hace más de 130 años, menciona "que la ley no admite medios para evadirse de la pena cuando se ha incurrido en ella y se ha reconocido la delincuencia, nos damos cuenta que tenía mucha razón al emitir sus conceptos.

Durante el desarrollo de esta investigación hemos mencionados en algunas ocasiones los términos atenuantes y agravantes y creo necesario definir específicamente el significado que tienen cada uno de estos términos jurídicos.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Algunas veces el delito presenta circunstancias que revelan una mayor culpabilidad y perversidad del que comete la infracción, y su gravedad excede de aquel término medio que la ley considera como tipo. Estas circunstancias se llaman agravantes. La primera de ellas es la premeditación, porque el acto premeditado, preconcebido y calculado contiene una mayor cantidad de voluntad criminal y una mayor dosis de libertad. El que premedita, por la frialdad y calma con que prepara el delito revela gran peligrosidad.

El motivo, cuando es bajo y antisocial, es circunstancia agravante. Así, el que secuestra y tortura para conseguir dinero y poder continuar llevando vida fuera de la ley, definitivamente muestra mayor peligrosidad que aquel que mató para defender la honra de su hija. Los medios, modos y formas empleados para lograr mayor impunidad y disminuir la posibilidad de defensa de la víctima son también circunstancias que agravan el delito, todas ellas quedan comprendidas bajo el epígrafe de alevosía.

El ensañamiento, que consiste en la prolongación cruel e inhumana del dolor de la víctima, el empleo de la astucia, fraude o disfraz, el abuso de superioridad, el obrar con abuso de confianza, la nocturnidad, actuar en despoblado o en cuadrilla, ejecutar el hecho con desprecio de la persona (edad, sexo o dignidad) o en su morada, o en lugar sagrado, son circunstancias que la concurrir en la comisión del delito le convierten en un hecho de mayor gravedad. En el desarrollo del delito es preciso considerar estos momentos: preparación, tentativa (frustración) y consumación. Generalmente, la ley penal no castiga la preparación a no ser que revele propósito criminoso. Así, el que deseando matar a otro compra un veneno, prepara un delito; pero por este simple hecho objetivo de comprar el veneno, la ley no puede castigarle.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Son aquellas circunstancias accidentales al delito que, por incidir sobre el elemento esencial de la culpabilidad, producen el efecto de disminuir la responsabilidad criminal del sujeto determinando, en consecuencia, el cumplimiento de una menor sanción o pena.

También denominan circunstancias atenuantes en el ámbito del Derecho Penal a aquellas particularidades, que se presentan en el caso concreto sometido a análisis, que permiten que el autor del hecho ilícito, si bien es hallado culpable y le será impuesta una pena, vea disminuida su responsabilidad penal.

El sujeto condenado es penalmente responsable, cometió el ilícito pero el contexto o las propias cualidades personales del autor hacen que el mismo delito sea considerado de menor gravedad que si no hubieran ocurrido esas condiciones.

Los atenuantes pueden estar indicados para determinadas figuras delictivas específicas o ser generales para todas ellas. La mayoría de los Códigos penales establecen atenuantes generales y además, prevén algunos específicos para ciertos delitos. Hay legislaciones muy restrictivas, como por ejemplo, la de Noruega que solo admite la exención o atenuación de penas en caso de psicosis temporal. Por ejemplo en las causas generales de atenuación, las circunstancias de cada caso, algunas veces dejan bastante arbitrio al juzgador, ya que se sugiere tomar en cuenta la naturaleza del hecho, el daño ocasionado, los medios empleados, la edad, la educación, la falta de antecedentes penales, los motivos, la pobreza extrema, los vínculos personales, agregando las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión que revelen el grado de peligrosidad.

LAS ATENUANTES TRASCENDENTALES

Art. 74 CP.- Atenuante Trascendental.- Cuando hubiere a favor del reo una sola atenuante de carácter trascendental y se tratare de un sujeto cuyos antecedentes no revelen peligrosidad, no habiendo agravantes no constitutivas o modificatorias de infracción podrán los jueces apreciarlas para la modificación de la pena, conforme a las reglas de los artículos anteriores.

Para que una sola atenuante valga como dos o más, es necesario:

- . Que la atenuante sea trascendental o sea de gran importancia, de calidad excepcional, que conmueva positivamente, desde el punto de vista humano.
- . El sujeto que es procesado debe tener un historial limpio, es decir de buena conducta, en otras palabras debe demostrar que no es un individuo peligroso para la sociedad.

- . Es imperativo que no exista ningún tipo de agravante.
- .Que esta atenuante debe ser trascendental o sea de gran importancia, de calidad excepcional, que conmueva positivamente, desde el punto de vista humano, la apreciación de la trascendencia de la atenuante corresponde al juez. Por lo mismo, la ley usa podrán y no deberán cerrando así el derecho para el sentenciado de pedir la modificación favorable de la pena. La circunstancia de cada caso determinará si corresponderá o no el beneficio constante en el artículo.

Evidentemente, sin decirlo, hay división de las atenuantes para el legislador; uno son trascendentales y otras simples o comunes.

Es lógico pensar que la colaboración del delincuente para esclarecer los hechos de un delito lo ayude en la manera de ser juzgado y en pena que se le imponga , así tenemos, la tercera circunstancia prevista en el artículo 29 del Código Penal, tiene que ver con que el delincuente trate de enmendar el mal que causo, o impedir las consecuencias perniciosas del acontecimiento, con espontaneidad, y celo y si alguien, por ejemplo, que hirió a otro, y lo lleva a un hospital, y exige la atención del enfermo de manera urgente, y le proporciona las medicinas que necesita pagando con grandes sumas de dinero y tiempo, y está pendiente de que no haya descuido u omisión de ninguna clase en su cuidado, es obvio que se está frente a una circunstancia atenuante de carácter trascendental.

El juzgador debe tomar en cuenta los esfuerzos que el implicado en un delito pueda hacer , y la forma de reparar el daño causado y si lo hace de forma excepcional, en este juego del más y del menos, que toda acción humana tiene, el juzgador debe tener todos los elementos de juicio para poder sancionar al implicado en un delito, de una manera más justa, tomando en cuenta su colaboración en la investigación del caso .

La ira y el dolor son emociones de distinta característica, pero pueden producir el mismo resultado, los autores dividen las emociones en dinámicas y adinámicas; las primeras empujan a la acción; las segundas producen una verdadera depresión moral. La ira exalta infunde energía a la voluntad, arrastra a resoluciones extremas, incitan a la acción, prevalece por encima de cualquier pedido de la conciencia, excitando al instinto criminal; en cambio el dolor deprime, enerva la voluntad, eclipsa la inteligencia, reconcentra el

espíritu sume en la reflexión, confisca todas las representaciones de la conciencia y muchas veces induce al sujeto a volverse contra sí mismo para liberarse de su aflicción.

Pero del dolor se puede pasar a la ira y viceversa, por procesos psíquicos ignorados en una transformación que se verifica misteriosamente en el espíritu del individuo. Entonces, cuando se comete el delito por intenso dolor, se llega a él a través de la cólera.

Carrara trata de distinguir ambos impulsos diciendo que cuando la ofensa es la propia persona, se reacciona por ímpetu de ira o arrebato, pero cuando se dirige por otra persona querida se reacciona por dolor; esto no es exacto, porque los procesos emotivos son variados. Fundamentalmente observa Alimena que el dolor no es una fuente de delitos y que es preciso y que es preciso el concurso de la ira; es así como está concebida la psicología de la excusa en nuestro Código, por arrebato o intenso dolor, sin establece distingo.

El dolor debe ser moral, que en ciertos casos se desata como un temporal en el espíritu humano, y es tan violento que el miedo irresistible de amenaza contra la vida no puede comparársela en intensidad. Hay personas en cuyo corazón el dolor moral es tan cruel y tan devastador como un veneno, un puñal o una bala de revólver. Cuando las armas sensibles son afectadas, hay un desmoronamiento de mundos en su interior.

La causa atenuación examinada tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo, al mismo tiempo; resulta de una percepción y modificación psíquica del agente, que ya hemos estudiado, y de un hecho provocador de otro.

.

En algunos códigos, como el francés, determinase el hecho provocador, a las violencias o injurias reales, los golpes, los ultrajes al pudor, los ataques violentos a la propiedad, las amenazas; pero en el derecho venezolano no están determinados tales hechos que son los específicos en otros códigos.

El poder y la fuerza provocadora de un hecho se miden con carácter relativo; esa potencialidad depende de la persona ofendida, del provocador, de las relaciones que unían a ambos, del tiempo de la ofensa, del lugar en que se hace, de múltiples circunstancias

distintas en cada caso, cuya apreciación corresponden al juez. Los hechos provocadores son infinitamente variables.

Pueden consistir en ofensas reales, verbales o escritas; en herir a la persona física, moral, intelectual, social o política del provocado u otros sentimientos radicados en persona extraña y querida, como el cónyuge, las ascendientes, los hijos demás parientes y los amigos; o afectar a las ideas o a las cosas del provocado, religión, partido, animales u objetos.

El juez debe colocarse en la situación misma del provocado, porque éste puede hasta sufrir un error al haber interpretado erróneamente el hecho provocador; pero como la excusa tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo, la errónea suposición no culposa de la provocación equivale a la real subsistencia de la misma.

Las condiciones morales del ofensor y del ofendido pueden ser bases de la importancia del hecho provocador; no reviste la misma gravedad decirle a una mujer que comercia con el sexo, ramera o prostituta, que decírselo a una excelente y honesta madre de familia, ni tampoco es lo mismo la ofensa de parte un sujeto desprovisto de autoestima y de consideración, que la proveniente de un hombre serio cuyas opiniones son valiosas y de peso.

SIMPLEMENTE AGRAVANTES EN VIRTUD DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCUSA SIMPLE

Art. 30.- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establece la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes:

1º.- La infracción cometida con alevosía, traición, insidias o sobre seguro; o por precio, recompensa; o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de trenes, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o empleado la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que

para esto se le prive del uso de la razón , ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; o haberse cometido éste como medio de cometer otro; o perpetrar el acto prevaleándose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta;

2°.- Aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto, conmoción popular u otra calamidad o desgracia pública particular, para ejecutar la infracción;

3°.- Llevarla a cabo con auxilio de gente armada, o de personas que aseguren la impunidad; o tomando falsamente el título, las insignias o el nombre de la autoridad; o mediante orden falsa de ésta; o con desprecio u ofensa de los depositarios del poder público; o en el mismo en que se hallen ejerciendo sus funciones; o donde se celebre una ceremonia religiosa de cualquier culto permitido o tolerado en la República;

4°.- Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia; y,

5°.- Estar el autor perseguido o prófugo por un delito anterior; haber aumentado o procurado aumentar las consecuencias dañosas de la infracción; cometer el acto contra un agente consular o diplomático extranjero; y, en los delitos contra la propiedad, causar un daño de relevante gravedad, en consideración a las condiciones del ofendido.

Todas las atenuantes que hemos analizado, en tanto constituyen circunstancias generales de la infracción, podemos aplicarlo al estudio de las agravantes.

La ley define las circunstancias agravantes, expresando que son las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores. Todo esto siempre y cuando no sea constitutivo o modificadorio de la infracción.

Las circunstancias agravantes muchas veces pasan a la categoría de circunstancias constitutivas o modificatorias, dando lugar a nuevas figuras delictivas. Este particular es menester tenerlo muy en la cuenta, como en el caso del asesinato, del robo calificado, etc.

Muchas veces en las diferentes leyes penales de diferentes legislaciones, no encontramos una regla para distinguir las ni para determinar lo que son circunstancias agravantes y

elementos constitutivos de cada infracción, no habiendo tampoco en los tratadistas un criterio uniforme para su resolución.

En ciertas ocasiones la legislación no contempla la división tripartita, tales como crímenes, delitos y contravenciones, ni división alguna de carácter técnico, sino la bipartita de delitos y contravenciones, fundada en la naturaleza de la pena peculiar, no podemos aplicar un criterio preciso para distinguir cuándo una circunstancia es meramente agravante y cuando pasa a la categoría de constitutiva o modificatoria de la infracción. Pero se podría asegurar aunque pecando de empirismo, que una agravante es constitutiva o modificadora cuando la nueva figura delictiva se tipifica precisamente por su intervención: por ejemplo, el homicidio simple (Art. 449) más una de las circunstancias enumeradas en el Art. 450, es igual a asesinato; es decir, cuando de mera circunstancia se eleva al rol de parte esencial, para configurar o modificar una nueva infracción.

Dentro de las circunstancias agravantes, debemos tener en cuenta otra situación, por regla general cuando una circunstancia considerada comúnmente como agravante pasa a ser constitutiva o modificatoria, la nueva figura por ella tipificada, puede admitir tanto atenuantes como agravantes. Mas existen casos, como el asesinato por ejemplo, que cuando concurren más de dos circunstancias que singularmente tipifican la infracción, la primera o una de ellas hace de constitutiva o modificatoria y las otras de agravantes, impidiendo la procedencia y aceptación de atenuantes, conforme a la regla del Art. 73.

Un cuadro de clasificación de las circunstancias agravantes quedaría constituido de la siguiente manera:

1) Atendiendo a su origen:

1.1.-Agravantes legales.

1.2.- Agravantes judiciales.

2) Atendiendo a su aplicación:

2.1.- Agravantes generales.

2.2.- Agravantes especiales.

3) Atendiendo a su contenido:

3.1.- Agravantes que aumentan la malicia del acto.

3.2.- Agravantes que aumentan la alarma social.

3.3.- Agravantes que establecen la peligrosidad de sus autores.

ATENDIENDO A SU ORIGEN

Agravantes legales.- Como las circunstancias atenuantes de esta clase las agravantes legales se encuentran expresamente en el texto de la ley; y pueden ser generales o especiales, ya sea que se hallen en la casuística del Art. 30, ya en la parte especial.

En cuanto a los efectos de las agravantes legales, debemos establecer algunas diferencias:

Las agravantes enumeradas en el Art. 30, siempre que no sean constitutivas o modificatorias, tienen tres efectos diversos:

- -Solamente con la concurrencia de una de ellas para impedir la aplicación de circunstancias atenuantes (Arts. 73 y 74).

La concurrencia de infracciones (Arts. 81 y 613), determina una graduación de la pena en sentido de agravación, dentro del libre criterio judicial, entre las bases legales fijadas por lo regular en cada delito: mínimo y máximo.

- -La reincidencia (Art. 77) tiene sus efectos expresamente determinados en el Art. 80; y además, efectos también generales como los indicados en los artículos 85 y 88 inciso último.
- -Las agravantes legales específicas señalan en cada caso sus singulares efectos, como en el Art. 450.

AGRAVANTES JUDICIALES

Son las calificadas y admitidas por el juez en razón de la autorización de interpretación analógica prevista en la frase: como en los casos siguientes, del texto del Art.30.

Sus efectos se limitan exclusivamente a agravar la pena dentro del mínimo y máximo señalados para cada delito. Pérez Borja señala con relación a este problema, lo siguiente: " las agravantes judiciales en ningún caso pueden tener el efecto de aumentar la pena; el

juez las tendrá para la aplicación entre el máximo y el mínimo, lo mismo que las legales comprendidas en la enumeración". Además existe el principio pro reo previsto en el Art. 4 del CP.

SEGUN A SU APLICACIÓN

Agravantes generales.- Consideramos como agravantes generales, las que se aplican de forma ordinaria, como las enumeradas en el Art. 30 del CP, esto es la reincidencia y el parentesco, en ciertas infracciones.

En cuanto a lo que tiene que ver con su interpretación y aplicación, debemos recordar la advertencia que hace al respecto Ripollés: "La doctrina jurisprudencial para ser apreciadas han de deducirse de hechos concretos, tan probados como el hecho mismo, y de que de un solo hecho no es lícito derivar más que una sola circunstancia, es valedera para las agravantes lo mismo que para las atenuantes, donde ya fue citada".

Agravantes especiales. Al decir de Pérez Borja, son "las propias y las exclusivas de cada infracción, y se hallan determinadas en la parte analítica; siendo su efecto, o cambiar la clase de infracción o aumentar la pena, debiéndose distinguir entre circunstancias agravantes especiales y elementos constitutivos de la infracción, de acuerdo con el rol que le corresponde jugar".

ATENDIENDO A SU CONTENIDO

Agravantes que aumentan la malicia del acto.- Tendríamos estas agravantes en los siguientes casos:

- -Haber cometido el delito como medio para cometer otro.
- -Haberlo perpetrado a través de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida.
- -Aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia pública o particular, para ejecutar la infracción.
- -Ejecutar el delito con una de las circunstancias enumeradas en el Núm. 4º del Art. 30.

- -Agravantes que aumentan la alarma social.- Encontramos estas agravantes en los siguientes casos previstos en el Art. 30 del CP:
- -Perpetrar el acto prevaliéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta.
- -Emplear la astucia, el disfraz, el fraude.
- -En los casos enumerados en el numeral 30 del artículo estudiado.
- Agravantes que establecen la peligrosidad de sus autores.- Las hallamos en los siguientes casos igualmente previstos en el artículo
- -Ejecutar el acto con alevosía o traición, insidia o sobre seguro.
- -Por precio, recompensa o promesa.
- -Cometer la infracción con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima.

CAPITULO IV

CONCEPTO DE REINCIDENCIA

Dentro de la doctrina Penal, es difícil definir con un concepto único a la reincidencia a nivel internacional, pese a que este tema ha sido materia de mucha controversia en su concepto y aplicación desde hace décadas, y los resultados no son satisfactorios, como lo demuestran las tentativas en el Congreso Internacional de Criminología de 1955 y en el Curso Internacional de 1971 (cfr. Bergalli). Esta dificultad obedece a varias razones:

1) Conspira contra una definición pacíficamente aceptada la disparidad de presupuestos exigidos en la legislación comparada, que da lugar a la clasificación más corriente entre genérica o específica y ficta o real.

2) Esa misma disparidad y la incorporación legislativa de conceptos que implican a la reincidencia o que le son próximos (como la multireincidencia, la habitualidad, la profesionalidad o la tendencia), hacen inevitable la parcial superposición con éstos

3) Ocasionalmente, estos conceptos próximos y parcialmente superpuestos admiten hipótesis de reiteración, lo que confunde más las cosas al desdibujar los límites entre esta y la reincidencia

4) Por último, los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares.

El presente relato se centra en el planteamiento jurídico de la reincidencia. Por supuesto que el planteamiento jurídico no puede ignorar los datos que provienen del campo de las ciencias sociales, aclaración que saldría sobrando de no ser porque frecuentemente los planteamientos jurídicos parten de afirmaciones dogmáticas acerca de la realidad, que son diametralmente opuestas a lo que muestran las ciencias sociales. En buena medida creemos que esto tiene lugar respecto del tema que nos ocupa.

Considerando que el planteamiento es jurídico, preferimos renunciar a una definición y optar por una delimitación del objeto de análisis, entendiendo que nos ocupa la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito. Por consecuencia más grave entendemos tanto una pena mayor como la imposición de una medida de seguridad o la privación de ciertos institutos o beneficios (condenación condicional, perdón, libertad condicional, salidas anticipadas, libertad provisoria procesal, etc.).

Dentro del concepto amplio que puede tener la reincidencia, algunas veces permite la entrada de otros institutos cercanos a la misma y que excluye totalmente la reiteración, obedece a la convicción de que el Kernel de la interrogación jurídica acerca de la reincidencia es la admisibilidad de un plus de gravedad en la consecuencia jurídica de un delito en razón de uno o más delitos anteriores ya juzgados o de las penas sufridas por esos delitos. Si se concluye en que este plus ya no resulta admisible, será innecesario perfeccionar definiciones acerca de los diferentes supuestos y características de la mayor gravedad. En este entendimiento nos referimos en lo sucesivo sólo a «reincidencia», pero aclarando que lo hacemos en el ya acotado sentido amplio, es decir, abarcando todos los institutos vecinos a la misma, con la única exclusión de la reiteración delictiva.

1.LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

CONCEPTO

Reincidencia viene del **Latín RECIDERE = RECAER** y significa etimológicamente recaída en el delito. Desde el punto de vista jurídico es una institución jurídica penal por la cual se establece que un individuo habiendo cometido un delito anterior vuelve a delinquir después de haber sido condenado mediante sentencia condenatoria ejecutoriada por uno o más anteriores. El requisito procesal de la sentencia condenatoria ejecutoriada permite diferenciar del concurso de delitos con el cual tiene de común la pluralidad de infracciones perpetradas por el mismo delincuente.

En la actualidad en que prima la tendencia de un Derecho penal que necesita una urgente reestructuración debido muchas veces a su permisibilidad, y se trata de reformar por una creciente escala delincencial que causa una gran “alarma social” y que muchas veces es manipulada y exagerada por ciertos medios de comunicación, pareciera que cualquier medida o reforma que se tome de manera urgente es la más adecuada para combatir la delincuencia, incluso aquellas que niegan los principios garantistas básicos de un Estado de Derecho. Es en este contexto que en muchos países se pretende copiar el modelo anglosajón denominado “three strikes and you’re out”, lo que en el idioma de cervantes vendría a significar “la tercera es la vencida”. En la práctica esto se traduce en la aplicación de “mano dura” con los delincuentes que reinciden, a quienes se les niega todo derecho en los casos en que han sido condenados por más de un delito.

Esta problemática social que afecta la realidad en la que vivimos, se agrava cuando los encargados de elaborar las leyes que deberían atenuar este problema, generalmente no lo hacen con criterio técnico y jurídico basados en estudios criminológicos serios, y en su lugar se prefiere el argumento efectista, que busca obtener la atención de la opinión pública con miras muchas veces a ganar más votos en la próxima elección, y se omiten las graves consecuencias que esto pudiera tener en la práctica.

Es por eso que tomando en cuenta el pensamiento del penalista Eugenio Raúl Zaffaroni, en el cual analiza los que han sido los argumentos básicos por medio de los cuales se ha querido justificar una mayor penalidad para los reincidentes, por cuanto en él claramente demuestra que ello es en modo alguno justificable, al menos en una sociedad que pretenda defender el estado de Derecho, y en que lo que se sancione sea el Derecho penal de acto y no el Derecho penal de autor.

Según señala Zaffaroni: La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal de acto.

2.LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA REINXCIDENCIA

Desde los primeros tiempos del derecho penal de garantías en el siglo XVIII hasta hoy, se han dado muchísimas explicaciones para la reincidencia, unas tratando de compatibilizarla con los principios de este derecho penal y otras abiertamente fuera del mismo.

No es posible enumerar aquí y someter a crítica todas estas teorías, pero al menos, en forma sumamente sintética, nos ocuparemos de las más difundidas, aunque cabe precisar que las restantes son variables sin mayor originalidad.

A) LA JUSTIFICACIÓN POR VÍA DE LA DOBLE LESIÓN

La teoría de que el delito provoca dos daños (uno inmediato y otro mediato o político) es antigua. Debido a esto, se ha querido ver a la reincidencia según sea el caso, algunas veces de una manera injusta en razón de la mayor alarma social que causaría el segundo delito (y consiguientemente, el mayor daño mediato o político). Teniendo en cuenta este concepto, expresado en el Codice Zanardelli, muchas veces no se acerca a la realidad, algunos tratadistas a través de la historia (Carrara, Antolisei) no han estado de acuerdo en que el mayor daño político es eventual o es muy poco probable que se produzca, teniendo en cuenta que la mayoría de veces, son sólo los jueces y la policía quienes saben del carácter de reincidente. Este daño político se convirtió en algo más abstracto, del tipo de un elemento que cierra el discurso, a los efectos de evitar su contingencia, transformándose en una lesión al interés general en la preservación del orden jurídico (Manzini). Admitir esta idea implica afirmar que el delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediencia al estado es un bien jurídico lesionado en todo delito, siendo independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es una tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad, que es uno de los pilares del derecho penal de garantías.

Por la misma senda puede ubicarse la tesis que ve en todo tipo dos normas: una que prohíbe la conducta típica y otra que impone la abstención de cometer otros delitos en el futuro (Armin Kaufmann). Esta duplicidad de normas, aparte de ser una figura bastante atormentada, deriva necesariamente de un nuevo bien jurídico que sería la mera voluntad

estatal. Es incuestionable que en este planteamiento la disciplina se convierte en un bien jurídico, pues en modo alguno puede sostenerse que la segunda norma se limita a tutelar el bien jurídico afectado por el segundo delito, dado que en ese caso no se explicaría el plus de penalidad.

B) LA JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL ABANDONO DEL DERECHO PENAL DE GARANTÍAS

Abiertamente fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se colocó el positivismo monista italiano, que explicó la reincidencia a través de la peligrosidad (Ferri), o sea, reduciendo al hombre a una cosa regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la «peligrosidad presunta», que de este modo se transforma en un concepto incomprensible.

C) LA JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DE LA CULPABILIDAD DE AUTOR

En sus variantes de culpabilidad de autor, de carácter por la conducción de la vida, todas las cuales exceden el marco del derecho penal de acto y, por lo tanto, del derecho penal de garantías, la culpabilidad por lo que se ha servido a un considerable número de autores para explicar la reincidencia.

A diferencia del positivismo, que pretende explicarla por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, la culpabilidad de autor prefiere hacerlo por la vía de una característica del autor que se proyecta desde el pasado. El positivismo pretende salirse de las pautas garantistas en función de un concepto preventivo-especial de pena y la culpabilidad de autor lo hace en función de una idea retributiva de la pena.

Es claro que en estos últimos intentos se reprochan y por lo tanto se retribuyen caracteres personales que no son acciones, o bien, son acciones anteriores y atípicas. De alguna

manera, son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más lejos y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor.

D) LA JUSTIFICACIÓN POR LA MAYOR CULPABILIDAD DE ACTO

En muchos autores ha primado el criterio de que la reincidencia implica un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente. En forma expresa algunos autores piensan que así como existen beneficios para quienes ponen de manifiesto su arrepentimiento, es natural que suceda lo contrario cuando con la reincidencia se muestra la falta de arrepentimiento (Latagliata). La admonición de la primera condenación generaría una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad (Maurach).

Nos parece que esta afirmación es gratuita, porque la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, sin que para nada tenga relevancia a sus efectos el primer hecho. El argumento sería relativamente válido sólo en caso de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión de su antijuridicidad.

En resumen: podemos comprobar que la reincidencia se explica en los planteos jurídico-penales en la medida en que se abandona el derecho penal de acto, aunque a veces, ni siquiera en estas posiciones la explicación resulta coherente. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del marco de un derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

3.LOS DATOS CRIMINOLÓGICOS Y LAS AFIRMACIONES JURÍDICAS

Desde hace algunas décadas, la criminología nos señala los efectos que van deteriorando a las instituciones y principalmente a la prisión. En modo análogo, se nos alerta acerca del efecto estigmatizante de la intervención punitiva y la consiguiente reducción del espacio social de quien resulta afectado por ella. En general y no es el caso de analizarlo aquí, sin superar los límites de la llamada criminología liberal, es posible afirmar que la criminología

nos muestra a la intervención punitiva como fijadora de roles criminales y condicionante de tales conductas (Lemert).

Es cierto que estos datos ponen en crisis mucho más que el concepto de reincidencia e indican la urgencia de compatibilizar el discurso jurídico-penal con datos elementales de las ciencias sociales, pero particularmente en este ámbito de la reincidencia resultan demoledores de varias tesis jurídicas, cuyo contenido, desde la perspectiva de las ciencias sociales, resulta trágicamente ingenuo.

Si tomamos en cuenta estos datos elementales de la criminología actual, resultaría que el supuesto mayor daño político o mediato del segundo delito, la presunta mayor probabilidad de un nuevo delito o la pretendida mayor perversión de la personalidad del autor, serían efecto de la intervención punitiva anterior, o sea, atribuibles al propio estado, en tanto que, en lugar de una imaginaria mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado. Con esto queremos decir, simplemente, que los argumentos justificadores que hemos criticado, además de las críticas internas que les hemos formulado, cabe observarles que resultan paradójales cuando los confrontamos con los datos que nos proporcionan las ciencias sociales.

Vemos de este modo que las tentativas de fundar la agravación por reincidencia en un mayor contenido injusto del hecho, sólo se sostienen y muy dificultosamente cuando se perturba la claridad del concepto de bien jurídico, acudiendo a la elaboración de un bien jurídico estatal que, en último análisis, sería un autoritario derecho estatal a la obediencia pura, en tanto que los argumentos de mayor culpabilidad sólo pueden sustentarse desde la admisión de un reproche normativo de personalidad, o sea, apelando al concepto de culpabilidad de autor, salvo, claro está, el superado intento positivista de abierto autoritarismo consistente en suprimir la culpabilidad. Además de las críticas internas que en el mismo discurso jurídico-penal pueden oponerse a estas tentativas, la confrontación de estos argumentos con los datos provenientes de las ciencias sociales no resiste el menor análisis.

4.EL PASO DE LA REINCIDENCIA HASTA LA HABITUALIDAD.

Dentro de los límites del derecho penal liberal o de garantías se fue creando una tendencia que, por vía espiritualista o por vía materialista, esto es, invocando la autoridad de Aristóteles y Santo Tomás o de Darwin y Spencer (sin excluir otras), generaron la idea de un estado de reincidencia, que sería una suerte de estado peligroso presunto del positivismo o de estado de pecado del tomismo. Poco a poco esto fue derivando en otro concepto más específico, como el de habitualidad.

Desde la desviación positivista la habitualidad es un producto del afán clasificador de esta corriente, cuyo anarquismo nosotáxico llega a ser desesperante (cfr. Bergalli). La diferencia entre el reincidente y el habitual es nebulosísima, pudiendo aventurarse la opinión de que, por debajo de las complejas y contradictorias clasificaciones, el habitual sería algo así como el reincidente desahuciado y, por ende, sometido a una segregación o a un tratamiento intensivo.

Desde la desviación espiritualista, el reincidente sería el pecador al que es necesario corregir más severamente para que se enmiende, en tanto que el habitual es el pecador que no resiste a sus fuerzas internas y que merece indulgencia del confesor, pero que debe ser sometido a una medida que neutralice su actividad dañosa.

Ambas son desviaciones del recto camino del derecho penal de garantías, caminando la primera por la vertiente del discurso penal de peligrosidad y la segunda por la del derecho penal de culpabilidad y de tipo de autor. Lo curioso es que ambas líneas argumentales tratan de explicar un fenómeno que hoy las ciencias sociales nos explican desde un ángulo mucho más claro: por ambos caminos se intenta justificar una mayor gravedad de la reacción a medida que avanza y se profundiza la «desviación secundaria» hasta que se asienta la asunción del rol asignado. Ambas desviaciones constituyen argumentos que pretenden justificar una suerte de diatrogenia penal, para lo cual van apartando los obstáculos que les opone el discurso jurídico-penal liberal y se van muñendo de elementos autoritarios, pretendiendo pasar por alto que cuanto mayor es la pena, más se consolida la exclusión del condenado de la sociedad.

5.LA CONFRONTACIÓN BÁSICA: DERECHO PENAL LIBERAL O DERECHO PENAL AUTORITARIO

La pregunta acerca de si se puede aplicar una pena más severa que la que corresponde a la clase de delito de que se es culpable; si han cometido un primer delito por el que fueron penados, infligirles una nueva pena por ese crimen ¿no será violar abiertamente a su respecto el non bis in idem, que es una de las bases fundamentales de toda legislación en materia criminal, se viene repitiendo y respondiendo negativamente desde hace doscientos años por los defensores de un estricto derecho penal liberal o de garantías. El párrafo 57 del Código Criminal Toscano de 1786 establecía que, consumada la pena, no podrán ser considerados como infames para ningún efecto ni nadie podrá jamás reprocharles su pasado delito, que deberá considerarse plenamente purgado y expiado con la pena que habrán sufrido. Mittermaier se acercaba a la crítica de la ciencia social contemporánea cuando afirmaba que no raramente, debido al estado de las prisiones, era el estado el que debía cargar con la culpa de que alguien devenga reincidente, y que en modo alguno se justificaba la mayor gravedad penal, al menos en general. Morelly, Pagano, Tissot, Carmignani y muchos otros autores del penalismo liberal fueron abiertamente abolicionistas respecto de la reincidencia.

Ninguno de los argumentos justificadores, que por la desviación autoritaria materialista (peligrosista) o espiritualista (tipo o culpabilidad de autor) han querido explicar la mayor gravedad de la pena del segundo delito, ha podido levantar la objeción de que el plus de gravedad es un nuevo reproche del primer delito. La poco convincente tentativa de duplicar la norma de cada tipo (y con ella el bien jurídico) de Armin Kaufmann es, sin duda, la única que aspiró a hacerse cargo del problema en profundidad, aunque con el pobre resultado de implicar la invención de un bien jurídico que sería el viejo y autoritario pretendido derecho subjetivo estatal a la obediencia pura. Al no resolverse el problema en el campo del injusto, porque el contenido injusto del delito del reincidente es exactamente igual que el del primario, el problema se desplaza a la culpabilidad (o a su equivalente autoritario, que es la peligrosidad) y, a partir de allí se nos revela que la admisión o rechazo de la reincidencia se convierte en una cuestión de respeto o de apartamiento de las garantías.

En efecto: por debajo de las críticas sin sustento y que no pueden disimular su impotencia en base a argumentos racionales y que apelan a considerar a sus críticos como rígidos (Grispigni) o anti-histórico (Dell'Andro, cit. por Mir Puig), el debate, en definitiva, es entre derecho penal liberal o de garantía o derecho penal autoritario.

Es natural que el debate se resuma en estos términos, porque el análisis de las principales estructuras argumentales de justificación del instituto nos muestra claramente que ambas se desvían del derecho penal liberal o de garantías, retomando unos elementos propios de la ideología penal anterior al derecho penal liberal (es la línea espiritualista del «estado de pecado» y de la culpabilidad de autor), en tanto que otros toman elementos prestados del movimiento antiliberal de la segunda mitad del siglo pasado (es la línea peligrosista del positivismo evolucionista). Ambos, aunque parezca curioso, ocultan con sus construcciones discursivas, una realidad que sin pasar el nivel de la criminología liberal, la ciencia social muestra como absolutamente falsa.

Nuestra conclusión es que toda gravedad mayor de la consecuencia jurídica del segundo delito (en la forma de pena, de «medida» o de privación de beneficios), es una concesión al derecho penal autoritario, que abre las puertas a conceptos espúreos y peligrosos para todas las garantías penales.

Nos basamos en que los caminos que pretenden justificar la reincidencia:

a) Construyen un concepto de bien jurídico paralelo que, en definitiva, es la voluntad pura y simple del estado, sin ningún vínculo con el bien jurídico propiamente afectado, lo que constituiría una suerte de doctrina de la «seguridad nacional» para transitar por la casa del derecho penal o bien,

b) Renuncian al derecho penal de acto y caen en el derecho penal de autor, pretendiendo juzgar lo que el hombre es y no lo que el hombre hizo, por el camino materialista de la peligrosidad (del positivismo del siglo XIX) o por el espiritualista de la culpabilidad de autor (de la ideología teocrática del antiguo régimen) o, aún peor, por el del tipo de autor en que el reincidente sería el primer antecedente de las tristes construcciones del enemigo del

pueblo stalinista, del enemigo del estado fascista, del enemigo de la nación nazista o del subversivo de la seguridad nacional.

Cuando el discurso jurídico-penal pretende legitimar la sanción al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra un principio fundamental del derecho penal de garantías, que es la intangibilidad de la conciencia moral de la persona, sustentada con igual fuerza con argumentos racionales y religiosos: se trata de una regla laica fundamental del moderno estado de Derecho y al mismo tiempo la prohibición ética de juzgar evangélica (Mateo, VII,1; Pablo, Epístola, XIV, 4), (cfr. Ferrajoli). Es incuestionable que cuando se quiebra esta regla y se da entrada, aunque fuere con limitadas pretensiones, a un derecho penal de autor, se abre el paso a un ejercicio de poder meramente disciplinante, que exalta el orden como valor autónomo, con lo que vienen a engancharse ambos discursos de justificación de la reincidencia (el que pretende el mayor injusto y el que pretende mayor culpabilidad). La quiebra de esta regla implica la quiebra del principio fundamental que desde 1948 preside la elaboración de la teoría de los Derechos Humanos: todo ser humano es persona. Puede decirse casi que todo el resto de la teoría de los Derechos Humanos es exégesis y desarrollo de esta afirmación fundamental, que se pone en peligro desde que el estado se atribuye el derecho de juzgar el «ser» de los hombres.

Es importante lo que señalaba Mittermaier en 1847 y que ahora nos muestra la criminología en términos más actuales y elaborados: en la generalidad de los casos es el propio estado y el propio sistema penal el que debe cargar con la culpa de la reincidencia. Los sistemas penales, con demasiada frecuencia, no son más que aparatos que fabrican reincidencia, y sus instituciones totales, verdaderos campos de entrenamiento para candidatos a reincidentes y habituales. Sólo un discurso jurídico-penal alucinado puede ignorar esta realidad, sin perjuicio de que abunden las tentativas metodológicas y epistemológicas que se esfuerzan por construir discursos de este tipo.

Una institución que lleva a exaltar como valor al orden por el orden mismo, a la obediencia en sí misma, que conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada ser humano elige ser y lo que cada ser humano es, que implica un *bis in idem*; que contribuye a aislar el discurso jurídico de la realidad, ignorando datos que se relevan desde hace dos

siglos y que las ciencias sociales demuestran en forma incontestable; que con todo esto contraviene la letra y el espíritu de la conciencia jurídica de la comunidad internacional plasmada en los instrumentos humanistas, es conveniente que desaparezca del campo jurídico, de la misma forma en que desapareció en su momento la tortura en el ámbito procesal o la analogía en el campo penal

No debe pensarse que la comparación con las desapariciones de las otras instituciones clásicas del derecho penal autoritario es exagerada, pues al amparo de la figura de la reincidencia y de sus conceptos vecinos se practicaron horribles crímenes contra la humanidad, como la relegación. Basta recordar las leyes francesas de relegación de 1857 (Barbaroux) y de 1885 (Teisseire) y la relación que de esta práctica se hace en la Guayana (P. Mury, cit. por Beristain) y en América Latina, el tristemente célebre penal de Ushuaia, el más austral del mundo, sustentado desde 1895 hasta su desaparición en 1947 en base a una norma de relegación análoga a la francesa. Cientos de miles de seres humanos han sufrido los horrores de penas más graves que las de sus culpas en función del instituto de la reincidencia; más de 17.000 sólo con los relegados de Cayena. La historia de la reincidencia y de sus institutos vecinos no es menos sangrienta que la de la tortura.

6.LAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

Empezamos a ver la tendencia de a desaparición de la reincidencia, sobre todo en América Latina, aparece una corriente favorable en este sentido, señalando como antecedente, que en 1980 el código colombiano elimino esta figura, que en 1984 redujo sus efectos y eliminó las medidas post-delictuales el código brasileño, que en 1985 desaparecieron también las medidas del código uruguayo y que en 1984 se había reducido el efecto de la reincidencia en el argentino. No obstante, su desaparición total puede objetarse desde el punto de vista político-criminal, argumentando que hay excepcionales casos de multireincidentes que, de no tomarse en cuenta esa característica, podrían generar reacciones de carácter vindicativo o bien que las agencias policiales, en los países en que éstas operan con esas prácticas, podrían victimizarlos con ejecuciones sin proceso.

Sin duda que se trata de datos de realidad que, por desagradable que pueda resultar su reconocimiento, no pueden ser ignorados. Resulta absurdo confundir los planos del ser y

del deber ser, pretendiendo que lo que no debe ser, no es. Esta forma de proceder en el razonamiento jurídico no es más que una elusión de la realidad por parte del discurso penal que no resulta tolerable.

En este sentido, creemos que cabe apelar al principio del derecho penal mínimo (Ferrajoli) conforme al cual, en el momento de la pena, el sistema penal debe operar como protección ante la perspectiva de que la amenaza de otro mal mayor e ilimitado se cierna sobre la persona. Sólo en tales extremos excepcionalísimos y que no pueden presumirse, sino que cabe probar en cada caso concreto, se justificaría una medida respecto de una persona que permitiese exceder el límite señalado por su culpabilidad de acto, y en la estricta cantidad de privación que sea necesaria para neutralizar ese peligro; fuera de esos rarísimos supuestos, bastará siempre con la pena que no supere la culpabilidad.

La desaparición de todas las formas de mayor gravedad punitiva fundada en un delito anterior, aparejaría también la ventaja de eliminar el registro de antecedentes penales (que resultaría innecesario), con lo cual desaparecería la consagración legal de la estigmatización.

La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal, y especialmente del estricto derecho penal de acto.

REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA

Los requisitos de la reincidencia son:

- Condena con sentencia ejecutoriada por el primer delito.
- Que el sujeto cometa otro delito.
- Desde el cumplimiento de su última condena no haya transcurrido 5 años.

CLASES

- **GENÉRICA.** Los delitos posteriores no son de la misma especie que el primer delito. En el derecho romano este tipo de reincidencia, además de separar al infractor de las bondades que obtenían por la buena conducta anterior al delito, lo incapacitaba para el perdón de los delitos cometidos.
- **ESPECIFICA.** Los delitos cometidos posteriormente son de la misma especie que el primero. Ej., Injurias, calumnias.
- **IMPROPIA.** Los delitos anteriores no fueron juzgados todavía.
- **PROPIA.** La reincidencia propia es aquella en que los delitos anteriores ya han sido juzgados, condenados y cumplidos, pero no pasa aún 5 años.

EFFECTOS DE LA REINCIDENCIA

Dentro de la escuela clásica la pena no es suficiente, debido a esto se debe aumentar la pena para los delitos posteriores.

La tendencia negativa presenta dos fases: La reincidencia no es agravante porque ya fue castigado, el delito posterior no aumenta el daño del delito anterior, sino que produce un nuevo daño. Por eso es un error, que el sujeto se corrija aumentando la pena.

La otra faceta dice: la reincidencia es una atenuante, el autor comete otro delito por debilidad de carácter, por falta de libertad y porque las normas jurídica se suavizaron. Todo

esto se refleja en la menor imputabilidad del autor, por eso la pena lejos de agravarse debe atenuarse.

A continuación publicaremos un extracto de una sentencia que se dio en el sistema penal ecuatoriano, y que merece el análisis de lo que hemos comentado sobre la reincidencia en este trabajo de investigación.

El Art. 80 del Código Penal contiene las normas a aplicarse en caso de que se justifique que el procesado es reincidente. La doctrina considera que no procede la reincidencia porque equivale a juzgarle dos veces por el mismo hecho, ya que si fue condenado y cumplió la pena o el sentenciado logró que la pena prescriba, se le está juzgando dos veces al aumentarse la pena del segundo delito tomando en consideración el anterior delito, pese a que incluso al estar privado de la libertad cumplió la pena. Se dice que si ya cumplió la pena, no tiene porqué aumentarse la pena en un posterior delito, porque se le está tomando en cuenta algo que ya cumplió. El Art. 11 numeral segundo de la Constitución de la República dice: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, pasado judicial, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.”

En procesos por infringir la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, los miembros de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y que terminaron sus funciones con el nombramiento de los nuevos miembros mediante concurso de merecimientos, en el juicio No. 2010-531, sin que se pueda citar el número del R. O. porque ya no se publican en dicho periódico del Estado las sentencias, excepto las de la Corte Constitucional de transición, al referirse a la reincidencia dice: “5.2.- El recurrente ha sustentado la fundamentación del recurso, manifestando que la pena que se le ha impuesto es desproporcionada por el hecho de ser reincidente lo que viola la constitución de la República en el numeral 2 del artículo 11, que se refiere a que nadie puede ser discriminado por su pasado judicial y la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, es eminentemente legalista, que no toma en cuenta claras normas

Constitucionales que se refieren a la proporcionalidad de la pena. En efecto el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la república dice expresamente que nadie podrá ser discriminado por razones, entre otras, por su pasado judicial y en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución manifiesta que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. En el presente caso la cantidad de drogas encontradas tanto en poder del recurrente como en su domicilio no sobrepasan los 46 gramos de cocaína, cantidad que amerita la aplicación de la proporcionalidad de la pena; 5.3.- Por otra parte, si bien el artículo 80 del Código Penal, agrava la pena por la reincidencia, no es menos cierto que en este caso debe aplicarse la norma suprema establecida en la Constitución de la República, quien se refiere a la no discriminación del pasado judicial. Por las consideraciones antes expuestas, esta Primera sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, esta Sala acogiendo el criterio del representante de la Fiscalía General del Estado y aceptando parcialmente el recurso interpuesto condena a a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria.”

En el juicio No. 2011-24, al resolver se aplica atenuantes y el principio de proporcionalidad.

La reincidencia conforme la sentencia antes indicada, ha quedado derogada tácitamente. Con esta sentencia también queda derogado el Art. 614 del Código Penal que al hablar de las contravenciones ordena que “En caso de reincidencia se aplicará el máximo de la pena señalada para la última contravención cometida”. Si la reincidencia no tiene valor alguno, para que sirve que la Policía Judicial tenga la obligación de enviar a la fiscal o el fiscal, el registro de detenciones que dispone el Art. 209 numeral 7 del Código de Procedimiento Penal? Ninguna. Por tanto el inciso final del Art. 26 del Código antes indicado que ordena: “la fiscal o el fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores”, no tiene valor procesal alguno. Si ya no sirve el pasado judicial, para que solicitar antecedentes penales? Los certificados de antecedentes penales no constituyen atenuantes y así se ha pronunciado la ex Corte Suprema de Justicia cuando resolvió que: “Los certificados de antecedentes penales no constituyen atenuantes que solo dicen no

haber sido enjuiciado. Fallo de 14 de agosto del 2009. Resolución: 630-2009 juicio No. 468-2009 imputado: Edgar Simbaña Pilatasig. Ofendido: Carlos Castro Heredia. Delito: asesinato. Recurso: casación.- autos y sentencias Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia agosto – 2009.

CAPITULO V

CONCURRENCIA DE DELITOS

Podemos señalar que existe concurrencia de delitos, cuando a un individuo le son imputables varios delitos, que deben de ser juzgados en un mismo proceso, en estos casos se suscitan una serie de factores que la doctrina reúne bajo el nombre de concurso de delitos. El fin de este tema en cuestión tiene que ver sobre todo en la medida de la pena a imponer al autor, siendo posibles estas hipótesis: que se penen por separado cada una de las infracciones realizadas, acumulándose las sanciones que resulten, las cuales deberá cumplir en su totalidad (principio de acumulación); que se le imponga la pena correspondiente al delito más grave, haciéndola objeto de una agravación (principio de aspiración); que se le condene a la pena que corresponde al delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de absorción); y que se le imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, e independiente del número de éstos y de la forma en que concurren (principio de la pena unitaria). La legislación penal, para adoptar cualquiera de estos sistemas, distinguen que las diversas infracciones hayan sido realizadas mediante una sola acción o que se hayan producido por una pluralidad de acciones. Teniendo en cuenta esta diferencia resulta que el presupuesto ineludible de la teoría del concurso de delitos es la determinación de cuándo estamos ante una sola acción y cuándo ante una pluralidad de ellas.

La denominación “Concurso de Delitos” se incluye distintos supuestos que van más allá de la tradicional división entre concurso ideal y concurso real, En caso de concurrencia de varias infracciones se observaran reglas que están indicadas en el Art. 81 del Código Penal.

La diferencia es muy clara entre la reincidencia y el concurso de infracciones.

En la reincidencia debe haber la sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito anterior o por unos de los delitos anteriores.

En el concurso de infracciones no hay sentencia ejecutoriada.

En ambos casos una misma persona comete un nuevo delito, tienen sentencia anteriormente dictadas o no, en el caso si esta ejecutoriada, reincidencia en el otro caso no hay reincidencia ejecutoriada es el concurso.

CONCURSO IDEAL

Concepto.- El concurso ideal de delitos se puede dar, cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; es decir cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales o infringe el mismo tipo varias veces. Esto se encuentra regulado en nuestro Código Penal vigente: " Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho". Ejemplo: cuando se causan lesiones al representante de la autoridad, además de un atentado contra una persona existe una violación de los deberes de respeto y sumisión a la autoridad.

Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados: pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho. Se hablará de concurso ideal en vez de concurso real cuando la conexión entre esos delitos sea tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, por eso se considera todo el complejo como una unidad delictiva, es una relación de necesidad.

CONCURSO REAL

Concepto.- El concurso real de delitos procede, cuando concurren varias acciones o hechos autónomos, es decir, que cada uno constituye un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal. No plantea ningún problema teórico importante, ya que cada acción que se dé, tiene que darse siempre por separado, y debe constituirse siempre en un delito, en derecho penal esto se conoce, como **concurso real** o **material** a la pluralidad de actos en una misma sentencia. En el concurso real, cuando un individuo, buscando un determinado resultado, comete diferentes infracciones,

cada una de ellas es un distinto tipo penal, con la salvedad que cada pena correspondiente a cada delito puede unificarse.

Por ejemplo: un individuo viola a una mujer, pero durante la violación se le va la mano y asesina a su víctima, el violador ha cometido sin lugar a duda dos actos punibles, la violación y el homicidio. Ya en el juicio penal, para efectos de simplicidad procesal, se hace un solo juicio donde se le imputan ambos delitos, formando así un concurso real.

Para que se dé el concurso real deben existir dos características:

- Las penas en los delitos cometidos deben acumularse de la siguiente forma: Se suman las penas para cada delito no pudiendo superar ésta el triple de la pena por el delito más grave.
- Debe haberse descartado la unidad de acción. Es decir, cada acción típica y antijurídica debe poder sostenerse por sí sola, y no depender una de la otra.

El concurso real existe cuando concurren las siguientes condiciones:

- Que un individuo sea autor de distintos hechos
- Que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar conexión alguna
- Deben presentarse, como diversos e independientes en la conciencia del individuo.

CLASES

También, al igual que en el concurso ideal, el concurso real puede ser de 2 clases: homogéneo y heterogéneo. El concurso real de delitos puede ser homogéneo cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito. Ejemplo: Ha librado cheques sin fondo en varias oportunidades. En el concurso real heterogéneo, el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades. Ejemplo: El sujeto un día roba, otro día estafa y en una tercera oportunidad lesiona.

TRATAMIENTO PENAL

La determinación de la pena en el concurso real es previsto en la ley Penal, y se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros, que se encuentran en la legislación penal. Esta fórmula asumida dicha legislación corresponde a la que la doctrina denomina principio de asperación que aplica la pena del delito más grave, no obstante, teniendo en cuenta los tres. Estos otros delitos serán considerados como circunstancias agravantes.

LA CONDENA CONDICIONAL

En la doctrina y legislación extranjeras ha existido desde hace muchos años una constante preocupación en torno a los problemas que presenta la frecuente aplicación de penas privativas de libertad cuyo periodo de duración es muy corto. Esto ha dado lugar a la creación de nuevas técnicas en el modo de ejecutarlas, a la admisión de nuevos medios para reemplazarlas o al perfeccionamiento de aquellos medios tradicionalmente utilizados. Entre estos últimos, se encuentra la condena condicional. Por esto, nos ha parecido interesante presentar la manera en que fue concebida por nuestro legislador, cómo fue modificada posteriormente y cómo ha sido comprendida y aplicada por nuestros jueces.

La escasa jurisprudencia sobre esta Institución nos ha llevado a consultar las fuentes doctrinarias extranjeras. La referencia constante a la legislación extranjera, la consideramos indispensable por estimar que el método comparativo permite preparar y favorecer toda reforma, mostrándonos las posibilidades de realizarla y la experiencia adquirida en otras latitudes.

La falta casi total de estadísticas nos ha imposibilitado comprobar el exacto funcionamiento de la condena condicional en nuestro medio. Las pocas y parciales referencias que sobre este aspecto hacemos en las páginas que siguen son el resultado de una labor de investigación en las mesas de partes de los tribunales y juzgados.

Debemos señalar, finalmente, que no pretendemos ni un tratamiento exhaustivo a todas las cuestiones relacionadas con la condena condicional, ni haber dado solución a todos los

problemas de interpretación y aplicación. Lo único que buscamos es destacar esta institución, sobre todo en estos momentos en que se proyecta reformar la legislación penal.

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, no hay un criterio unánime al respecto.

Algunos juristas consideran que la condena condicional es una especial clase de pena 1; otros estiman que es un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad, algunos otros opinan que se trata de una medida de corrección; una minoría defiende el criterio de que se trata de un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad. Además, es de señalar que hay autores que la consideran sea como un medio de individualización de la pena o como un sucedáneo de las penas privativas de libertad.

Del estudio de las diversas opiniones vertidas en torno de este problema, podemos afirmar que todo enfoque unilateral fracasará, por cuanto la condena condicional, como ya lo señalara Molinario en 1915, "no es una institución unilateral por su objeto". Lejos de ahí, ella realiza a un mismo tiempo funciones de índole diversa, debiendo, pues, considerársela en el sistema general del Derecho penal, como un organismo de compleja trama y multiplicada eficacia. Es decir, que no se podrá comprender la condena condicional si se parte sólo desde un punto de vista represivo o sólo desde un punto de vista preventivo; ya que sus fines son múltiples. Es de tener en cuenta, también, que los juristas no mantienen, en su mayoría, puntos de vista unilaterales; sino que, expresa o tácitamente, destacan un aspecto de esta Institución considerándolo como el más importante. Por esto, podríamos decir con Maurach que la solución debe ser un compromiso entre las opiniones extremas. Según este autor, la condena condicional es, materialmente, una medida correctiva que comporta la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente). Recurriendo a un método parecido, Lackner y Massen al comentar el Código penal alemán, estiman que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan sólo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio efectivo para lograr la resocialización

del condenado existe unanimidad en la doctrina, por el contrario, en el rechazo a la opinión que concibe la condena condicional como una gracia, como una medida de indulgencia o de clemencia.

LA CONDENA CONDICIONAL: CONDICIONES Y REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA

Es un beneficio que se le da al reo y que suspende la ejecución de la Pena, y se concede a favor del delincuente primario, siempre que se trate de delitos de que no sean tan graves.

Las Penas de inhabilitación y de multa no son susceptibles de condicionalidad en la Condena. Por Regla general, si el delincuente beneficiado con la suspensión de la Pena, comete un nuevo delito, tendrá que cumplir la Pena suspendida y la correspondiente al nuevo delito.

En ningún caso la suspensión de la Pena comprenderá relevo de la Reparación de los daños causados por el delito ni del pago de los gastos del juicio.

El Código Penal establece que, en el caso de concurrencia de Infracciones procederá la Condición Condicional si el máximo de la Pena aplicable al reo no excede de seis meses de prisión o fuere sólo de multa.

EFFECTOS DE LA CONDENA CONDICIONAL

Los efectos de la Condena Condicional son:

EFFECTOS DE JUSTIFICACIÓN, haber dado pruebas constantes de buena conducta.

EFFECTOS DE CONSECIÓN, haber cumplido la mitad de la Pena o las tres cuartas partes al menos si es reincidente, con tal de que el resto que le quede por cumplir no supere los cinco años.

EFFECTOS DE DESLINDAR RESPONSABILIDADES

Debe haber satisfecho todas las obligaciones civiles derivantes del delito, salvo que el Condenado demuestre encontrarse en la imposibilidad de efectuarlo.

LA LIBERTAD CONDICIONAL

Podemos decir , que la libertad condicional es una medida alternativa, respecto a una pena privativa de libertad, como la prisión o el arresto domiciliario, que contemplan los ordenamientos jurídicos de algunos países, y que es posible imponer en la sentencia cuando se cumplen ciertos requisitos establecidos en la ley, que le permite al condenado por un delito cumplir su sanción penal en libertad, aunque sujeto a ciertas obligaciones o bajo ciertas condiciones, por ejemplo, no cometer nuevos delitos o faltas. En caso de incumplir tales condiciones, la persona a la cual se le ha concedido la libertad condicional debe cumplir su condena en la cárcel.

Del mismo modo, esta figura es contemplada en ciertos sistemas legales como una medida de rehabilitación, que le permite al condenado, tras cumplir una cierta proporción de la pena impuesta y otros requisitos, terminar su condena en libertad, aunque sujeto a ciertas condiciones.

La idea de libertad condicional es ciertamente controversial a nivel social ya que supone que a través suyo se le está otorgando un beneficio o un derecho a una persona que cometió algún tipo de delito. En algunos casos, se le puede otorgar incluso a personas que cometen delitos graves como asesinatos. Sin embargo, existe también como un modo de incentivar el cambio de conducta del acusado ya que entre los requisitos para obtenerla es haber llevado a cabo una actitud respetuosa de la ley y de la vida en comunidad dentro de la cárcel.

Entre las diferentes formas que puede tomar la libertad condicional encontramos la comparecencia obligatoria periódica ante la justicia con el objetivo de demostrar que la persona está controlada y no prófuga, la realización de trabajo comunitario (esto es

especialmente común cuando los delitos son menores) o el pago de algún tipo de fianza que se considere suficiente para pagar por lo hecho.

MODALIDADES DE LIBERTAD CONDICIONAL

De acuerdo a lo establecido en las formalidades, conceptos, doctrina y condiciones que se recoge en la ley penal para la aplicación de la libertad condicional, dentro de los distintos “beneficios” que la ley otorga, junto con los requisitos que para cada una de las mismas se exigen, podemos analizar las siguientes:

- - Libertad Condicional por cumplimiento de los Plazos o “Libertad Condicional Ordinaria”

Son requisitos fijados en el Código Penal y ordenamiento penitenciario para acceder a esta modalidad, los siguientes:

- - Encontrarse clasificado en tercer grado de tratamiento.

Analizando el tema, debemos precisar, que este requisito debe partir de los conceptos, interrelacionados e inseparables, de tratamiento y de clasificación penitenciaria de los penados. Brevemente diremos que tras el ingreso de un penado en los establecimientos penitenciarios, previo estudio y observación del interno, debe analizarse por la autoridad respectiva, la puesta en práctica de una propuesta de clasificación que determinará el destino al establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, a la sección más idónea dentro de aquél. Para que esto se concrete las autoridades deberán ponderar diversos factores como la personalidad y el historial individual, social, familiar y delictivo del interno, la duración de las penas y el medio social al que retornará el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento.

Así, con carácter general, inicialmente los penados son clasificados en el llamado segundo grado de tratamiento, correspondiéndose éste con aquellos penados en quienes concurren

circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.

Excepcionalmente se aplicará el primer grado de tratamiento a aquellos internos calificados de extrema peligrosidad e inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de la convivencia ordenada. Para ello se ponderarán la concurrencia de factores tales como: naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial; comisión de actos que atenten contra la vida o integridad física de las personas, de la libertad sexual; pertenencia a banda armada u organizaciones delictivas; participación activa en motines, etc.

La adecuada progresión y evolución durante la estancia en el establecimiento del interno, su actitud y aptitud positiva son los factores, entre otros, que llevarán al mismo a la progresión del Segundo al llamado Tercer Grado de Tratamiento que, con carácter general, le posibilitará acceder a un régimen de vida en semilibertad. Sin embargo, hay que dejar constancia de que no existe precepto legal alguno que impida que un penado pueda ser clasificado inicialmente en este tercer grado de tratamiento penitenciario.

Sólo una vez que el penado está clasificado en este Tercer Grado de Tratamiento Penitenciario se puede hablar de que el mismo ya se encuentra en condiciones de poder acceder a la libertad condicional una vez concurren en el mismo el resto de referidos con anterioridad y que seguidamente se analizarán, si bien no lo haremos siguiendo el orden establecido en el Código Penal.

- Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

En este sentido, la primera cuestión que se plantea es ¿en qué consiste la observancia de una buena conducta? Por lo que dicta la experiencia en el derecho penal en estos casos, se entiende que el penado cumple dicha condición cuando carece de nota desfavorable en su expediente penitenciario, es decir, no tiene sanciones pendientes de cumplimiento o, si hubiera sido sancionado, éstas estuvieran canceladas. Para algún sector doctrinal se llega, incluso, a la conclusión de que, aún ante la comisión de determinadas faltas disciplinarias,

un estudio individualizado del preso puede aconsejar la concesión de tal beneficio. Porque, si la libertad condicional tiene como base y fundamento el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a orientar la ejecución de la pena privativa de libertad hacia la reeducación y reinserción social, bastará con que la persona haya tenido un comportamiento mínimamente correcto. Entiende este sector doctrinal que no se puede exigir a la persona presa que tenga una conducta “superior” a la de un ciudadano normal.

CAPITULO VI

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS.

Desde que se discutió y elaboro en la provincia de Manabí la Constitución política que está en vigencia a partir del 20 de octubre de 2008, y se estableció un nuevo ordenamiento jurídico en el que aparece la figura del Juez de Garantías Penales, expresamente señalado en el N° 3 del Art. 203 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual otorga a estos administradores de justicia, a quienes se les confieren facultades tendientes asegurar los derechos de las personas internas en cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones.

Si revisamos el Art. 230 del Código Orgánico de la Función Judicial, nos indica y advierte sobre la “Competencia de las Juezas y Jueces de Garantías Penitenciarias”, y señala que en los distritos en donde funcionen establecimientos penitenciarios, deberá haber por lo menos una jueza o juez de garantías penitenciarias con domicilio en la ciudad donde tenga su sede la Corte Provincial de Justicia, cuyas funciones están contempladas en dicha disposición orgánica. Hasta cuando se posesionen los jueces o juezas de Garantías Penitenciarias actuarán con las competencias indicadas en el artículo anterior las Juezas o Jueces de Garantías Penales o Juezas o jueces del Tribunal de Garantías Penales, en vista la Resolución de la Corte Nacional de Justicia que tenemos de la Rs. s/n. RO 276: 10 de sep.-2010, e igualmente podemos indicar que tiene base legal en el Art. 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

Teniendo este mandato como antecedente, es obligación aplicar las normativas jurídicas de carácter Constitucional, instrumentos internacionales, Derechos Humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Reglamentos e Instructivos dictados para el caso, para procurar siempre garantizar los derechos de las o los privadas y privados de la libertad, e incluso de los funcionarios del Régimen Penitenciario.

La delimitación de la naturaleza jurídica del derecho penitenciario, está asociado al derecho penal punitivo, por tal razón como parte del derecho público adopta un régimen jurídico autónomo, con un cuerpo normativo bien estructurado, muy diferente al derecho sustantivo y procesal penal, pero muy vinculado a los mismos.

El marco de competencia, acción y regulación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, relacionado al proceso criminológico, abarca la fase legislativa (identificación y tipificación del hecho punible), la fase judicial (etapas de investigación, juzgamiento y sentencia del hecho punible), la última fase constituye la de ejecución de las penas o fase administrativa (cumplimiento, vigilancia, administración, rehabilitación y reinserción social del interno). La ejecución de las penas, por ende es cumplida por autoridades ejecutivas o pertenecientes a la rama administrativa del poder público y como tal, las normas aplicables a ellas son de derecho público, principalmente administrativo.

Estableciendo una analogía con el derecho ibérico, se establece que en este no existe una posición definitiva sobre la naturaleza jurídica del derecho penitenciario, al respecto Bustos Ramírez, manifiesta: “existe una ciencia penitenciaria que recibe influencias del derecho, la psicología, la pedagogía social y la sociología reduce la concepción de la ejecución penal a los solos efectos del cumplimiento de las sanciones privativas de la libertad y por excepción a cualquier sanción. El Derecho Penitenciario si bien existe a partir de la existencia del Derecho Penal, constituye una rama especializada del derecho administrativo que tiene como objetivo primordial el estudio de las normas que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad, las medidas de seguridad y el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, así como los derechos y deberes del interno penitenciario y los Organismos y Autoridades penitenciarias encargadas de ejecutar, cumplir o hacer cumplir, vigilar, administrar y ser garantes de los derechos y deberes.

Sobre la base de la estructura social y económica y como mecanismo de sustento de un determinado modo de producción, se levanta la superestructura ideológica, criminológica y jurídica, implantándose como norma, primero en forma natural y luego en forma social y jurídica, así la vida social crea un ordenamiento normativo que regula la conformación, el

comportamiento de los órganos colectivos y las relaciones entre los miembros de la sociedad.

Para el establecimiento del control de la normativa legal, el Estado crea sus aparatos de represión, a través de su institucionalidad y la generación de leyes que coadyuvan a su represión, entre esas leyes se encuentran las penales, positivas, adjetivas y de ejecución penal, fundamentadas precisamente en las ciencias jurídico-penales represivas, como parte del Derecho Objetivo Penal.

El sistema penal está vinculado al conjunto de instituciones del Estado y a las actividades que despliegan, tanto en el proceso de creación de las normas penales y en el de nacimiento, interpretación, ejecución y aplicación de la ley.

De manera particular, el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, contrae su normatividad exclusivamente a la ejecución de penas privativas de la libertad, en tanto que el Derecho Ejecutivo Penal, abarca todo el conjunto relativo a la ejecución de las múltiples formas de penas y medidas de seguridad, conceptualizadas y establecidas por el Derecho Penal.

Por tal razón, tratándose de un ordenamiento jurídico del Derecho Penitenciario, se fundamenta en el Derecho Objetivo y frente a la vinculación entre el Estado y los sujetos de ejecución penal, se fundamenta en el Derecho Público. La prevención general y especial de todas las conductas antisociales delictivas y criminológicas, están contempladas en los conocimientos criminológicos, en la aplicación de estos para el bien de la sociedad.

Los procesos de criminalización forman parte del control social, vale decir, de las medidas que tienden al mantenimiento y reproducción de un orden socioeconómico establecido. El llamado control social comprende a la totalidad de las instituciones y sistemas normativos con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, se procura lograr la aceptación (involuntaria, artificial y forzada), y además el mantenimiento y reproducción de las relaciones sociales de dominación”.

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, tiene por finalidad brindar al condenado, por medio de la ejecución de la pena, las condiciones favorables para su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad. Asimismo, establece la Ley Penitenciaria que las instituciones penitenciarias tienen por misión fundamental procurar la reinserción social de los sentenciados.

En este cuerpo legal se advierte una clara orientación política - criminológica encaminada a obtener un nuevo sistema penitenciario, con todos los mecanismos de prevención, de rehabilitación social, puesto que por medio de nuevos sistemas de control, custodia y privación de la libertad, se trata de subsanar y ayudar en parte a los internos que han cometido algún delito.

La política penitenciaria enmarcada dentro del Derecho Ejecutivo Penal, propende lograr la rehabilitación global a quienes delinquen, con el propósito además de conseguir la disminución de la delincuencia. Tal objetivo, advierte suficientemente el carácter político-criminológico del Código de Ejecución de Penas que actualmente se encuentra vigente en el Ecuador.

El fundamento filosófico del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social del Ecuador, se enmarca en las concepciones de la estructura capitalista en la que el bien jurídico tutelado por la norma jurídica penal es importante, pues justifica la pena como sanción propia del ordenamiento jurídico penal, que ampara fundamentalmente los bienes jurídicos de la sociedad y de los hombres, cuya valoración tiene una manifestación superestructural, reflejada en una estructura social, económica y política determinada. En este sentido el articulado del Código está orientado a una transformación profunda y total del sistema penitenciario.

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, comprende cinco temas divididos en capítulos y además una exposición de motivos, que vienen a constituir sus considerandos, que contiene las motivaciones y causas necesarias que han impulsado a la expedición de esta ley, y que es pertinente destacar los siguientes:

- La necesidad inaplazable, de aplicar a las personas que cumple penas de privación de la libertad, sistemas científicos tendientes a su rehabilitación integral, de modo de que, una vez que egresen de los Centros de Rehabilitación Social, puedan reincorporarse a la sociedad como elementos positivos de ella.
- Para que en la práctica estos principios se cumplan, es necesario elaborar un conjunto de leyes modernas, es decir que estén aplicadas en relación al momento histórico que estamos viviendo y que estimule el buen comportamiento del individuo privado de su libertad, como ya lo mencione anteriormente en este trabajo de investigación, actualmente existe un proyecto de código penal integral que aparentemente recoge todas estas necesidades descritas en este capítulo.
- debe ser mandatorio que en el futuro código integral penal se ponga en práctica un sistema de control y custodia de los condenados, de acuerdo a las respectivas clasificaciones de los reclusos que de manera técnica debería realizarse en los centros de detención de todo el país para aquellos que requieran de seguridad máxima, media y mínima seguridad, tomando en cuenta sus circunstancias especiales y su estado de peligrosidad.
- que en el futuro la legislación penal en su conjunto elabore leyes que vayan en concordancia tanto en lo que tiene que ver con los juzgadores ,el penado y los centros de detención a en los que estos sean reclusos, es decir que en un conjunto de leyes llamado código integral penal exista concordancia entre la pena impuesta según el delito , el condenado que recibe la misma y los centros de rehabilitación que deberían prestar todas las condiciones que la modernidad de los sistemas penitenciarios en el mundo ofrecen, y de esta manera pueda existir una verdadera rehabilitación de las personas reclusas en estos centros y una real reinserción a la sociedad de las personas privadas de su libertad.
- La impostergable necesidad de incorporar a las Leyes nacionales, un sistema penitenciario acorde con el más avanzado Derecho Ejecutivo Penal, que prevea la reincorporación progresiva a la sociedad de quienes han caído en delito.

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, comprende 56 artículos sustantivos; tres disposiciones transitorias y un artículo final.

Algunas Leyes vigentes en el Ecuador, vinculan su normatividad con el Régimen Penitenciario, ya sea establecido ciertas ventajas para el detenido, o señalando acciones que deben ser observadas por las autoridades de los Centros de rehabilitación que existen en la república del Ecuador.

SISTEMA PENITENCIARIO CONTEMPORÁNEO

En nuestro país, el sistema de justicia penal al término de la dictadura militar, a fines de la década del setenta, se encontraba en precarias condiciones, la democracia nuevamente instaurada con el ascenso al poder de el AB.JAIME ROLDOS AGUILERA con el cual se da el inicio de una nueva etapa en el sistema de aplicación de penas y penitenciario respectivamente, en el momento de retorno a la democracia, la calidad de vida de los ecuatorianos, la mala distribución de la riqueza, acrecentó la delincuencia convencional a la que se sumó la delincuencia no convencional producto de los delitos económicos, muchas veces por las grandes ganancias que genero y sigue generando la extracción y negociación del petróleo, otras por las famosas renegociaciones de la deuda externa ecuatoriana, pero eso es materia de otro análisis.

El sistema judicial como poder en si no disponía de los recursos necesarios optimizar y poner en marcha el funcionamiento de un nuevo sistema penal, a esta problemática se suma la falta de una política penitenciaria de Estado, lo que dificultaba el desarrollo de la sociedad ecuatoriana y ponía en peligro la paz social.

Con el regreso de la República a la democracia, comienza la reestructuración del nuevo ordenamiento jurídico, asociado a un Estado progresista y moderno, se considera que es necesario disponer de una nueva Ley de Ejecución Penal, acorde con las nuevas corrientes técnico – científicas de la Criminología y la evolución del Derecho Penitenciario.

Por estas razones antes mencionadas, se da paso al nacimiento de la Comisión interinstitucional e interdisciplinaria de Asesoría Política Penitenciaria, dictada mediante Decreto Ejecutivo 440 publicado en el Registro Oficial 243 del 1 de Agosto de 1980, esta

resolución tuvo como fin, prestar el asesoramiento a la Dirección Nacional de Rehabilitación Penitenciaria en principios básicos y normas generales dentro de una eficaz política criminal y penitenciaria.

La Comisión dispone la elaboración de un diagnóstico sobre la realidad penitenciaria del momento, diagnóstico que fue la base para la elaboración de un ante proyecto del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, el mismo que fue puesto a consideración del Congreso Nacional para su aprobación.

En 1982 se publicaron los registros oficiales 282 y 390 del 16 de Julio y 9 de Diciembre respectivamente, y se promulgó el Código de Ejecución de Penas y su Reglamento General de Aplicación, estos cuerpos legales con las reformas introducidas, rigen al Sistema Penitenciario hasta la fecha. La Dirección Nacional de Rehabilitación Social coordina el régimen Penitenciario y pone en ejecución la política acordada por el Organismo máximo encargado de la aplicación de la ley, que es el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, el mismo que determina la estrategia penitenciaria con el propósito de obtener una rehabilitación integral de los reclusos.

Es así como se cambia la denominación de Penitenciaría y Cárceles por Centros de Rehabilitación Social.

En el año de 1985 por primera vez en la Planificación Nacional se incluye en el “Plan Nacional de Desarrollo 1985 – 1988” el programa Prevención, Tratamiento y Rehabilitación del Delincuente; los proyectos y acciones están destinados a cambiar las condiciones materiales de los Centros para hacer posible la aplicación de la ley.

Los principios de la política penitenciaria ecuatoriana constituyen el conjunto de las mencionadas leyes que abarcan el fenómeno delincencial integrado por el trinomio norma, actor y víctima que surgen de la estructura social y sus factores confluyentes, se trata de una respuesta individual o colectiva de naturaleza bio-psicosocial al enfrentamiento del hombre ecuatoriano con las circunstancias y modalidades de desarrollo de su propio entorno, del que deriva la interrelación con los miembros de la comunidad, teniendo en consideración que solamente la comprensión total y cabal del fenómeno delincencial por parte de la comunidad y el Estado, permitirá alcanzar los objetivos, metas y propósitos básicos del Sistema.

Tomando en cuenta la vigencia de las normas que establece el sistema penitenciario como una respuesta que el Estado da a la conducta antisocial, reconoce el principio de la individualidad de las penas que consagra nuestro Derecho Penal y la individualidad del tratamiento con miras a la rehabilitación integral del delincuente y a la disminución de la reincidencia.

El delito es un fenómeno social, y puede darse por muchas causas según su origen, y este se manifiesta en conductas individuales que lesionan los derechos individuales y sociales de las personas que conforman la sociedad. El delito es una respuesta a la violación social, alimentado por las relaciones violentas actor – víctima, el delito no puede ser tratado en forma aislada, sino que requiere ser analizado en todo su contexto y con los actores que se hallan involucrados. El delito se sanciona como una forma de intimidación para evitar que los ciudadanos infrinjan la ley penal. La pena y de manera particular la privativa de libertad, no ha logrado el fin que persigue.

Teniendo claro las metas que esto implica, se debe obtener la rehabilitación integral de los internos y la transparente administración de los Centros de Rehabilitación Social, teniendo como fin la reinserción a la sociedad de las personas privadas de su libertad, así como a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con el objetivo de que en el futuro los niveles de delincuencia disminuyan para el bien de la sociedad en que vivimos, lo cual se encuentra regulado en el artículo 12 del Código de Ejecución de Penas.

El Código introduce importantes transformaciones de orden legal, tales como el establecimiento del régimen progresivo y la incorporación de beneficios para los internos, como parte del tratamiento.

Las Instituciones Penitenciarias tienen como fin primordial el desarrollo humano de las personas privadas de libertad, potenciando sus aspectos positivos y ayudándoles a construir una propuesta de vida para afrontar los problemas de la vida diaria.

SISTEMA PENITENCIARIO ACTUAL

Dentro del sistema penitenciario del Ecuador, existen falencias que vienen aquejando al mismo probablemente desde sus inicios dentro de su evolución histórica, falencias que se han hecho notar dentro de su estructura misma, y nos referimos a todas las aristas que lo componen, nos referimos por ejemplo al aspecto jurídico, social, económico y hasta filosófico. Este sistema penal enfermo que no ha mostrado mejoría, ha sufrido el paso del tiempo y los diferentes actores políticos sociales y hasta religiosos, han hecho poco o nada para mejorarlo y peor aun modernizarlo de acuerdo a los diferentes momentos históricos que este ha vivido, simplemente las cárceles ha sobrevivido con el mínimo de atención que el estado le ha podido dar, y como lo dijimos anteriormente en los diferentes aspectos empezando con el económico que por su importancia seria el principal. Las opiniones y recomendaciones que se han dado siempre son bastante conocidas y simplemente han quedado en promesas y letra muerta, lo extraño del asunto es que si todos sabían las deficiencias y también las soluciones que el sistema sufría, me pregunto ¿porque nunca se tomaron acciones para mejorar el sistema penitenciario ecuatoriano? Es obvio que nunca existió una real política de estado que específicamente se encargue de mejorar y tecnificar el sistema, a esto debemos sumar las deficiencias notorias que ha tenido el sistema judicial ecuatoriano y tocando este tema nos referimos al penal específicamente.

Nuestro país en las últimas décadas viene enfrentando un reto muy grande, como lo es por ejemplo la descomposición de la sociedad en cuanto a sus valores se refiere, la perdida de estos y la aceptación de anti valores, los cuales han hecho que la sociedad pierda poco el respeto por el derecho ajeno que es uno de los derechos y principios básicos de la sociedad en su esencia propiamente dicha. Este fenómeno seriamente complejo relacionado con el incremento de una mayor tipicidad de delitos, que ni la sociedad, ni la estructura del Estado, ni los centros carcelarios o “centros de rehabilitación” en su conjunto, han podido remediar y no han estado a la altura de las circunstancias que conlleva manejar los centros carcelarios del país, esto ha llevado a la sociedad a no poder lidiar con las consecuencias que de este mal manejo del sistema, y a producido la descomposición social en la que se

encuentra actualmente, es que las personas privadas de su libertad han estado en el anonimato, olvidadas, marginadas, maltratadas, como si no existieran, es menester decir que con esta actitud frente a los penados no se resuelve el problema, yo creo que más bien se lo agrava, ya que esta marginación y desprecio social lo único que produce es el resentimiento de los internos que muchas veces al recobrar su libertad, desfogan su resentimiento y odio con esa sociedad que los olvido. Las cárceles ecuatorianas históricamente no han cumplido con la función de rehabilitar a las personas que han cometido un delito, simplemente con darles de comer y encerrarlos en celdas que no son tales sino mas bien infiernillos en las que conviven, la necesidad, la promiscuidad, el abandono, el vicio, esto se ha producido porque en la práctica las autoridades no han implementado programas serios de rehabilitación y con recibir iniciativas aisladas para cierto grupo de internos, han creído que es suficiente. En la actualidad esta realidad conocida por todos merece ser socializada responsablemente, ya que como lo he manifestado dentro de este proyecto y mencionare en las recomendaciones finales, esta problemática debe ser tomada exclusivamente como una política de estado urgente y no proponer soluciones parche y menos privatizar las cárceles porque a mi manera de ver el sistema obedecería a intereses personales o coyunturas políticas. Las respuestas a la sobrepoblación, el hacinamiento, la violencia, la falta de clasificación de los internos, los motines de presos deben ser tratados de manera profesional y técnica, todas las personas que estén involucradas en mejorar el sistema penitenciario, deben ser preparadas y elegidas por su capacidad para laborar en estos centros, de esta manera se obtendrían mejores resultados en la rehabilitación de los internos.

De acuerdo al período de sesiones No. 141 de la de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se trató el tema de la situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en el Ecuador, audiencia en la que al Cedhu remitió un informe por escrito, el mismo que le sirvió a los comisionados para rebatir y solicitar explicaciones más detalladas al representante del Gobierno ecuatoriano, el Dr. José Serrano, Ministro del interior, quien expuso sobre los avances del gobierno en este tema.

En resumen, el informe elaborado por Cedhu, contextualiza la situación del sistema penitenciario de acuerdo a su función ante las sociedad y su estructura alrededor de las instituciones que lo rigen, los cambios y las medidas que se han tomado desde el Gobierno Ecuatoriano, tales como el traspaso de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social (DNRS) bajo dependencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la decisión de colocar a la Policía Nacional y por determinado tiempo al ejército a custodiar las cárceles. Refiere además los criterios para la distribución de los recursos económicos para el manutención de las personas privadas de la libertad.

Con respecto a la población carcelaria se dio a conocer que existe hacinamiento en 30 de 41 cárceles a nivel nacional, siendo las ex Penal García Moreno, la cárcel N° 3 en Quito, la cárcel de Babahoyo, la de Cuenca y la Penitenciaría del Litoral en Guayaquil, las que presentan cifras más alarmantes.

El hacinamiento que se da en los centros de reclusión se debe, a que nunca en la práctica se ha tomado el sistema penitenciario como una real política de estado , que verdaderamente mediante sus acertadas acciones redima y reinserte a la sociedad a personas que por una u otra razón cometieron alguna falta a la sociedad después de haber pagado su deuda con la misma ,estas personas merecen la oportunidad de retomar una vida nueva .En este informe de la Cedhu también se dice que **“acciones populistas llevaron a los políticos a inflar las penas aumentando las mismas de 16 a 25 años en determinados delitos y permitiendo su acumulación hasta los 35 años, lo que evidentemente provoca que ingresen al sistema carcelario más personas de las que salen, es decir las personas permanecen más tiempo (la solución de las autoridades a este problema es la construcción de más cárceles.**

El problema de la inseguridad ha servido para exigir el endurecimiento de las penas, tal presión llevó a plantear en Consulta Popular el limite la caducidad de la prisión preventiva para personas privadas de la libertad que permanezcan sin sentencia, después de seis meses o un año, que a la larga solo sobre poblará las cárceles, incrementando la violencia antes de solucionarla.

En su conclusión final se afirma que **"las precarias condiciones de vida en las que se encuentran las personas reclusas, constituyen tratos inhumanos que debe ser superados, pues ello repercute en la inexistencia de la rehabilitación social, pues si no se está rehabilitando y reinsertando en la sociedad al interno, entonces cabe la pregunta, para que se necesita de un sistema penitenciario?"**

El Ministro de Justicia y Derechos Humanos destacó en su intervención, la vigencia de una política criminal, como parte del Plan Nacional del Buen Vivir, y que maneja tres pilares: prevención, respuesta judicial no solo como juzgamiento y debido proceso, sino con énfasis a la respuesta a las víctimas, considerando que uno de los mayores déficits es que las víctimas se encuentran relegadas de la protección del Estado, el último pilar rehabilitación y reinserción social.

Así mismo, se planteó la posibilidad de crear Tecnología en seguridad penitenciaria para ofrecer capacitación de tercer nivel a las personas encargadas de la guardia carcelaria. Reconoció que a partir de pruebas realizadas a los guardias penitenciarios se determinó que el 95% de estos no se encontraban aptos para este trabajo. Reportó acerca de la deportación de personas extranjeras, si es que estos lo solicitaban a través de convenios con las respectivas cancillerías.

José Serrano resaltó programas de inserción para las personas reclusas, como la elaboración de los uniformes y mueblería para los niños de nivel primario del sector público, el ingreso del sistema penitenciario al sistema de salud pública y la existencia de las clínicas de conducta, encargadas de dar atención psicológica a personas con problemas de adicción. Sin embargo, reconoció que al momento existe hacinamiento en las cárceles.

Los comisionados reconocieron el esfuerzo del gobierno ecuatoriano, sin embargo, basados en la información proporcionada por la Cedhu, cuestionaron situaciones violatorias a los derechos humanos como es el trato a las mujeres embarazadas y personas mayores de 60 años, programas de capacitación con enfoque de género que anteriormente la CIDH había recomendado a Ecuador.

Refirieron también situaciones como requisas vaginales y anales en las internas y a las visitantes de las cárceles, se cuestionó sobre personas muertas bajo custodia que han quedado sin investigación, las normas antinarcóticos aunadas a procedimientos antinarcóticos alejados del respecto a los derechos humanos, que ha permitido que las personas permanezcan más tiempo en prisión. Los comisionados solicitaron respuesta ante la convocatoria de una consulta popular, que en el contexto de una "política anti hacinamiento", se pidan la eliminación de la prisión preventiva creando más hacinamiento.

La autoridad ecuatoriana defendió la redacción de las preguntas de la consulta popular, por haberlas aprobado la Corte Constitucional, y con respecto a las requisas genitales a las mujeres habló de utilizar tecnología de rayos X para evitar eso.

En fin, el informe de gobierno dista del informe elaborado por Cedhu, el primero ofrece una imagen de un sistema penitenciario ordenado y eficiente, que si las políticas que el funcionario citó en su intervención se aplicaran es posible que inicie un proceso, pero la realidad del sistema penitenciario hoy en día está lejos todavía de brindar una rehabilitación y reinserción a las personas privadas de la libertad, quienes solo viven en situaciones de violencia.

Hoy en día el sistema penitenciario soporta una gran sobrepoblación, que en la actualidad rebasa el número de diez mil internos que se encuentran detenidos en los 35 Centros de Rehabilitación Social y Detención del país. Según los datos publicados en el Boletín Estadístico "El Sistema Penitenciario Ecuatoriano en Cifras" La población penitenciaria ha experimentado un incremento del 2.11% respecto del año 2002, tenemos que tener en cuenta que la variedad de modalidades delictivas también han evolucionado, por esta causa el índice delictivo a crecido de una manera desproporcionada, hecho que afecta directamente a los Centros de Rehabilitación Social, con las consecuencias negativas que esto significa.

El 34% de la población carcelaria en la actualidad se encuentra con sentencia condenatoria el resto se encuentran en las diferentes etapas del proceso penal; en lo que tiene que ver a los delitos, el mayor número de detenidos y detenidas se encuentran por delitos contra la propiedad, como son el robo, hurto, extorsión, secuestro, estafa, otro índice alto es el relativo a delitos sancionados por la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, refiriéndose a este tema recientemente el CONCEP emitió una nueva legislación respecto de las cantidades de sustancias estupefacientes que se permite llevar a cada individuo sin considerarlo traficante de drogas si no solo consumidor y que continuación exponemos en este trabajo de investigación. La nueva tabla fijada para cada consumidor sin incurrir en delito y que puede portar es la siguiente: 10 gramos de marihuana, 2 gramos de pasta base de cocaína, 1 gramo de clorhidrato de cocaína, 0,1 gramos de heroína, 0,015 gramos de MDA -N-etil-a-metil-3.4-metilendioxi-fenilamina, 0,015 gramos de MDMA -N-a-dimetil-3.4-metilendioxi-fenilamina (éxtasis) y 0,040 gramos de anfetamina, la resolución 001 CD-2013 del 21 de mayo del 2013 emitida por el Consejo Directivo del CONSEP ha generado distorsiones que amerita orientaciones urgentes, especialmente hacia la comunidad educativa y a la comunidad en general; razón por la cual nos permitiremos realizar algunas puntualizaciones sobre este particular.

1. La resolución no tiene carácter vinculante. Su cumplimiento de parte de las autoridades judiciales, no es obligatorio ya que no es Ley; solamente la Asamblea Nacional es quien tiene la capacidad de emitir Leyes, las mismas que son de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, no legaliza dosis máximas o constituye autorización alguna para portar drogas.

2. Despenalización y no criminalización del consumo de drogas. Hace 15 años, desde octubre de 1997, la reforma a la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas despenalizó el consumo de drogas al establecer en el artículo 103 inciso segundo lo siguiente:

“Esta norma legal no comprende a los narcodependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas destinadas para su propio consumo. Estas personas serán consideradas enfermas y sometidas a tratamiento de rehabilitación. Esta norma por su carácter de especial, tendrá efecto retroactivo.”

Al respecto, la Ley Interpretativa No. 72-PCL, publicada en el R.O. 284 de 26 de marzo de 1998, dice:

“Art. 1 Interpretese el inciso segundo del artículo 105 (actual 103) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, reformado por la Ley 25, promulgada en el segundo suplemento del Registro Oficial 173, del 15 de octubre de 1997, en el sentido de que extingue la acción o la pena, según el caso, que pesaban con anterioridad a la vigencia de esta última Ley, sobre las personas convictas o acusadas de consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cualquiera que hubiere sido la norma de la Ley reformada que se les hubiera aplicado, las que en virtud de esta reforma han quedado tácitamente modificadas o derogadas.”

En consecuencia, los jueces, tribunales penales, cortes superiores y Corte Suprema, según el caso, están obligadas a otorgar la libertad a dichas personas.

El artículo 30 del mismo inciso de la Ley codificada dice:

“Prohibición de detención del usuario.- Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización”.

La Constitución de la República vigente desde el 2008, determinó en el artículo 364 tres aspectos esenciales en relación con las personas que usan y consumen drogas a saber:

1. Las adicciones son un problema de salud pública;
2. Al Estado le corresponde desarrollar programas de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y otras drogas, así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores;
3. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

PROCEDIMIENTO ACTUAL

1. Cuando se presentan casos de personas aprehendidas por tenencia de drogas, los jueces aplican el artículo 103 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas...”estos serán considerados enfermos y sometidos a tratamientos de rehabilitación”.

2. La Ley vigente no fija cantidades de droga para diferenciar entre consumidores y expendedores.

3. Ante este vacío, los jueces establecen la dependencia a los narcóticos disponiendo exámenes médicos que delatan presencia de estupefacientes en el organismo. Es decir, los judiciales no tienen parámetros fijos para determinar lo “alto” o “excesivo” de las cantidades.

4. El examen médico dispuesto por el juez, que resulta ser pericial, determina si el aprehendido es farmacodependiente y si la cantidad es excesiva o no. Si no es alta, se lo considera consumidor y se aplica el artículo 364 de la Constitución y sale libre de inmediato. Aunque ya ha sido sometido a un proceso judicial. Este artículo prohíbe la criminalización de los dependientes.

La resolución del CONSEP, permite que los jueces cuenten con un marco referencial técnico y científico, por lo que la tabla para consumo de drogas, es una guía, un insumo que les permite identificar un caso de tráfico o de consumo; pero que queda a consideración de ellos, aceptarla o no.

ESTADISTICA

En nuestro país más del 45 % de las personas privadas de la libertad están encerradas por delitos de drogas:

- 4.573 por delitos de drogas
 - 3.975 por delitos contra la propiedad
 - 2.074 por delitos contra las personas y la vida
 - 1416 por delitos contra la libertad sexual
-

- 1495 por otros delitos.

El indulto a las “mulas del narcotráfico” otorgado por la Asamblea Constituyente en el 2008 por una sola vez permitió que salgan libres 2.300 personas, la mayoría de ellas, mujeres y madres de familia; hasta la presente fecha, menos del 1 % reincidió.

El señor Walter Efraín Romero (causa 0034-2011), fue condenado a 12 años de reclusión mayor extraordinaria por el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, en sentencia del 17 de octubre de 2011, por poseer un gramo de base de pasta base de cocaína.

En los centros carcelarios del Ecuador existen una gran cantidad de consumidores debido a que la mayoría de personas son privadas de su libertad por tener cantidades mínimas de drogas para su uso o consumo personal y no han sido tratados como enfermos, sino más bien como delincuentes, no es posible que una persona privada de su libertad por consumo de drogas, muchas veces tenga que pasar 3, 4 y hasta 8 años recluido como delincuente en un centro penitenciario, y lo más desalentador es que esto ha sucedido por la falta de una ley expresa para el tratamiento de este problema social, y la crisis que el sistema judicial del Ecuador ha sufrido en las últimas décadas. Si se diera un indulto a las personas privadas de libertad que se encuentren en los centros de rehabilitación por portar 20 o 30 gramos de drogas y estas sean orientadas a programas serios y responsables de tratamiento y rehabilitación, articuladas a programas de integración social y emprendimiento, consideramos que cambiaría esta dolorosa realidad carcelaria para bien de muchas personas y sus familias.

Vamos hacia una prevención radical, vamos a la raíz del problema; no más prevención epidérmica, superficial a base de mensajes, marchas y conferencias que no tributan a nada. La prevención debe ser integral y es eminentemente una tarea educativa, no exclusivamente policial.

Las autoridades educativas de los colegios, los consejeros, tutores y docentes; deben estar claros que no existe autorización para portar drogas...si encuentran a algún estudiante en posesión de drogas, deben comunicarse con DINAPEM y ellos están facultados para tomar el procedimiento correspondiente.

Podemos decir, que las cárceles y penitenciarías, llamadas "Centros de Rehabilitación Social", en realidad son lugares de degradación social temporal; en realidad muchos de estos centros no ayudan en nada a las personas que se encuentran detenidas en estos ellos, ya que en realidad se han convertido en universidades en los que se perfeccionan los delitos y no solo eso, son centros de operaciones del crimen organizado en donde operan bandas de narcotraficantes, roba carros y todas las modalidades de delitos que produce la delincuencia, más adelante explicaremos detalladamente lo que ha sido en el pasado el sistema penitenciario y lo que en la actualidad se está haciendo para mejorar el sistema.

En nuestro sistema penal en el pasado se produjeron varias reformas tales como la reforma a los artículos 33 y 34 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, referentes al régimen de rebajas conocido como el dos por uno, que redujo la pena al 50%, lo cual constituyó amplia motivación para que los internos adopten una buena conducta para acceder a este beneficio, el cual fue reformado, reduciéndose considerablemente el número de días otorgados por este beneficio, hecho que naturalmente repercutió negativamente en el sistema penitenciario. Además se sumó el beneficio pro-reo de la reforma a la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, la reforma a la ejecución de la pena contenida en Constitución Política de 1998, disposición transitoria relacionada además al artículo 24, numeral 8 de la Carta Magna, la Ley de Reducción de Penas por el año Jubilar 2000.

En el mes de Julio del año 2001 entró en vigencia la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, además se modifica el Reglamento al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, cambiando el régimen de rebajas.

La crisis del sistema penitenciario tuvo su punto más crítico con los acontecimientos del mes de Abril del 2004, fecha en que se produjo un amotinamiento de detenidos, se registra como los de mayor repercusión en la historia penitenciaria del Ecuador, evidenciando la situación caótica de las condiciones de vida en los Centros de Rehabilitación Social, hechos que se encuentran relacionados en mayor o menor grado al gran déficit presupuestario.

El establecimiento del nuevo régimen de rebajas de pena, esto es 180 días por cada quinquenio, el endurecimiento de las penas, la incorporación de un nuevo procedimiento penal y la figura legal de la detención en firme, influyeron directamente en el sistema penitenciario hecho que se evidencia con el incremento de la población de detenidos, a raíz de la vigencia de estos preceptos legales.

Los Centros de Rehabilitación Social y Centro de Detención Provisional de Quito dependen de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, para su funcionamiento disponen de su propia estructura que en la actualidad es inadecuada, están orientados a cumplir los objetivos que persigue el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, de acuerdo a las políticas dictadas por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, por medio de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, para lograr la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad.

Los Centros de Rehabilitación Social, de acuerdo al orgánico funcional, han sido estructurados tomando en cuenta las características de la población penitenciaria, su número y el área geográfica en la que se encuentran ubicados. De conformidad con el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social existe la clasificación de Centros de máxima, media y mínima seguridad, los mismos que no reúnen los requisitos establecidos para cada categoría. Los Centros se encuentran distribuidos en número de 15 en cinco provincias de la Costa, 18 en diez provincias de la Sierra, 2 en dos provincias del Oriente.

De manera general se ha catalogado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito N.- 1 (ex Penal García Moreno) y Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil (ex Penitenciaría del Litoral) como establecimientos de máxima seguridad. Particularmente por su estructura, por el desarrollo de la delincuencia e insuficiente número de Personal de Custodia y Vigilancia, estos establecimientos que registran el mayor número de detenidos a nivel nacional, hace mucho tiempo no prestan las garantías necesarias para ser considerados de máxima seguridad. La infraestructura dista mucho de lo que debe ser un real sistema penitenciario tanto en parte de infraestructura como en su sistema administrativo, podríamos decir que hasta ha llegado a ser primitivo, existe una gran falta de coordinación entre la infraestructura real disponible, la técnica, y los recursos humanos y presupuestarios.

Cada Centro de Rehabilitación Social ha establecido procedimientos administrativos y técnicos orientados hacia el objetivo principal que constituye la rehabilitación social de los internos. La estructura administrativa de que disponen, es obsoleta, tienen que afrontar diferentes problemas que no son fáciles de resolver, manteniéndose en gran parte una estructura administrativa piramidal, bajo el esquema centrado en un nivel directivo para la toma de decisiones, que cuenta con cuatro niveles: asesor, apoyo, operativo y ejecutor.

En los últimos tiempos, la Dirección Nacional de Rehabilitación Social ha descentralizado el mantenimiento de la infraestructura de los Centros de Rehabilitación Social, asignando un fondo rotativo para cubrir en cierta medida los costos de mantenimiento, al igual un fondo rotativo para el rancho y adquisición de medicinas, no hay que olvidar que uno de los más grandes problemas del sistema es el factor económico-financiero.

“Los Centros de Rehabilitación Social tienen tendencias omincomprendidas, es decir, difiere la reglamentación interna de cada uno, pero todos se rigen por la limitación del contacto social con el mundo exterior, así como de la libertad de trasladarse de un lugar a otro. Las prisiones han sido creadas para el cuidado de hombres y mujeres privados de la libertad y se considera que son establecimientos para personas que han sido encerradas no para su bienestar, sino para combatir los peligros que de ellas emanan: prisiones, campos de presos de guerra y campos de concentración”.

Por las limitaciones existentes, cada Centro ha desarrollado los objetivos propuestos de distinta manera, los logros alcanzados no han sido uniformes, en unos han sido mayores que en otros, debido a la variedad de obstáculos existentes, muchos de los cuales ya han sido mencionados como la falta de infraestructura física, un alto porcentaje de los Centros carecen de Directores titulares, injerencia política, carencia de recursos económicos, limitación que presentan los organismos de decisión, es importante señalar que el incremento delincencial y por ende la inseguridad afecta a toda la sociedad, en tal virtud corresponde a la comunidad integral junto con el Estado y sus Instituciones velar por el cumplimiento de los objetivos de la rehabilitación social.

En la actualidad el Gobierno central está realizando una importante inversión en el sistema penitenciario del Ecuador aunque esto no garantiza en la práctica que las personas privadas de su libertad se rehabiliten de manera integral.

La ministra de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Johanna Pesántez, informó que se prevé, de manera urgente la inauguración de un sistema penitenciario, el cual beneficiará a una población penal de tres mil reclusos.

La ministra, ha asegurado que los sistemas penitenciarios del país se transforman con vistas a la rehabilitación y reinserción social.

Se está trabajando con organismos internacionales y países amigos para el desarrollo de centros de rehabilitación social penitenciaria apropiándose de las experiencias que estos organismos tienen en lo que tiene que ver con el tratamiento del sistema penitenciario a nivel internacional.

Los funcionarios de gobierno prevén, que en un corto plazo, se inaugurará en la provincia de Guayas un sistema penitenciario, el cual beneficiará a una población penal de tres mil reclusos a un costo de 51 millones de dólares.

También se están capacitando al personal de seguridad y vigilancia de las penitenciarías, para lo que se **invertieron dos millones de dólares en preparar además trabajadores sociales y sicólogos. El presupuesto para el sistema penitenciario de 2008 a 2012 ha sido de 149 millones de dólares, antes era 96 mil.**

La población penal del país en este momento es de 21 mil privados de libertad, con los que se trabaja ofreciéndoles preparación laboral, cultural, educativa y oportunidades para una reinserción social futura.

Sobre otra arista de la justicia en Ecuador, intervino Paulo Rodríguez, vocal del Consejo Nacional de la Judicatura para informar que ya se inauguraron 40 unidades en el país para administrar justicia.

Explicó que cuando todo el pueblo decidió reformar el sistema de justicia encontraron dos millones de causas represadas, en la actualidad quedan 180 mil por resolver.

Con una inversión de 237 millones de dólares se creó un centro de datos de alta tecnología, calificado como el mejor de Ecuador y uno de los más modernos de América Latina.

En todo el sistema se distribuyeron seis mil 300 computadoras, se crearon 250 salas de vistas orales y ya trabajan 548 nuevos jueces, indicó y aseveró que la confianza del pueblo ecuatoriano en la justicia aumentó a 68 por ciento.

“La vida de los hombres y mujeres privados de la libertad, sociológicamente, se organiza en los Centros de Rehabilitación Social, de la siguiente forma: 1) sujeción a una misma autoridad, 2) en mayor o menor medida, separación del mundo circundante, 3) todos los procesos vitales son administrados de acuerdo a un reglamento interno, 4) su individualidad pertenece a los Centros de Rehabilitación Social, y 5) no existe la separación usual de ámbito de trabajo, vivienda y del tiempo libre, esta se realiza dentro de un mismo espacio físico”.

PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

Definiendo de la manera más clara y simple lo que es un Sistema Penitenciario, se puede conceptualizar como un conjunto de procedimientos administrativos y jurisdiccionales que tienen como finalidad conseguir la reintegración, reinserción e incorporación al núcleo familiar y social nacional; aplicando métodos, e instrumentos técnicos, jurídicos y científicos acorde al tratamiento individualizado de cada sentenciado, para lo cual se conforman equipos interdisciplinarios que actúen, en forma ágil, imparcial, expedita con calidad y calidez .

Por lo tanto, dentro los principios que rigen el Sistema Penitenciario ecuatoriano tenemos:

a) Principio de Supremacía de la Constitución. Respecto a la prioridad en la aplicación conforme señala el Art. 172 de la Constitución de la República en su primer inciso: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción, a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley...”. Concordante con expuesto encontramos en el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala: “Principio de supremacía constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial, deben aplicar las disposiciones constitucionales, no se tomaran en cuenta las normas que se encuentren en la legislación ecuatoriana que tengan menor jerarquía. Las decisiones tomadas no deben restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Es mandatorio que cualquier jueza o juez de oficio o a petición de parte, si tuviere una duda razonable y motivada respecto a que una norma jurídica está en contradicción con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que mencionan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, ente otras normas, ya sean de carácter constitucional o Convencional.

b) Principio de Legalidad.- Esto tiene que ver con los derechos constitucionales, que deben desarrollarse en normas de menor jerarquía como el mismo Código Orgánico de la Función

Judicial Art. 230 que establece la competencia de las juezas y jueces de garantías penitenciarias, es decir que se debe observar y cumplir con las disposiciones de este artículo, en que podemos diferenciar las atribuciones y deberes, tanto de carácter Administrativo, entre las que corresponderían a los numerales 2 ,Supervisar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Podrán hacer comparecer ante si a las y los condenados o a las o los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

En la ejecución de las penas privativas y restrictivas de la libertad, impuestas al aplicar el Código de Procedimiento Penal con el Código Penal, como las demás leyes penales y conexas; siempre en mira del tratamiento al interior de los Centro de Rehabilitación Social, para lograr el cambio actitud o comportamiento de los sometidos a los programas de reinserción en el Sistema Penitenciario y posterior incluso al cumplimiento de la sanción.

En el sistema penal y penitenciario, debe considerar la finalidad del internamiento de la persona en cumplimiento de una sentencia condenatoria o privada de libertad preventiva, en aras de ser educado, capacitado para ser un hombre productivo, emprendedor y exitoso.

El principio de legalidad se afirma o se fundamenta en la aplicación de la norma sobre el resto de resoluciones del Estado; para ello debemos conocer las condiciones en que se encuentran cada una de las o de las sentenciadas a cumplir condena o sentenciados, por lo que para cada caso será un determinado procedimiento el que se deba dar.

Estimando que el tratamiento es individualizado, y no en conjunto, para ello vamos a tomar en cuenta, el tipo de delito por el cual ha sido sentenciado, la diferenciación de la gravedad de la pena si es de reclusión especial, reclusión mayor extraordinaria, reclusión menor extraordinaria, penas correccionales.

En cuanto a la igualdad formal y material no cabe la discriminación por ninguna razón para la aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; solo se tratarán las personas privadas de libertad con sentencia en firme, no las que se encuentren en trámite.

c) Principio de Progresión. Debemos entender que precisamente en el Centro de Rehabilitación Social, desde el mismo momento que ingresan los sentenciados, se abren expedientes o archivos personales, cuyas características generales encontramos en el Art. 13 del Código de Ejecución de Penas, precisamente, por la individualización del tratamiento.- Se procederá a realizar la clasificación biotipo lógica delincencial; la clasificación de los Centros de Rehabilitación Social; la utilización adecuada de los recursos legales en beneficio del interno.

En la práctica creo que debería realizarse una decantación o selección de las personas que ingresan con prisión preventiva, con la finalidad de precautelar la integridad física y del patrimonio de cada interno, porque casi siempre acontece que entre personas privadas de la libertad preventiva, encontramos una mezcla de personas que muchas veces no tienen antecedentes penales y personas reincidentes que generalmente tienen un historial criminal muy peligroso para el resto de detenidos, por tanto se determina un gran riesgo en el centro penitenciario.

d) Principio de Jurisdiccionalidad. Tiene que ver con las atribuciones que tiene la sociedad, de otorgar el poder de administrar justicia en determinado ámbito, sea territorial, y material, precisamente nace de la jurisdicción que conforme el Art. 152 del Código Orgánico de la Función Judicial se confiere con el nombramiento otorgado por el Consejo de la Judicatura, a la jueza o juez de Garantías Penitenciarias.

Es una versión amplificada de lo que contiene el primer inciso del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil. Si vemos el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

e) Principio de Independencia. Este principio tiene mucho que ver, con el principio de imparcialidad y que constitucionalmente, señalan el numeral 1 del Art. 168 de la Constitución de la República que dice: "...Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa...".

Mientras que el Art. 8 del COFJ, expresa: "Principio de independencia.- Las juezas y jueces sólo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a

los Instrumentos Internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil, y /o penal, de acuerdo con la ley.”

Carácter Jurisdiccional tenemos en los numerales 1; 3; 4; 5; 6.

Después de haber analizado los principios del sistema penitenciario es importante puntualizar lo siguiente:

“..1.- Conocer, sustanciar y dictar las resoluciones, según sea el caso, en cumplimiento de condenas impuestas por la comisión de un delito de acuerdo a la ley de la materia;

3.- Conocer y sustanciar los procesos relativos a rebaja, libertad controlada, conmutación, régimen de cumplimiento de penas y medidas de seguridad y cualquier otra modificación de las condenas impuestas por la comisión de delitos. Supervisar el régimen penitenciario, el otorgamiento de libertad condicionada, pre libertad y medidas de seguridad de los condenados;

4.- Conocer de las impugnaciones a las resoluciones administrativas en la ejecución de las penas, dictadas de conformidad con el Código de Ejecución de Penas;

5.- Ejercer las funciones jurisdiccionales en materia de ejecución de penas privativas de la libertad y medidas de seguridad, previstas en la ley y reglamento que regulen lo relativo a la rehabilitación;

6.- Ejercer el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades administrativas penitenciarias.

Como que efectúa las dos funciones de acuerdo con el numeral 7 del indicado artículo.

La Dirección Nacional de Rehabilitación Social, es un organismo que depende del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, tiene su personería jurídica, el mismo que rige en todo el territorio nacional. La ley le da la calidad de “Unidad Ejecutiva Superior a la Política Penitenciaria”, que es su característica más importante porque constituye el organismo más dinámico y visible de la acción y aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. En su ámbito gira casi toda la intervención del poder público en la práctica penitenciaria.

En el artículo seis del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, al referirse a la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, señala: “funcionará como organismo dependiente del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, con personería jurídica y capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. Tendrá su sede en la ciudad de Quito y jurisdicción nacional, constituyendo la unidad ejecutiva superior de la política penitenciaria”⁴³

La Dirección Nacional de Rehabilitación Social, constituye la instancia administrativa, mediante la cual se establecen las instrucciones a los Centros de Rehabilitación Social del país, para la asistencia y tratamiento a los privados de la libertad, según las políticas emanadas del Consejo Nacional de Rehabilitación Social. Mantiene relaciones con todas las instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales que tienen que ver con el sistema penitenciario.

Dentro del modelo de gestión de procesos introducido en el sector público, la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, en la práctica mantiene una estructura piramidal que se centra casi siempre en el nivel directivo para tomar decisiones.

LOS CENTROS DE REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

En nuestro país existen Instituciones creadas por el estado para la rehabilitación de los internos sancionados por diferentes delitos los cuales generalmente tiene una sentencia en firme que cumplir, toda persona detenida en cualquiera de estos centros destinadas a la rehabilitación de los mismos debe estar legalmente detenida en estos centros, es decir con una boleta de encarcelamiento emitida por Autoridad competente. Pero en la realidad encontramos personas privadas de su libertad que se encuentran muchas veces hacinadas y mezcladas con otros internos de mayor peligrosidad o sancionados por delitos más graves que el de otros penados dentro de un mismo espacio físico, sin tomar en cuenta la situación legal de los detenidos, es decir, en qué estado se encuentra la situación legal de cada uno, debido a esto en la práctica vemos que la clasificación que establece la ley de los Centros de Rehabilitación Social de seguridad máxima, media, mínima, generalmente no se cumple ni se respeta, esto se da muchas veces por la falta de recursos, o el personal penitenciario que labora en estos centros no está debidamente preparado para ejercer esta responsabilidad, y por ultimo vemos que muchas veces la infraestructura no presta las condiciones necesarias para llevar a cabo este trabajo.

El sistema penitenciario ecuatoriano cuenta con treinta y cinco Centros, que incluyen los Centros de Detención Provisional de Guayaquil y Quito, distribuidos quince en la región costa, dieciocho en la Sierra, dos en el Oriente, existe Centros de Rehabilitación Social en todas las Provincias, excepto en Sucumbíos, Orellana, Zamora Chinchipe y Galápagos.

El artículo veintiuno del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, establece que luego de realizado el estudio criminológico de los internos y su correspondiente clasificación, de acuerdo con la Ley y su Reglamento, se los ubicará en uno de los siguientes Centros de Rehabilitación Social:

- -De seguridad máxima, que tienen como característica, el aislamiento, la disciplina y la custodia. Los internos deben distribuirse, en grupos no mayores a veinte personas.
- -De seguridad media, Que tienen como objetivo, el trabajo y la educación. De igual manera los internos de estos centros, serán repartidos en grupos no mayores a cien personas.

- -De seguridad mínima, los cuales tienen como prioridad, el trabajo y la educación autocontrolados. La distribución de los internos se realizará en grupos iguales no mayor a diez personas. En esta etapa los reclusos según las circunstancias de cada uno podrán optar por los beneficios que ofrecen las fases de pre libertad y libertad controlada en cualquiera de sus formas.
- -Los establecimientos especiales, para los sindicados, procesados y contraventores, a quienes se les proporcionará la asistencia especial correspondiente, sin perjuicio de que, en atención al grado de peligrosidad del detenido, a criterio del Departamento correspondiente del Centro de Rehabilitación Social, se lo ubique, provisionalmente, en lugar apropiado, proporcionándole, además, un tratamiento acorde a su situación.

Debido a esto la clasificación de los Centros de Rehabilitación Social, se establece en base a parámetros de disciplina, educación, trabajo, salud integral. Los Centros de Rehabilitación Social de acuerdo a su organigrama, han sido estructurados determinando las características de la población penitenciaria, su número y el área geográfica en la que se encuentran ubicados, pero los mismos no reúnen los requisitos establecidos en el artículo veintiuno del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, por lo que es necesario con voluntad política, integrar toda la estructura legal, institucional y social que permita una efectiva participación integral, sabiendo que el problema de la delincuencia muchas veces es producto de la indiferencia de la sociedad, por esta razón se debe trabajar en conjunto con la comunidad, el sistema legal vigente, el estado, para tratar de restablecer el orden social y reivindicar a los penados en su reintegración a el colectivo social, mediante la implementación de políticas serias de estado que tengan como fin garantizar la seguridad de la colectividad. Al respecto el tratadista José Robayo manifiesta:

“los sentenciados, deberían estar ubicados de acuerdo con el estudio criminológico, en cualquiera de los tres primeros Centros detallados en los literales anteriores. Lamentablemente la administración de justicia, sometida a una normativa caduca genera lentitud procesal, que complementada con el excesivo uso que hacen de la prisión preventiva, producen el elevado número de presos sin sentencia. Esta situación vuelve más difícil el cumplimiento de lo establecido en el Código de Ejecución de Penas, cuerpo legal

que prevé el mayor número de Centros para la gente que ha sido condenada al cumplimiento de una pena privativa de la libertad”

RECOMENDACIONES

La aplicación de penas en el Ecuador deben estar dirigidas, a proporcionar las herramientas necesarias para que los internos reciban una real y responsable rehabilitación, que les permita una vez que cumplan su deuda con la sociedad salir e insertarse de la mejor manera a la misma, esto se consigue con los siguientes elementos:

1.- Con un sistema judicial y penitenciario moderno, para que en el caso del sistema penal ecuatoriano, puedan impartir justicia de la manera más técnica adecuándose a la realidad de cada procesado y permitiéndole mediante la aplicación de la pena correspondiente según el delito poder mantener un vínculo con su familia y la sociedad aunque se encuentre recluido en un centro penitenciario.

2.- También es mandatorio que el sistema de aplicación de penas cuando los casos lo ameriten flexibilicen la pena en el caso por eje de la libertad condicional, que esta sea otorgada verdaderamente a las personas que cumplen con los requisitos que ya mencionamos en nuestro trabajo de investigación cuando nos referimos a la “ libertad condicional”, para esto el estado debe contar con personal especializado en la rama penal que se encuentre realmente capacitado para el control y desarrollo de los internos.

3.- La función judicial como ente encargado de impartir justicia debe sensibilizarse con las personas que se encuentren detenidas, en muchos casos a la espera de una sentencia, que muchas veces tarda demasiado en dictarse y causa angustia y sufrimiento tanto al detenido como a su familia.

4.- Respecto a los operadores de justicia propiamente dicho, desde los amanuenses hasta los JUECES, FISCALES y funcionarios del sistema, deben ser elegidos bajo un riguroso sistema de selección en el que se tome en cuenta, no solo su conocimiento sobre la materia penal sino otros aspectos como por eje, haber tenido una hoja de vida intachable, tener referencias de ser posible de la probidad que como ciudadanos comunes han tenido y una estricta evaluación psicología, cabe mencionar que en la actualidad estos puestos se obtiene por concurso de meritos los mismos que han sido cuestionados en muchas ocasiones por falta de transparencia.

Muchas veces esto se da por la politización de la justicia, es un mal que viene sufriendo nuestro país desde hace mucho tiempo, cuando la política interviene en poder judicial se trastocan y se corrompen los fines para los cuales el sistema judicial fue concebido, se dice que “cuando la política entra en el poder judicial la justicia sale por la ventana” y en la práctica es verdad, los poderes del estado deben ser independientes y no utilizar al poder judicial para perseguir a los enemigos políticos de los gobernantes de turno, si logramos esta independencia tendremos un sistema más diáfano y justo.

5.-Para finalizar, el estado debe implementar una reingeniería al sistema penitenciario en su conjunto, con esto quiero decir que el sistema penitenciario debe institucionalizarse y formar Cuerpos Colegiados con personal especializado en esta materia , altamente calificado y eficiente, directamente vinculado al sistema judicial, que vigile y controle el cumplimiento y ejecución de penas, medidas de seguridad, programas de educación, que permitan que la estadía de los internos en los centros de reclusión sean provechosos .

6.-Cuando comentábamos sobre el mecanismo de cómo debían ser elegidos los operadores de justicia, pienso que respecto a las autoridades que manejen el sistema penitenciario , deben venir de una escuela de formadores de trabajadores penitenciarios, con esto quiero decir que debe implementarse en las universidades este tipo de carreras que permita formar no solo a directores de centros penitenciarios , sino también a todo el personal que labora en estos centro tales como guías , personal administrativo, personal de limpieza etc, de esta manera nos evitaríamos en la medida de lo posible la injerencia política en la elección de las personas que dirigen estos centros de reclusión.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este trabajo de investigación, podemos notar como a través de la historia ha ido evolucionando la pena, los tipos de la misma, la manera de aplicarlas según el momento histórico en que se desarrolló la aplicación de penas en el Ecuador, pero en algún tiempo la pena sirvió solamente como castigo sin tomar en cuenta aspectos importantes como el rol de la sociedad y de los juzgadores y su preparación para decidir la suerte de los condenados, vemos que la sociedad como tal trataba a los infractores como simples objetos de desecho a los cuales había que separar de la convivencia social convencional y debía hacerse a cualquier costo y de cualquier manera, sin ningún análisis previo ya sea jurídico, social y menos psicológico, hemos visto los métodos que se usaban para castigar a los infractores, unos muy rudimentarios y, crueles otros desproporcionados, pero es menester mencionar que en base a esas experiencias los sistemas de rehabilitación social y las penas en sí en muchos casos han evolucionado positivamente con el tiempo, en otros casos se han quedado a mi manera de ver ancladas en el pasado y al decir esto me refiero a la pena capital o pena de muerte que todavía se aplica en sociedades del “del primer mundo”, refiriéndome a esta pena capital, muchas veces se la aplica para que el resto de la sociedad tome escarmiento y no cometa delitos en los que puedan ser sancionados con esta pena, o en otros casos para supuestamente bajar el índice delincencial, pero en la práctica no sucede ni lo uno ni lo otro, el problema delincencial en estas sociedades donde se aplica esta pena es más complejo, con esto quiero decir que el enfoque que se le da no es el más adecuado para tratar los problemas sociales que inducen a ciertos individuos a cometer delitos que sean sancionados con esta pena capital, muchas veces no existe un debido proceso que garantice el correcto juzgamiento del individuo teniendo esto como ejemplo podríamos decir que no existiera una gran diferencia entre el periodo colonial y la aplicación de penas en el año 2013, o tal vez solo exista una muy delgada línea que separe conceptualmente la aplicación de las dos penas cada una en su tiempo.

En la evolución constante del derecho también podemos ver como se han ido incorporando métodos y técnicas para el mejor desenvolvimiento del derecho, incorporándose ciencias como la criminología, que sirve entre otras cosas para estudiar las causas del crimen desde

el punto de vista, social, psicológico y antropológico y de esta manera poder juzgar mejor al infractor , tomando en cuenta el marco teórico de la medicina y el derecho penal, pero a la par también fueron cambiando los sistemas que se usaban para rehabilitar a los presos en ciertas sociedades se institucionalizo el tratamiento de los condenados y se trato como una política de estado, esto es muy importante porque forma parte del tratamiento que necesitan las personas privadas de libertad para poder reformar su conducta y poder ser reinsertado en la sociedad.

En nuestro país el sistema penitenciario no ha sido tratado con la debida responsabilidad e importancia que siempre debió tener no han existido programas efectivos de rehabilitación , que realmente ayuden a las personas detenidas en estos centros a regenerarse y ser un aporte en el futuro para la sociedad , dentro de esta problemática también tienen su parte de responsabilidad los operadores de justicia que en muchos casos no han estado a la altura para tomar decisiones jurídicas y técnicas para el beneficio de los procesados.

Dentro de los centros penitenciarios del país, no ha existido un real tratamiento a sus problemas, empezando por la infraestructura que presentan los cuales brindan las condiciones mínimas por ser generoso al expresarme de convivencia, trabajo, salud, recreación, educación, etc , estos factores son indispensables para el buen funcionamiento de cualquier centro de rehabilitación en el mundo, en contraparte ha existido y existe sobrepoblación, hacinamiento violencia que va de la mano con la corrupción que muchas veces genera el personal penitenciario que labora en estos centros.

Los centros carcelarios ecuatorianos tienen una gran sobrepoblación que en muchos casos rebasa el 50 % de cada uno en su capacidad, esto se debe a la falta de políticas estatales que a través de la historia ha sufrido el sistema penitenciario y debido a esto en el Ecuador por eje. Tenemos una población carcelaria que supera los diez mil internos que se distribuyen en 35 centros de rehabilitación social siendo la penitenciaria del litoral en Guayaquil y el ex penal García Moreno los que albergan la mayor cantidad de detenidos producto de esta sobrepoblación carcelaria sobre todo en estos dos centro carcelarios , el tratamiento de los internos no es el adecuado siendo un motivo la falta de recursos que estanca la rehabilitación de los internos y más bien sirve de caldo de cultivo para que se desarrollen

otro tipo de problemas como son el hacinamiento, la drogadicción y toda la violencia que esto conlleva y no contribuye en nada el fin por el que los internos están detenidos en estos centros.

Dentro del sistema penal ecuatoriano y sus operadores de justicia siempre ha existido una gran falta de concordancias y criterios jurídicos a la hora de emitir sentencias o resoluciones, ya que muchas veces han tomado decisiones sin el debido estudio técnico-jurídico.

En el Ecuador el sistema penitenciario no ha contado con un verdadero apoyo por parte del estado, este problema dentro de la historia de nuestro sistema penal a causado muchas veces daños irreparables en los internos que cumplen sus penas en los centros de detención alrededor de el país, la razón es que el estado no ha brindado las condiciones mínimas que se necesitan para la rehabilitación de los reclusos. Muchas veces una de las principales razones de este problema ha sido producto de la crisis que durante décadas ha vivido la función judicial, muchas veces demorando en demasía los procesos, otras violando las garantías del debido proceso esto trajo como consecuencia que existan dentro del sistema penitenciario ecuatoriano, una gran cantidad de presos sin sentencia agravando de esta manera la condición de cada uno de ellos.

Nuestro país en muchas ocasiones a suscrito acuerdos que respetan los derechos humanos y dentro de este ámbito esta lógicamente el derecho de los internos de los centros de reclusión, pero generalmente no se cumplen estos acuerdos simplemente quedan en letra muerta.

En muchas ocasiones los abusos del sistema judicial y el maltrato que sufren los internos dentro de los centros penitenciarios son denunciados por los familiares de los afectados, los mismos que llevan sus quejas a la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** para que sus denuncias sean escuchadas y desde estos organismos internacionales se presione, y de esta manera se haga justicia para sus familiares, claro está que estas iniciativas se realizan muchas veces sin apoyo del estado es decir se lo hace de manera particular.

Es evidente también que el origen de muchos de estos problemas tienen que ver con la falta de recursos económicos, el estado debe junto con sus instituciones financieras y mediante legislación clara y expresa, asignar los recursos necesarios para la implementación de políticas claras que permitan el funcionamiento óptimo de los centros de reclusión en el país y coadyuve mediante programas que estén en coordinación con los diferentes ministerios como por eje; el de relaciones laborales, el de deportes, el mjes y cualquier otro que contribuya con la real rehabilitación de los internos mediante los diferentes programas que estos ofrezcan para el beneficio del sistema penitenciario.

ANEXOS

Cuadro 1: Porcentajes de internas por- tipo de delito

Tipo de delito	Internas Quito	Internas Guayaquil
Contra las personas	5 %	5 %
Contra la propiedad	5 %	10 %
Estupefacientes	75 %	77 %
Otros	15 %	8 %
TOTAL	100	100

Cuadro 2: Porcentaje de internos/as encarcelados por delitos de estupefacientes

País de origen	Quito varones	Quito mujeres	Guayaquil varones	Guayaquil mujer-es
Ecuador	57 %	64 %	58 %	68 %
Otros países	85 %	80 %	85 %	95%

Cuadro 3
Gastos Sistema Penitenciario (2000-2005)

Tipo de Gasto	2000	2001	2002	2003	2004
Corriente		10.51	13.48	23.04	21.43
Inversión	0.83	5.32	4.29	2.77	4.62
Capital	0.07	3,13	0.31	1.21	1.10
Total	6.73	19,27	18.09	27.02	27.15

Cuadro 4: Gastos de los/as internos/as en la cárcel

Rubro del gasto	Prom. mensual
Compra de celda	32.5
Compra media celda	15
Arreglos celda	51
Negocios dentro del centro	769
Celular	46
DVD	11

Cuadro 5: Relación entre personal penitenciario y personas encarceladas

Trato por- parte del personal de las cárceles por- parte del personal del centro	Si Quito	Si Guayaqui
• Reciben trato respetuoso las internas con acceso	28%	82%
• Hacia las visitas conyugales, el trato es respetuoso	34 %	85 %
• Conocen casos de acoso/abuso sexual a las internas	30 %	21 %
• Conocen casos de acoso/abuso sexual a las internas	22 %	25 %
• Conocen casos de acoso/abuso sexual a las visitas	15 %	8%

Cuadro 6: Atención médica en la cárcel

A quien acudió por la enfermedad	Quito	Guayaquil
• Al dispensario médico del centro	37 %	25 %
• A los guías	4%	5 %
• A otros presos	15 %	11 %
• Al comité de presos	5%	0%
• A la familia	34 %	27 %
• A nadie	22 %	37 %

Capacidad y población carcelaria		E N América Latina		C I F R A S	
América Latina	Capacidad carcelaria'	Población encarcelada'	Población total del país (2002) ²	Tasa de encarcelamiento 100.000 hab	Porcentaje de hacinamiento'
Argentina(2003)	33,764	51,998	38,226,051	136.03	154
Bolivia (1999)	4,959	8,057	8,600,000	93.69	162
Brasil (2002)	181,865	240.107	176,300,000	136.19	132
Colombia (200 1)	39,591	54,034	43,500,000	124.22	136
Costa Rica (2002)	6,032	6,613	4.100,000	161.29	145
Chile (200 1)	22,448	33.635	15,600.000	215.61	147
Ecuador (2001)	6.831	7,859	12,800,000	61,40	15
El Salvador (2002)	6.137	10,278	6,400,000	160.59	167
Guatemala (1999)	7,233	8.169	12.000.000	68.08	13
Haití (1999)	2,000	3,694	8,200,000	45.05	185
Honduras (1999)	5,235	10,938	6,800,000	160.85	209
México (2000)	119,972	151,662	102,000,000	148.69	126
Nicaragua (2002)	5,348	5,555	5,300,000	104.81	104
Panamá (2002)	7,036	9,607	3.100,000	309.90	137
Paraguay (1999)	2,707	4,088	5,700,000	71,72	151
Perú (2002)	19,949	27,493	26,800,000	102.59	138
R. Dominicana (2000)	4.460	1.416	8,600,000	132.74	256
Uruguay (200 1)	3,386	5,107	3,400,000	150.21	151
Venezuela (2002)	0.449	23,147	25,200,000	91.85	13
Total	199,102	673,457	512,626,051	131.37	135

- Entre los años 1982 y 2001 el costo del sistema correccional en Estados Unidos ha pasado de 9,5 mil millones de dólares a 60,3 mil millones. Ha aumentado un 535%.
- Desde que UE se reanudó la pena de muerte en Estados Unidos en 1977 hasta diciembre de 2005 han sido ejecutadas más de 1000 personas.
- El costo diario (en dólares) por recluso es muchas veces mayor que el sueldo mínimo por día: en Estados Unidos el costo diario es 65 y el suelo 28,3, en Inglaterra el costo es 166 y el suelo es 67,4 y en Australia el costo es 84 y el suelo mínimo por día es 63,4.
- Para el 2004, los tres países en América que presentan el mayor número de presos por cada 100 000 habitantes son Belice (807), Estados Unidos (746) y Puerto Rico (396).

- El 2004 existían en el mundo alrededor de 8,5 millones de personas privadas de libertad. Del total, casi 800 000 se encuentran en América Latina y el Caribe.
- Los países latinoamericanos con más altas tasas de presos sin sentencia son: 79% en Honduras, 72% en Uruguay, 70% en Ecuador, 67% en Perú, 58% en Panamá y 56% en Bolivia.
- En 1999 el costo mensual por preso (en dólares) era de 26.3 en Bolivia, 224.5 en Colombia, 447.9 en Costa Rica, 145.5 en El Salvador, 43.9 en Honduras, 79.7 en Nicaragua y 107 en Perú.

BIBLIOGRAFÍA

1. Código Penal Ecuatoriano vigente
2. Código de Procedimiento Penal vigente
3. Código Penal Chileno
4. Constitución política del Ecuador vigente.
5. Constitución política del Ecuador de 1998.
6. Tratado de derecho penal DR. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL.
7. Revista jurídica de la facultad de jurisprudencia de la universidad católica Santiago de Guayaquil.
8. Artículo aparecido en: ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal, Caracas: Monte Ávila Editores, 1992, pp. 117-131)
9. Monografias.com
10. Código penal Español.
11. Tratado de derecho procesal penal Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO.
12. Kaumann, Hilde (1982) Criminología, Ejecución Penal y Terapia Social No.16
13. Páez, Sergio. (1984) génesis y evolución del derecho penal Ecuatoriano. Quito – Ecuador
14. (Robayo José. manual práctico del sistema penitenciario ecuatoriano)
15. León, Bolívar. (1985) comentarios de derecho penal procesal penitenciario y de sociología. Judicial. Quito – Ecuador. editorial Rubén Darío.
16. Evolución y perspectivas del régimen jurídico que rige al sistema penitenciario ecuatoriano. Dr. Fausto Adrián Torres Ríos.
17. Rosero, Hernando. diagnóstico del sistema de rehabilitación social ecuatoriano.
18. Quito- Ecuador
19. Delpont, marco. manual de derecho penal. parte general y especial Ranieri, Silvio. manual de derecho penal. tomo i. pág. 163 8 código penal (2003) corporación de estudios y publicaciones
20. Zaffaroni, Eugenio Raúl, «hacia un realismo jurídico penal marginal», Caracas: monte Ávila editores, 1992, pp. 117-131)
21. Escuela de la función judicial.

