
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Ejecución penal y derechos humanos

una mirada crítica a la privación de la libertad

Editora: Carolina Silva Portero

María Fernanda Álvarez Alcívar
Ramiro Ávila Santamaría
Lisset Coba Mejía
María Belén Corredores Ledesma
Jorge Vicente Paladines Rodríguez
Gustavo Peñafiel Villavicencio
Javier Peralta Proaño
Giovanny Rivadeneira Guijarro
Sebastián Sotomayor Yáñez
Alexandra Zumárraga Ramírez

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

Ejecución penal y derechos humanos
una mirada crítica a la privación de la libertad

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Ejecución penal y derechos humanos una mirada crítica a la privación de la libertad

Carolina Silva Portero
Editora



Dr. Gustavo Jalkh Röben
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

ISBN: 978-9978-92-687-1
Derecho de autor: 030134
Carolina Silva Portero, *Editora*
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: diciembre 2008

Contenido

Presentación

Gustavo Jalleh Röben, Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Introducción

Arturo Donoso Castellón

Prólogo

Carolina Silva Portero

1. Los derechos durante la privación de la libertad

La tortura y los tratos o penas crueles,
inhumanos y degradantes,
su prevención durante la privación de la libertad17
Carolina Silva Portero

Los derechos humanos en la arquitectura penitenciaria43
Alexandra Zumárraga Ramírez,
Sebastián Sotomayor Yáñez y
Giovanny Rivadeneira Guijarro

“Rehabilitación”, el verdadero castigo.
Un análisis del gobierno de las prisiones
regido por el Código de Ejecución de Penas
y Rehabilitación Social 63
Lisset Caba Mejía

2. Los retos del sistema penitenciario

- La ejecución de la pena,
un acercamiento desde el derecho penal mínimo 121**
María Fernanda Álvarez Alcívar
- La rehabilitación no rehabilita,
la ejecución de penas en el garantismo penal 143**
Ramiro Ávila Santamaría
- Razón jurídica o barbarie,
sobre la jurisdicción en la ejecución penal 163**
Jorge Vicente Paladines Rodríguez
- La pena privativa de la libertad y el sistema penitenciario,
análisis de nuestra realidad 201**
María Belén Corredores Ledesma
- Las rebajas de la pena en el sistema
de rehabilitación social 225**
Gustavo Peñafiel Villavicencio y Javier Peralta Proaño

Presentación

Porque perder la libertad no es perder la dignidad.

Desde su creación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos asumió la intrincada tarea de transformar la realidad penitenciaria en el Ecuador. Aceptamos este reto a sabiendas de que históricamente la administración del sistema penitenciario ha sido una de las responsabilidades del Estado más olvidadas y rezagadas en la agenda de los distintos gobiernos. Hasta hace poco, la sociedad y los gobernantes han mirado con indolencia como las cárceles en nuestro país se convirtieron en verdaderas “bodegas” de seres humanos, en dónde el hacinamiento, la sobrepoblación y el maltrato tenían que ser la regla y no la excepción. Ciertamente, esta mirada impávida se sustentó siempre en la justificación de que garantizar la dignidad en las prisiones era premiar a la “delincuencia”, y por el contrario, la actuación de las autoridades estuvo enfocada a “llenar” más las cárceles antes que a resolver sus problemas.

Pero esta realidad ha cambiado. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha dado grandes pasos para la creación de un nuevo sistema de rehabilitación social y, de esta manera, realizar la promesa de un Estado constitucional de derechos y justicia: garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos para todas las personas sin excepción, y por lo tanto, para las personas privadas de la libertad. Desde esta perspectiva, la tarea de transformar al sistema penitenciario implica hacer reformas integrales y no tomar medidas parciales. Pero esta transformación no podía ni puede darse sin que antes nos preguntáramos ¿qué implica un nuevo sistema de rehabilitación social que haga efectivos los derechos humanos?

El libro *Ejecución Penal y Derechos Humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad* es el reflejo del intenso debate que se ha suscitado al interior del Ministerio para responder a esta pregunta. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha perseverado en su intento de crear y difundir la mejor doctrina constitucional a través de las cuatro obras publicadas en la serie *Justicia y Derechos Humanos*. Esta obra constituye la quinta publicación en la serie y la primera que aborda temas específicos relacionados con los ejes institucionales del Ministerio: el ámbito de la ejecución penal y los derechos humanos.

Este libro ha sido escrito por quienes, desde los distintos espacios del Ministerio, se hallan trabajando en la renovación del sistema penitenciario y refleja su ardua labor investigativa y científica alrededor de los distintos y complejos problemas que implican llevar a cabo las reformas. Es por esto que consideramos que las ideas que se hallan aquí impresas justifican las medidas que se ejecutan en la práctica, y que a su vez, se sustentan en la doctrina, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los últimos avances teóricos y prácticos sobre estas materias.

Crear y difundir la teoría que sustenta a la práctica no es un simple ejercicio de retórica sino que constituye un genuino intento de extender el debate hacia el resto de la sociedad. Desde esta posición, esperamos que esta obra genere los planteamientos necesarios para que se discutan los temas aquí propuestos y nos permita seguir en la construcción de un modelo de sistema que convierta a las cárceles en verdaderos centros en los que se ejerza y se promueva el ejercicio de derechos, y en fin, que la privación de la libertad ya no sea una privación de la dignidad de las personas.

Gustavo Jalkh Röben

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Introducción

Desde los momentos más remotos que se conocen, se ha podido establecer una vinculación permanente del ejercicio del poder con el encierro de todos los excluidos, sean estos propios o extraños al grupo social. Quien ha estado en el poder, sea este económico, político o social, pretende eliminar a cualquiera, que aún remota o potencialmente pueda intentar cuestionar, o peor aún reemplazar a quien ejerce el poder. Desde esa constatación, con Michel Foucault, pero no exclusivamente con él, el análisis de los métodos de ejecución penal pasan por el encierro como condición necesaria y previa al destierro, el desaparecimiento de las personas, o la ejecución oficial o extraoficial, en un desfile interminable y permanente de excluidos, tanto en regímenes llamados democráticos, como y sobre todo, en cualquiera de las formas de dictadura y totalitarismo. Por eso, desde la Academia, pasando por la Judicatura consciente o en el análisis de líderes preocupados de construir alguna forma de humanismo, desde el siglo XIX y principios del XX, con Concepción Arenal o Pedro Dorado Montero, se esbozó alguna forma de construcción de derechos para las víctimas de ejecución penal, en particular para los prisionizados, sea en la sugerencia de la reeducación, en la resocialización, en la rehabilitación o en la reinserción social, todo lo cual parte de una base falsa: por lo general los excluidos mediante cualquier forma de ejecución penal, nunca tuvieron oportunidad de ubicación personal en el tejido social; por consiguiente, todos los intentos de reinserción se vuelven imposibles porque previamente había que “insertarlos”, puesto que jamás tuvieron participación en el grupo social. En esta visión panorámica y en el clima necesario de forjar una aplicación real y efectiva de los Derechos Humanos, por fin en el Ecuador se cuenta con un Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dedicado con el máximo

esfuerzo a la construcción eficaz de formas sugerentes y adaptadas a la sociedad nacional, diseñando procesos de política criminal y penal, y en esa línea es muy positivo el esfuerzo de esta publicación en la que intervienen especialistas en el estudio vinculante entre el Derecho Penal sustantivo, procesal y el de ejecución siempre en referencia a las garantías fundamentales de la persona humana como individual y como actor social.

Carolina Silva estudia el tema de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y la necesidad de su prevención durante la privación de la libertad. Empieza refiriéndose a los Derechos Humanos como la “ley del más débil”, lo cual implica siempre una relación de poder y el desequilibrio de fuerzas del que lo ejerce frente al otro, y el peligro presente de la posible o real arbitrariedad, es decir el abuso de poder, por lo que el rol de los Derechos Humanos frente al poder limitarlo. Se mira a la persona prisionizada está en situación de alta vulnerabilidad, y la tortura y los tratos crueles están siempre activos en la propensión de ser aplicados, y se define a la privación de libertad, muy ampliamente, a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las garantías necesarias para reducir el riesgo de la tortura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios casos ratifica el criterio de que la prohibición de la tortura es una norma de jus cogens, y consiste en un acto intencional dirigido a infligir a una persona sufrimientos físicos o mentales, sea por investigación, intimidación, pena o castigo. En todos los casos de la Corte se aprecia en la definición de la tortura los elementos de propósito, intencionalidad, participación de un agente estatal o bajo sus órdenes, y angustia o dolor físico y psíquico severos. La autora del estudio explica ampliamente cada uno de estos elementos y analiza lo que en mi opinión es el elemento central de la tortura, hace notar que el sufrimiento físico y mental se orienta al debilitamiento de la persona, a su quebrantamiento físico, y a la búsqueda de “confesiones”, teniendo en cuenta que hay técnicas sofisticadas de tortura psicológica que despersonalizan y desmoralizan a la víctima, siendo necesario medir el daño a través del exámen de las condiciones personales de la torturada o torturado. Posteriormente, verifican los alcances de la definición de tratos o penas crueles, todo lo que tiene relación con la intensidad del sufrimiento que generan y las agravantes que se vinculan con el sexo de la víctima y sus condiciones de privación de libertad, como es el caso de las mujeres. En el ensa-

yo se analizan diversos mecanismos para prevenir la tortura y los tratos crueles, con la propuesta para evitar detenciones arbitrarias, la comparecencia sin demora ante un juez, el derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor, la notificación a familiares y a otras personas, respecto a su situación, condiciones de internamiento dignas y realización de exámenes médicos.

Un segundo ensayo se refiere a los derechos humanos en la arquitectura penitenciaria, de Alexandra Zumárraga Ramírez, Sebastián Sotomayor Yáñez y Giovanni Rivadeneira Guijarro, que empieza proponiendo una reforma del sistema penitenciario ecuatoriano y que se concreta en este tema, entre otras cosas a un plan de construcciones a nivel nacional, para respetar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, así como la dotación de espacios aptos para el desarrollo de actividades productivas, educativas, laborales, culturales y otras. Para ello se analiza la evolución de la arquitectura penitenciaria y sus manifestaciones a lo largo de la historia, de acuerdo a la función penal que la cárcel ha tenido, como concepto, no solo castigador, sino para asegurar la presencia del reo en el proceso y luego para la ejecución de la sentencia, generalmente mediante la pena capital; luego, en el pensamiento de Foucault, se analiza la pena física en reclusión, como aplicación del castigo o como medida de seguridad y de protección social. Se pasa revista a la construcción penitenciaria, tanto en el sistema de Pensilvania, el moralista religioso o el auburniano que vinculaba la reclusión y el trabajo, incluyéndose el aislamiento y enclaustramiento; se describe el panóptico de Bentham que supone la vigilancia constante, lo cual se plasma en varias edificaciones latinoamericanas y en el caso ecuatoriano en el penal García Moreno en Quito. Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la ONU, se prohíbe la tortura y los tratos crueles; de allí se producen intentos por mejorar la situación carcelaria como las de Holanda, Suecia y las unidades funcionales estadounidenses, construyéndose muros perimetrales y tratando de abrir espacios internos de mayor libertad. En el ensayo se hace notar la influencia de la psicología ambiental y otros aportes de igual naturaleza, a través de estudios sobre el hacinamiento por el abusivo uso de la prisión preventiva, en particular los análisis regionales latinoamericanos hechos por Elías Carranza en ILANUD y diversos componentes

de seguridad con incorporación de tecnología y la capacitación de personal de custodia, combinando todos estos elementos con el desarrollo de actividades culturales, labores, artísticas y recreativas; todo esto implica la revisión total de los centros penitenciarios en el Ecuador y se habla de “urbanizaciones penitenciarias”, lo cual en mi opinión significa retomar ideas que en nuestro propio país se propusieron ya en 1977 y, modestamente, mi tesis doctoral se refirió a esta idea, como un nuevo sistema penitenciario que proponía pioneramente la construcción de una ciudad carcelaria (Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia). Los autores del estudio mencionan, además las bases teóricas y normativas de un proyecto como el propuesto.

En el ensayo sobre “Rehabilitación el verdadero castigo: un análisis del Gobierno de las prisiones regido por el Código de Ejecución Penas y Rehabilitación Social”, Lisset Coba habla del gobierno de las prisiones, función y disfunción, donde se articulan las nociones de estado, derecho y nación; teorizando que hay una paradoja semántica al hablar de ejecución de penas y rehabilitación social, puesto que se asocia el dolor del aislamiento y el encierro castigador, con la llamada reincorporación social, definiendo un modelo de sociedad como un pequeño reino, el de la ejecución penal en una ideología del derecho científico y neutral, legitimados, dice, por la bienhechora noción de rehabilitación social. Toda esta reflexión parte de la vigencia del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en forma piramidal en cuanto a las penas, tratamiento y rehabilitación, en el control poscarcelario y en la administración penitenciaria y sus organismos; continúa con el análisis del funcionalismo en la sociología estructural y la visión de la sociedad y la necesidad de adaptarse de sus integrantes a las relaciones dentro del llamado orden social; de aquí se deduce el discurso de la rehabilitación, entendida como tratamiento de la enfermedad antisocial y concluye afirmando que se trata de un conductismo. Desde allí, se analiza el gobierno penitenciario, aplicador del poder intra-burocrático, conductista, disciplinar y asistencial, y la visión de la violencia recurrente y siempre presente en la práctica cotidiana. Por eso sugiere abordar los temas desde la población penitenciaria, las escalas de seguridad, la disciplina y las recompensas, sin descuidar las vulneraciones económico-políticas, de género y la penitenciaria, sobre todo por el trabajo en el centro femenino del Inca en Quito.

Se observa entonces al “otro” rehabilitable; esto implica verificar cómo se rehabilita, como si se tratara de prevenir que los prisionizados reincidan, buscando su cambio durante la ejecución penal, siempre vistos como los “otros” dentro de un sistema “poscolonial”, todo lo que se presenta en las normas de ejecución penal, desde las biotipologías y las clasificaciones que se han hecho, inclusive desde el aspecto racial y la dominación blanco-mestiza, pero además hay elementos discriminatorios de género; especifica el problema de la subordinación del Estado a formas de poder más global, que excluyen a algunos prisionizados, que no pueden recibir iguales recompensas, como los narcotraficantes. Por ello se entiende la rehabilitación como tratamiento de lo “antisocial”, a partir del diagnóstico, pronóstico y ubicación de acuerdo a la clasificación biotipológica, en condiciones de seguridad máxima, media y mínima, sin tomar en cuenta las variables del entorno. Más adelante se analiza la estructura de la administración penitenciaria y el poder ejercido desde el Consejo de Rehabilitación y la subordinación de los diferentes niveles, como un equipo unificado de control social del Estado, en el que se establece clara distancia, pese a recientes reformas legales, respecto de los prisionizados; además, la relación con las presas y presos se la hace libre de ideología y neutral como si no existieran relaciones de poder entre los miembros, sin reconocer principios de igualdad y discriminando a los “internos” por sexo edad raza y condición, entre otras situaciones. Continuando el análisis se examina las relaciones del poder intra-burocrático: conductismo, disciplina y asistencia social, estableciendo las diferencias conceptuales entre ellas, resaltando el contraste entre la persona del prisionizado, sus “inhabilidades” y la buscada rehabilitación conductista, disciplinaria y asistencial. Se pasa entonces, a estudiar el pueblo penitenciario, su clase y su género, en concreto la distribución y seguridad en el Centro del Inca de Quito y la realidad de la mujer prisionizada, y los problemas derivados hacia los hijos de ellas y el motivo del narcotráfico, que corresponde a la mayoría de las prisioneras, además de los procesos humillantes, para tratar de disminuir los embarazos en la llamada “visita íntima”, que no siempre tiene como compañero al cónyuge o a la persona estable, sin excluir los problemas afectivos entre funcionarios y presas, dentro de una subordinación institucional; además, se analiza la relación lesbiana y la problemática que todos estos aspectos implican.

Enseguida se presenta la distribución y escala de seguridad en el ex penal García Moreno, en el que la escala de progresión de la seguridad corresponde al nivel socioeconómico de los internos; se establecen las manifestaciones propias del género masculino y el manejo desde el interior de la fuerza y el poder, la compra de celdas, las mejoras y la ubicación, que tiene que ver con el espacio de supervivencia. Todo esto permite llegar a la vinculación entre guías y los prisionizados; de un lado el control del Estado, y de otro los subordinados en prisión y la extorsión que se produce por esa relación, para obtener una flexibilización de las normas disciplinares. Por ello, en el estudio se presentan interesantes testimonios de los guías o guardianes, desde la primera vinculación al sistema. “Siempre se puede caer” titula la autora el estudio de la relación de la intimidación forzada guía-interno, guía-interna, como un par desigual, pero que en el caso de los varones se invierte esa relación de poder, y para entenderlo, con diversos testimonios se patentiza en el estudio la contaminación y la corrupción del personal penitenciario en un ambiente en que es prácticamente imposible no contaminarse. Se estudia el tema de la disciplina, que debería entenderse como el cumplimiento de normas reglamentarias, pero en la realidad abre la puerta también a extorsión, favores y revanchas, todo en función de los “partes” o informes sobre disciplina; mediante testimonios de internas se cuestionan los procedimientos humillantes y violatorios de lo más elemental, como son las requisas y los tactos vaginales, el aislamiento como castigo, que es otra forma de violación de los derechos humanos y, me permito señalar, está constitucionalmente prohibido; otro mecanismo represivo es el traslado a otras prisiones, durante la noche o en las madrugadas, lo cual, en mi opinión, es contrario a los instrumentos legales nacionales e internacionales, en especial las reglas mínimas de la ONU para el tratamiento a los prisioneros; concluye el ensayo en el tema de la relación social que implica la rehabilitación, entre el Estado, el poder ejercido por custodios y funcionarios penitenciarios, voluntarios, abogados y obviamente los prisionizados y el sistema de recompensas como la prelibertad y las rebajas, que hasta ser concedidas generan ansiedad en la población penal, por el trámite burocrático que implican; por todo ello se sugiere que se miren y garanticen los derechos desde abajo, de modo que el Estado reconozca las vulneraciones ejercidas sobre personas en situación de vulnerabilidad, por lo que debe haber reparación y amnistía, en un marco de

mejoramiento de la sociedad general, para hacerla más justa y hacer efectivo el ejercicio de la verdadera libertad.

En cuanto al garantismo penal en la ejecución de la pena, María Fernanda Álvarez hace una inicial presentación de la historia del Derecho Penal, como lo que yo llamaría una cronología de la violencia, en nombre del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, y el contraste necesario con lo que debe ser el Estado de Derecho, y de derechos, es decir una efectiva garantía de los Derechos Humanos, en lo particular del estudio en relación a las personas privadas de la libertad. En la conceptualización de delito y finalidades de la pena y citando a varios autores entre ellos Zaffaroni y las referencias a la confiscación del conflicto a la víctima y el desarrollo, que me permito señalar como altamente preocupante del llamado “Derecho Penal del Enemigo”; todo este panorama se articula en la relación de poder de quien lo ejerce frente al “otro” y el miedo derivado de esa relación; se reflexiona en el estudio, en la perspectiva de Foucault y otros autores; estos enfoques exigen la verificación de políticas genocidas y de exclusión, durante los períodos de conquista, hasta llegar a la contemporánea percepción de la llamada “inseguridad ciudadana”. La autora pasa revista a las penas en el antiguo régimen, en que no se delimitaba lo jurídico de lo moral y religioso, hasta llegar a la escuela Liberal Clásica; posteriormente el positivismo, y por fin el Derecho Penal mínimo, en la necesidad de limitar el ejercicio del poder estatal de castigar. Este último análisis se vincula a la esencia del Estado de Derecho y la imprescindible determinación de una legitimidad del Estado siempre en el deber ser y la obligación de respetar los Derechos Humanos; se habla de las conductas consideradas desviadas, en la descripción normativa de los delitos, el debido proceso y la ejecución de la pena. En el ensayo se afirma que el Derecho Penal mínimo supone una doble finalidad, esto es la prevención general de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas; todo este panorama en los principios de ese Derecho Penal de mínima intervención, esto es la estricta legalidad tanto respecto a las descripciones normativas de la infracción como de la sanción penal; la concepción formalista y convencionalista del delito y de la pena, todo lo que exige que no se sancione penalmente sino por estricta necesidad, solo respecto de actos y que impliquen un daño verificable; en relación a la pena, queda excluida toda finalidad de enmienda o tratamiento. Por fin, antes de

concluir se presenta al Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad, recomendándose que se haga todo enfoque penal, que sea incluyente de las instancias legislativa, judicial, administrativa y de ejecución penal, mirando a las personas privadas de la libertad, su vulnerabilidad y la aplicación de norma estrictamente garantistas de los derechos de los prisionizados.

En “La rehabilitación no rehabilita” Ramiro Ávila Santamaría parte de la premisa garantista penal, desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli. Afirma que le pareció en un principio, que la rehabilitación social era la idea más adecuada para tratar a la persona infractora, a través del régimen progresivo, con estímulos para el condenado, de manera que pudiera disminuir el tiempo de cumplimiento de la pena, por su esfuerzo en un cambio conductual y mediante mecanismos como la libertad condicional en sus diversas formas; pero, si se observa el tema desde una perspectiva distinta a la de las escuelas de la defensa social o positivistas, es decir desde un sistema jurídico coherente entre la declaración de derechos y su efectivo ejercicio, nadie y peor el Estado, dice el autor, tiene derecho para rehabilitar a una persona, porque ésta atenta a la dignidad de las personas, va contra los fundamentos del garantismo, se vuelve al Derecho Penal de actor, se permite la discrecionalidad y arbitrariedad y, por tanto, la rehabilitación no rehabilita. En el análisis de estas ideas, afirma que solo una persona puede ser medio cuando ella misma es un fin y no puede ser la persona utilizada como un medio por otra; puntualiza que las teorías utilitarias de la pena no pueden armonizarse con la dignidad humana, y menos aún se puede aceptar un sistema rehabilitador, prescindiendo de la voluntad de la persona condenada, citando a Alessandro Baratta y la criminología crítica que, como sabemos, realiza la lectura del sistema penal desde la constatación de los grupos marginales, que son, digo yo, los que nutren de gente a las prisiones. Por todo lo dicho el garantismo es incompatible con la llamada rehabilitación, sustentándose las garantías en la estricta legalidad y en la jurisdiccionalidad; compara los tipos abiertos y en blanco, con lo que se podría decir es el subjetivismo de la administración penitenciaria al aplicar los mecanismos de la llamada rehabilitación durante la fase de ejecución penal, más aún desde la perspectiva del estado policía y el estado de derecho. Más adelante Ramiro Ávila discurre sobre lo que significa “el derecho penal de actor”, remitién-

dose al pensamiento de Norberto Bobbio, esto es la constatación de un derecho penal que sanciona por lo que la persona es, en lugar de juzgar las conductas, esto es el Derecho Penal de acto, y termina afirmando que la ejecución penal se basa en un Derecho Penal de actor inaceptable, pergeñando varias reflexiones sobre el llamado “tratamiento”, que se aplica al sujeto de la ejecución penal, llegando incluso a la determinación de que pocos traductistas penales se dedican a la ejecución. Invita a tener cuidado con los procedimientos del personal penitenciario desde una perspectiva que considere un regreso al positivismo penal, más aún si, con varios ejemplos demuestra que la cárcel no solo que no rehabilita sino que es absolutamente contradictoria a tal fin, llegando a presentar casos de la vida real y de su propia experiencia cuando era practicante en sus años de estudio de Derecho, experiencias de las que extrae varias conclusiones en relación a que un supuesto “cambio”, del que sale de la prisión supuestamente “rehabilitado”, es tan absurdo como la situación de quien migra a otro país con otro idioma y absolutamente separado de todo su entorno social de origen. Y concluye sintetizando las ideas expuestas y recomienda el diseño de un sistema de ejecución penal que elimine la imposición de fines ajenos a la voluntad de los condenados; al mismo tiempo, insiste en que la ejecución de penas debe respetar irrestrictamente los principios de legalidad y jurisdiccionalidad evitando aplicaciones discrecionales de los diferentes momentos de la aplicación y ejecución de la pena, constando todo ese procedimiento de ejecución en la sentencia; en definitiva se trata de hacer prevalecer los derechos de los sentenciados por sobre cualquier otra consideración y, todo esto en un ejercicio real de la voluntad de cada persona, lo que debe ser claramente establecido también para los que están cumpliendo una condena puesta por una sentencia firme y ejecutoriada y por tanto la única constitucionalmente ejecutable, en condiciones verdaderamente garantistas, me permitiría añadir.

En “Razón Jurídica o Barbarie”, Jorge Vicente Paladines discurre sobre la disonancia entre derecho y realidad y la función del Derecho en una comunidad, en la que el Estado desde diferentes visiones teóricas intenta fundamentar la legitimidad de la pena; recalca en el hecho indiscutible, de que la interpelación de la realidad debe hacerse desde el submundo del encierro, reactivando la reflexión sobre el contenido de la rehabilitación

social en el Ecuador, sea como tratamiento o como un proyecto de tutela judicial efectiva de los prisionizados sujetos a una pena, pero dentro de un estado constitucional del derecho; todo esto en el examen de las funciones de la Judicatura de garantías penitenciarias. En la visión histórica encontramos que desde la vindicta privada y luego pública, pasando por la ciudadanía griega y el ejercicio del poder punitivo, que involucra no solo las formas ciudadanas sino también eclesiásticas, en el ejercicio del poder y todos los procesos de la dinámica social y el origen de los conflictos en la confrontación de intereses generalmente solo individuales. Es en esa perspectiva que se construyen las categorías en el sentido de la punibilidad y las diversas teorías absolutas o relativas, el retribucionismo, la prevención en sus diversas formas, hasta llegar a la rehabilitación social y los esfuerzos por construir reglas mínimas de cumplimiento garantista; todo este proceso implica los llamados tratamientos penitenciarios, a partir de la “peligrosidad del autor”, infiriendo en el abolicionismo de Louk Hulsman y todo el discurso que pretende ser legitimante de la pena. El autor del estudio resalta las grietas de la legalidad penal a lo largo de la historia y los diversos sistemas del aprisionamiento de los ejecutados, incluyendo “la prisión dentro de la prisión”. Se llega así al análisis del garantismo en la privación de la libertad y el nacimiento de un Derecho Penal de mínima intervención y sus condiciones irrenunciables para construir una racionalidad elemental en el ejercicio del poder punitivo, intentando llegar a una tutela judicial efectiva, traducida en un control de la legalidad que tiene que verificar el cumplimiento adecuado de la sentencia a través de los órganos administrativos de ejecución y la solución de los problemas que surgen durante la ejecución de la pena. Culmina el ensayo en una importante síntesis reflexiva, puntualizando los problemas principales a que lleva la aplicación de un Derecho Penal de autor para invitarnos a examinar lo que supone la ideología del tratamiento en nuestro medio de rehabilitación social, en que es necesario buscar salidas a la degradación que supone el encierro en la ejecución de la pena, en la inspiración de un sano abolicionismo.

En el estudio de Belén Corredores, respecto de la realidad del sistema penitenciario, se introduce el tema con una presentación de diagnóstico de la situación carcelaria, a partir de las teorías, líneas de acción y normas y la realidad ecuatoriana; por ello anota la situación de violencia intrapenal,

sobre población y hacinamiento, violaciones a los derechos humanos y otros problemas resultantes de mecanismos erráticos frente al objetivo de la rehabilitación y la reinserción y los procesos de evolución e involución, resaltando la necesidad de una política criminal integral. Hecha esta presentación se analiza el sentido y justificación de la pena, siempre verificable en su crueldad, que en el siglo XVIII, con Rousseau se centra en el Contrato Social y la necesidad de aplicar el derecho de castigar, dentro de la crítica que contemporáneamente tiene la lucidez del pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni, ya citado por el estudio de Paladines. En todo caso, en este ensayo siguiendo el pensamiento de Ferrajoli, y en las corrientes del garantismo penal y la constatación histórica de la ilegitimidad e irracionalidad de las penas, hasta desembocar en el análisis del sistema penitenciario, su evolución, el modelo celular Filadélfico, el trabajo de los prisioneros de Auburn, hasta llegar al sistema progresivo, en lo que, en mi opinión debería denominarse mas bien el régimen, dentro de un sistema que incluye a las diversa áreas, lo que en 1984, entre otros autores ya publiqué, porque lo penal, desde mi punto de vista, tiene que ser integralmente concebido. Más adelante se revisa la ejecución de la pena privativa de la libertad y su vinculación con la prisión preventiva y las paradojas reales presentes en una crisis cada vez más grave de la institución carcelaria, que resulta discriminatoria y contraria lo que pretende un derecho penal de mínima intervención; en el ensayo, se evidencia esta situación con las estadísticas penitenciarias ecuatorianas y la abismal distancia entre las normas y las teorías de su práctica, que en la cárcel se reflejan en la informalidad e incoherencia frente a los objetivos rehabilitadores. Por fin en las conclusiones y recomendaciones, se resalta entre otras ideas, la necesaria reprogramación y reorientación de la política criminal democratizante del Derecho Penal, desde la urgencia de reducir el número de prisionizados, teniendo en cuenta la inmensa, mayoría de reclusos en prisión preventiva y el fracaso de los sistemas de resocialización.

Respecto de las rebajas de la pena en el sistema de rehabilitación social se anota que es un tema polémico de amplia discusión social, dicen los autores del estudio Gustavo Peñafiel y Javier Peralta, en relación al objetivo de rehabilitación y reinserción social. Puntualizan que en el Ecuador se ha intentado aplicarlas como un instrumento de motivación, recompensa y beneficio, una vez que la sentencia condenatoria determina el cumplimiento de una

sanción penal, si los sentenciados cumplen las normas disciplinarias de los centros carcelarios y participan en programas educativos, laborales y de otro tipo desempeñándose con buena conducta durante el internamiento; citando a Foucault refieren que tales rebajas son un mecanismo para la vigilancia y control que se ejerce sobre los prisioneros desde el siglo XVII y con la finalidad de que se conserve el orden en los centros carcelarios. Luego se presentan normativas comparativas sobre el tema y los requisitos que las reglas mismas de Naciones Unidas determinan, así como la ejecución penal en España, Perú, México, Guatemala, Chile y sus alcances, hasta llegar al caso del Ecuador y sus modificaciones a lo largo de la historia, y todas las vicisitudes del tema hasta llegar a las reformas del 2008 tanto en los aspectos legales como reglamentarios a través del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, para concluir en una exposición de criterios incluyendo la de los prisionizados y diversas recomendaciones para una reflexión final.

Concluiré esta presentación, señalando frontalmente que la rehabilitación y reinserción social son objetivos positivos, dependiendo de qué se entienda por esos mecanismos. En otras palabras, cualquier mecanismo penitenciario cumple un objetivo garantista, si siempre está presente la voluntad libre, y por tanto consciente, de las personas sometidas a ejecución penal; sensu contrario, no es aceptable cualquier mecanismo que implique una imposición vertical del poder sin respetar la libertad de las personas prisionizadas o en fase de ejecución penal de cualquier naturaleza que esta sea. En todo caso los diversos ensayos publicados en esta edición, nos invitan al debate y a la reflexión, en un tema que siempre exige replanteamientos permanentes, sin renunciar jamás al respeto de los derechos de la persona humana sin distinción alguna.

Arturo Donoso Castellón

Prólogo

Referirnos al “neoconstitucionalismo” en una época de reforma normativa e institucional lleva implícito el deseo de un cambio de paradigma que supone abandonar el viejo modelo del “positivismo jurídico” para convertirlo en un “constitucionalismo” pero en un “constitucionalismo de derechos”, en el cual, las condiciones de validez de las leyes ya no son reductibles a su mera existencia o al seguimiento de los procesos formales de elaboración parlamentaria, sino a un modelo garantista en el cual los derechos humanos se convierten en límites y vínculos a la legislación. Bajo esta premisa, *Ejecución Penal y Derechos Humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad* es una obra que pretende demostrar como los derechos fundamentales de las personas deben configurar las características de un determinado sistema de ejecución penal y de privación de la libertad.

En esta obra partimos de los elementos que nos brinda la Constitución Política del 2008 en cuanto establece una sección específica sobre los derechos de las personas privadas de la libertad en el título relativo a los grupos de atención prioritaria¹, así como un artículo que instaura las garantías de todo proceso en que se prive de la libertad a una persona², crea el Sistema de Rehabilitación Social³ y, finalmente, instituye también la figura del Juez de Garantías Penitenciarias⁴. Hemos tratado de abordar aspectos fundamentales de estas innovaciones constitucionales a la luz de lo señalado asimismo por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Penal y el Derecho de Ejecución Penal.

1 Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, art. 51 y ss.

2 Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, art. 77 y ss.

3 Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, art. 201 y ss.

4 Véase Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, art. 203 (3).

Para esto hemos dividido el análisis en dos secciones. En la primera llamada “los derechos durante la privación de la libertad” estudiamos situaciones concretas de protección a los derechos, como son, la garantía del derecho a la integridad personal en un centro de privación de la libertad, la influencia de la arquitectura penitenciaria en el ejercicio de los derechos y, finalmente, una exploración –también desde el enfoque de derechos- de cómo el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social vigente es aplicado en la práctica. En la segunda parte denominada “los retos del sistema penitenciario” abordamos instituciones concretas a propósito del Sistema de Rehabilitación Social previsto en la Constitución, como son, la rehabilitación social, la jurisdicción en la ejecución penal, la naturaleza del sistema penitenciario y las rebajas de las penas.

Esperamos que este aporte de investigación contribuya a mejorar el debate que se genera alrededor de estas cuestiones y de esta forma orientar a las reformas normativas e institucionales vinculadas con la ejecución penal y la privación de la libertad. No todos los ensayos propuestos en esta publicación comparten criterios respecto de diversos temas. El propósito justamente es demostrar la complejidad que implica mirar a la ejecución penal desde la óptica de los derechos, pero a la vez, ese constituye nuestro mayor reto, repensar lo que hasta ahora ha sido considerado cómo válido en la Ejecución Penal y la privación de la libertad para darle el nuevo enfoque que supone un “constitucionalismo de derechos”.

Carolina Silva Portero

Los derechos durante
la privación de la libertad

La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes *su prevención durante la privación de la libertad*

Carolina Silva Portero

Sumario

I. Introducción. II. El derecho a la integridad personal. 2.1. La tortura. 2.2. Tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. 2.3. Circunstancias agravantes del sufrimiento. III. Prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. 3.1. Evitar las detenciones arbitrarias. 3.2. Ser llevado sin demora ante un juez. 3.3. Comunicarse libre y privadamente con su defensor. 3.4. La notificación a los familiares u otras personas. 3.5. Condiciones de internamiento dignas y realización de exámenes médicos. IV. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando nos referimos a los derechos humanos cómo la “ley del más débil”¹ esto implica que en toda relación de poder (empleador-trabajador) (adulto-niño) (profesor-alumno) existe siempre un desequilibrio de fuerzas en la

1 Esta frase fue acuñada por el célebre tratadista italiano Luigi Ferrajoli en *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

que uno tiene una situación de “poderío” frente al otro. Así por ejemplo, es el caso del “custodio” frente a una persona privada de la libertad, ¿quién tiene la llave para recuperar libertad?, ¿quién decide a qué hora se servirá la comida? o ¿a qué horas puede salir a tomar el sol? *el custodio*. Es en este desequilibrio en una relación de poder en la cual podemos sostener que existe un contexto de superioridad –económica, física, jurídica o de cualquier otra índole– en la cual puede tener lugar la *arbitrariedad* o lo que es lo mismo, el abuso del poder.

¿Cuál es el rol entonces de los derechos humanos frente al poder? *limitarlo*. Son los derechos de las personas privadas de la libertad frente a sus custodios los que delimitan las acciones de estos últimos. El custodio no puede decidir no dar de comer a una persona privada de la libertad (arbitrariedad) porque dicha persona tiene derecho a comer. Un empleador no puede decidir no pagar a su trabajador (arbitrariedad) porque el trabajador tiene derecho a la remuneración. Los derechos humanos entonces son la *ley del más débil* en tanto intervienen en este escenario de desequilibrio de fuerzas y se convierten en la protección de quien efectivamente es más débil en una relación –trabajador, niño, alumno, persona privada de la libertad–. Los derechos humanos, por tanto, son el límite al ejercicio del poder.

La privación de la libertad es un espacio en el que existe una situación de evidente control y autoridad sobre las personas. Desde el momento mismo en que una persona es detenida pasa a estar bajo la vigilancia y autoridad de quien lo resguarda. Esta circunstancia es la que coloca a la persona privada de la libertad en una situación de alta vulnerabilidad en la que sus derechos pueden ser violados o limitados. De ahí que la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes sean conductas que pueden tener lugar con más facilidad en el contexto de la privación de la libertad.

En el presente ensayo abordaremos el derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad como un límite al ejercicio del poder en el contexto de la privación de libertad. Cuando nos referimos a privación de libertad lo hacemos en un sentido amplio, refiriéndonos a todas las posibles formas de privar legalmente a una persona de la libertad.

Para esto, en primer lugar analizaremos el concepto y los elementos de la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes a la

luz de lo establecido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos² y por otros tribunales de derechos humanos. Posteriormente examinaremos cuáles son las garantías o mecanismos durante la privación de la libertad que pueden reducir el riesgo de que se produzcan estos actos.

II. El derecho a la integridad personal

En el ámbito del Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y, al mismo tiempo, establece que la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes son conductas que violan este derecho³. La tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes son dos conductas diferenciadas que violan o atentan contra el derecho a la integridad personal.

2.1. La tortura

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los diversos casos en que ha conocido sobre violaciones al derecho a la integridad personal ha ratificado el criterio de que la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*⁴ y, por lo tanto, su prohibición es absoluta, completa e inderogable y subsiste aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza

2 En adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”.

3 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 112; Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 92. En este sentido ver también ECOSOC, ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Situation of detainees at Guantánamo Bay, Report of Leandro Despouy, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, E/CN.4/2006/120, 27 de febrero de 2006, párr. 8.

de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas⁵.

Pese a que la Corte Interamericana ha analizado varios casos relativos a la tortura, no es sino hasta el caso *Bueno Alves Vs. Argentina* en el que por primera vez sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito⁶. Previamente, la Corte no distinguía en forma precisa los elementos de la tortura ni de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero utilizaba en su argumentación las categorías de diversos instrumentos o de otros sistemas de protección, así por ejemplo, en el caso *Tibi Vs. Ecuador*⁷, para determinar qué actos constituyen tortura, la Corte se remitió a la definición fijada en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁸:

[tortura es] todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica⁹

Así mismo en el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*¹⁰, la Corte se remitió a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles,

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 117; Caso Caesar, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 59; Caso García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 222.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves, Sentencia de 11 de mayo de 2007. Este caso trata sobre los ataques a la integridad del Señor Buenos Alves en un interrogatorio conducido por agentes del Estado en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 145.

8 Esta Convención entró en vigor en el Ecuador el 9 de diciembre de 1999.

9 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art.2.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003 párr. 90.

Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, y manifestó:

[tortura es todo acto en el cual] se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia¹¹

Si bien la Corte se remitía a estos dos instrumentos internacionales para analizar casos de tortura, no establecía con precisión sus elementos ni la diferenciaba claramente de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Del análisis de la jurisprudencia interamericana, se podía inferir la presencia de cuatro elementos para que un acto constituya tortura, como son, a) propósito; b) intencionalidad en el cometimiento del acto; c) cometimiento por parte de un agente estatal, o uno no estatal que actúe bajo órdenes de un agente estatal, y, d) angustia y dolor físico o psíquico severos¹².

Sin embargo, en el caso *Bueno Alves Vs. Argentina* la Corte señala con precisión cuáles son los elementos de la tortura y determinó que¹³:

[...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito¹⁴

11 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Organización de las Naciones Unidas, art. 1.

12 Diego Rodríguez-Pinzón y Claudia Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the Inter-American Human Rights System*, OMCT Handbook Series Vol. 2, Ginebra, 2006, pp. 105-107.

13 Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación del artículo 5 de la Convención Americana y lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bueno Alves*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 79.

Entre los elementos que menciona la Corte en este caso no se hace referencia a la calidad del autor de la tortura como mencionamos con anterioridad. Esto puede deberse a que en el caso *Bueno Alves* los autores de la tortura eran funcionarios del Estado, lo que no generó problemas para la Corte al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado, y por lo tanto, tampoco forjó la necesidad del análisis alrededor de este elemento¹⁵. Podemos señalar que la Corte siempre se ha pronunciado en el sentido de que la tortura debe ser cometida por agentes estatales, o por quienes no revisten tal calidad, cuando actúen bajo las órdenes de los primeros¹⁶. Sin embargo, en la sentencia del caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, la Corte condenó al Estado por la violación del derecho a la integridad personal cometida por funcionarios de un Hospital privado —es decir por agentes no estatales— en contra de uno de sus pacientes que padecía esquizofrenia, relativizando este requisito. Como podemos observar, la responsabilidad del Estado se fundó en el incumplimiento de la obligación de garantía:

[se condena al Estado] por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor *Damião Ximenes Lopes*, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, [...] en perjuicio del señor *Damião Ximenes Lopes*¹⁷

Aunque el razonamiento emitido en el año 2006 en el caso *Ximenes Lopes* nos lleva a establecer que la autoría en la configuración del delito de tortura puede ser interpretada en un sentido mucho más amplio que el dis-

15 Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no menciona este elemento en la definición de la tortura propuesta en el artículo 2, sino que lo enumera en el artículo 3 al referirse a la responsabilidad en el cometimiento de este ilícito. Véase Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, art. 3: “Serán responsables del delito de tortura: a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

16 Véase Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, art. 3.

17 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 150.

puesto en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Corte en el caso Bueno Alves la Corte no mencionó nada respecto de este elemento. Por lo tanto, podríamos afirmar que ratificó lo dispuesto previamente en su jurisprudencia, la calidad de agente estatal como sujeto activo del delito.

A continuación, haremos un breve análisis de los tres elementos constitutivos de la tortura establecidos por la Corte Interamericana en el caso Bueno Alves *Vs.* Argentina, a la luz de lo resuelto también por otros tribunales internacionales.

a. Intencionalidad

En cuanto al primer elemento la Corte Interamericana indicó que “[...] los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito”¹⁸. De este modo, para satisfacer este requisito, la Corte exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del Estado y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito.

En este mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) al juzgar sobre la responsabilidad penal individual de Dusko Tadic por crímenes de lesa humanidad, determinó que la *intencionalidad* implica “la conciencia del acto de participación unida a una decisión deliberada de planear, instigar, ordenar, cometer o de otra manera, apoyar o inducir a la comisión de un crimen”¹⁹. Es decir, un acto intencional o deliberado no es producto de la casualidad.

b. Fin o propósito

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia manifestó de manera general que la noción de *propósito criminal* está representada “por casos

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 83.

19 Sala de Apelación del TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, La Haya, 7 de mayo de 1997, párr. 674.

donde todos los implicados que actúan encaminados por un lineamiento común, poseen la misma intención criminal; por ejemplo la formulación de un plan entre los coautores para matar²⁰. Es decir, que la existencia de un fin o propósito se verifica por la existencia de un lineamiento común, entendido este lineamiento como la finalidad perseguida al ejecutar ciertos actos.

La Corte Interamericana, por su parte, indicó sobre la finalidad o propósito en el caso Bueno Alves que “los maltratos tuvieron como finalidad específica forzar la confesión del señor Bueno Alves”²¹. La Corte establece la exigencia de que debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura. Resulta importante destacar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, los ataques que se perpetren pueden realizarse con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena *o con cualquier otro fin*. Esta última causal, pone en evidencia la necesidad de que simplemente exista un propósito o fin, cualquiera que este sea, puesto que ni la Corte ni la Convención lo condicionan.

c. Sufrimiento físico o mental

Finalmente, respecto del tercer elemento, en el caso Bueno Alves, cuando la Corte hace mención a los “severos sufrimientos físicos y mentales”, es interesante destacar la forma en la que aborda este elemento:

[...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la perso-

20 Sala de Apelación del TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, La Haya, 15 de julio de 1999, párrs. 195-196.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 82.

na que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal²².

La Corte enuncia primero criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima. Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca.

Es preciso recordar entonces que los instrumentos internacionales establecen que la tortura puede ser “física” o “psicológica”. Los métodos de tortura física incluyen a las diversas formas que buscan infligir sufrimientos que provoquen el quebrantamiento físico de la víctima²³. Inicialmente podemos identificar a este tipo de tortura con todo tipo de agresión o violencia física, como son, golpes, quemaduras, sofocación, entre otros, sin embargo, si bien estos son los métodos más agresivos, muchas veces la tortura física no necesariamente implica una agresión sino el *debilitamiento* de la persona. Pondremos un ejemplo: el sometimiento de una persona a posiciones forzadas, interrogatorios prolongados y una alimentación restringida. En este caso, la utilización de estas tres técnicas de desorientación de la persona están encaminadas a *quebrantarla* físicamente y por ello constituyen un mecanismo de tortura pese a que no hay una acción violenta o agresiva.

A nivel internacional, distintos organismos ya se han pronunciado en contra de estas técnicas de obtención de “confesiones”. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que someter a una persona por varias horas a una posición forzada, por ejemplo estar parado con los brazos levantados durante horas, constituye una técnica de tortura²⁴. De igual forma, el Relator contra la Tortura de la ONU, en su Reporte sobre los detenidos en Guantánamo, indicó que los interrogatorios excesivamente largos representan un mecanismo prohibido de obtención de informa-

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves, Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 83.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 158

24 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de junio de 1978, párr. 96.

ción²⁵. Finalmente, la Corte Europea de Derechos Humanos aseveró que someter a una persona a una alimentación reducida a la espera de un interrogatorio, es una técnica de desorientación prohibida²⁶.

Al referirse a la tortura psicológica, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura establece que deben considerarse también como tortura aquellos métodos que, aunque no causen dolor físico a la persona, producen un sufrimiento mental²⁷. La Corte Interamericana ha manifestado que tortura psicológica son todos los actos preparados e infligidos deliberadamente para anular la personalidad y desmoralizar a la víctima²⁸.

En el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* cuando la víctima estuvo detenida de manera ilegal y arbitraria, fue encapuchada, mantenida en un cuarto, esposada a una cama, con la luz encendida y la radio a todo volumen, lo que le impedía dormir. Asimismo, fue sometida a interrogatorios sumamente prolongados, en cuyo desarrollo le mostraban fotografías de personas que presentaban signos de tortura o habían sido muertos en combate y la amenazaban con que así sería encontrada por su familia. Los agentes del Estado la amenazaron con torturarla físicamente o con matarla a ella o a miembros de su familia si no colaboraba. Con tal fin le mostraban fotografías suyas y de su familia y correspondencia de ella con su ex esposo. Subsiguientemente, Maritza Urrutia fue obligada a filmar un video, que luego fue transmitido por dos televisoras guatemaltecas, en el cual rindió una declaración en contra de su voluntad.

En dicho caso la Corte sostuvo que, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, cuando han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su *resistencia psíquica* y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación

25 ECOSOC, ONU, Comisión de Derechos Humanos, Situation of detainees at Guantánamo Bay, *op. cit.* nota 15, párr. 51.

26 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de junio de 1978, párr. 96.

27 Convención Interamericana contra la Tortura, art.2.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 94.

de la libertad en sí misma²⁹. La Corte consideró como actos de violencia psíquica el aislamiento prolongado, la incomunicación coactiva y las amenazas a las que fue sometida la víctima de modo intencional.

Es preciso resaltar que la Corte estableció que para que un acto constituya tortura psicológica es necesario examinar “las circunstancias de cada caso en particular”. Esto es importante en la medida en que existen factores y circunstancias que pueden generar un contexto de angustia y sufrimiento más intenso para unas personas que para otras. Partiendo de esta premisa, a continuación analizaremos en qué radica la diferencia entre los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y la tortura.

2.2. Tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

En el caso *Celebici*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia analizó estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos, con base en los cuales definió trato inhumano o cruel como:

[...] un acto u omisión intencional, que [...] juzgado objetivamente, es intencionado y no accidental, que causa graves sufrimientos o daños mentales o físicos, o constituye un serio ataque a la dignidad humana³⁰.

Como podemos apreciar, a primera vista parecería que no existe una diferencia entre la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes. Sin embargo, desde el paradigmático caso, *Irlanda Vs. Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que para que un trato sea considerado como inhumano o degradante y, en grado extremo, como tortura, debe alcanzar un mínimo nivel de *severidad*. Esta instancia internacional determinó además que la evaluación de este “nivel mínimo de severidad” es relativa y depende de las circunstancias de cada caso, tales como la duración del trato y de sus consecuencias físicas y mentales³¹.

29 Véase también Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 104.

30 Sala de Apelación del TPIY, Fiscal c. Delalic et al. (caso Celebici), párr. 552. Citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caesar, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 68.

31 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de junio de 1978, párrs. 162-163.

La Corte Interamericana por su parte ha ratificado el lineamiento establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos para diferenciar a la tortura de los tratos crueles. En el caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, relativo a la utilización de castigos corporales, la Corte concluyó que el elemento esencial para distinguir a la tortura de los tratos crueles inhumanos y degradantes es la *intensidad del sufrimiento* que generan³².

La intensidad del sufrimiento es relativa y requiere un análisis “caso por caso” que integre todas las circunstancias de una situación particular, incluyendo la duración del maltrato, las consecuencias físicas y mentales, el sexo, la edad y la salud de la persona, entre otros factores³³. Por ejemplo, la Corte ha indicado que en el caso de los niños, niñas y adolescentes tiene que usarse el estándar más alto de escrutinio cuando se determina que un caso particular consiste en tratamiento cruel inhumano o degradante o tortura, en virtud de la vulnerabilidad en que ellos puede encontrarse en un determinado contexto³⁴. Así por ejemplo, el aislamiento de un niño puede provocar un sufrimiento más severo que para una persona adulta. Mientras que para una persona adulta esto puede concretarse como una forma de tratamiento cruel, para un niño puede constituir un medio de tortura.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha fijado que ciertas conductas como el aislamiento, la restricción al régimen de visitas y el lugar inapropiado de detención constituyen *per se* formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁵. De esta manera realizó una prohibición absoluta a este tipo de condiciones durante la privación de la libertad. Sin embargo, como revisamos previamente, bajo ciertas condiciones el aislamiento y la incomunicación han sido consideradas tortura atendiendo a las circunstancias específicas del caso en las que el sufrimiento que generaron fue bastante severo.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Caesar*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 69.

33 Diego Rodríguez-Pinzón y Claudia Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the Inter-American Human Rights System*, OMCT Handbook Series Vol. 2, Ginebra, 2006, p. 108.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 162.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Petruzzi*, Sentencia de 30 de mayo de 1999; párr. 120.

2.3. Circunstancias agravantes del sufrimiento

Cuando hablamos de circunstancias particulares o específicas de una persona para determinar el grado de sufrimiento ya sea físico o psíquico que le genera un determinado trato, nos referimos a una gama de factores que pueden intensificar el dolor que constituye tortura o trato cruel o inhumano o degradante. En este ensayo abordaremos el factor específico del sexo para ejemplificar las conductas que pueden provocar sufrimientos más severos.

La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la intensidad del sufrimiento es relativa y requiere un análisis de las circunstancias particulares del caso y fijó que uno de los factores que deben considerarse es el *sexo de la víctima*³⁶. Este criterio ha sido aceptado por la Corte Interamericana en casos como *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*.

A continuación analizaremos ciertas circunstancias que pueden constituir agravantes en el caso específico de las mujeres, entre ellas, el ambiente masculino de la privación de la libertad y la violencia sexual.

En referencia al *ambiente masculino* en el lugar de la detención, el Comité Europeo contra la Tortura propugna que las mujeres privadas de libertad deben ser custodiadas por personas de su mismo sexo³⁷. En un medio dominado por hombres se imponen valores masculinos como la agresividad y los rasgos asociados con lo femenino, en cambio, son menospreciados e invisibilizados³⁸. En el contexto específico de la detención, que una mujer sea trasladada, interrogada o custodiada solamente por hombres es un factor que aumenta su condición de vulnerabilidad frente la tortura y a los tratos crueles inhumanos y degradantes.

En cuanto a la *violencia sexual*, la Convención de Belém do Pará establece que la violencia contra la mujer incluye a la violencia sexual o psicológica tanto en el ámbito público como en el privado³⁹. La violencia sexual

36 Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de junio de 1978, párr. 162-163. Ver también Diego Rodríguez-Pinzón y Claudia Martín, op. cit., nota 20, pp. 107-108.

37 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, art. 53.

38 Véase Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta, reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 153.

39 Ver también ONU, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, art. 1.

es la agresión de género reconocida internacionalmente como la más degradante pues constituye una invasión a la intimidad de la mujer, así como una agresión a la esencia misma de su personalidad⁴⁰ puesto que manifiesta las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación masculina⁴¹.

El Derecho Penal Internacional adoptó una perspectiva de género para sancionar la violencia sexual contra las mujeres en el contexto de una detención al considerar que cuando la mujer sufre el terror de la violencia sexual y psicológica al estar privada de la libertad lo que se manifiesta es una relación de poder desigual entre hombres y mujeres⁴². Violencia sexual es un término que denota relaciones sexuales no consensuales y, además, una amplia gama de acciones violentas cuyo denominador común es la diferencia sexual⁴³ en las cuales el objetivo es desequilibrar a la persona que es víctima de este tipo de violencia. Esta conducta tiene un componente de género en la medida en que el cuerpo de la mujer ha sido construido culturalmente como instrumento de la sexualidad masculina.

La violencia sexual ha sido tradicionalmente usada por los Estados como mecanismo para atemorizar a las mujeres mediante la violación, amenazas sexuales o el uso de lenguaje sexualmente explícito enfocado en la degradación y humillación⁴⁴. En este sentido, las obscenidades, los comentarios degradantes, el lenguaje sexista y el comportamiento humillante constituyen una forma de violencia sexual⁴⁵ debido a que toda mujer, a lo largo de su vida, experimenta el miedo a la violación⁴⁶ y, por

40 Véase Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 205.

41 ONU, Plataforma de acción de Beijing, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la, 1995, párr. 118.

42 Amnistía Internacional, *Ni abuso de poder, ni impunidad: Combatir la violencia sexual contra mujeres a manos de agentes del Estado*, op. cit. nota 54, p. 5.

43 Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, op. cit., nota 50, p. 210.

44 Amnistía Internacional, *Ni abuso de poder, ni impunidad: Combatir la violencia sexual contra mujeres a manos de agentes del Estado*, marzo de 2007, p. 11.

45 Amnistía Internacional, *Mujeres, violencia y salud*, febrero de 2005, p. 5.

46 Robin West, *The difference in women's hedonic lives: A phenomenological critique of feminist legal theory*, en *Wisconsin Women's law journal*, III, 1987, p. 88.

ello, dichas agresiones verbales llevan implícita la amenaza de la violación.

La violencia sexual ha sido perseguida por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia como un acto de tortura. En el caso Delalic, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que la violencia sexual en contra de mujeres prisioneras, incluida la violación durante el interrogatorio, inflige un grave sufrimiento físico y mental y que, “cuando se produce con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario, la violación posee de forma ‘inherente’ el elemento de intencionalidad de la tortura”⁴⁷. El Derecho Penal Internacional ya ha incluido a la violencia sexual como una forma de tortura⁴⁸. los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁴⁹.

El ambiente masculino durante la privación de la libertad y la violencia sexual, por lo tanto, son ejemplos, de circunstancias agravantes del sufrimiento que deben tomarse en cuenta a la hora de distinguir entre un trato cruel y la tortura.

III. Prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

Una vez que hemos analizado los elementos que configuran la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes es necesario pasar a analizar cuáles son las garantías durante la privación de la libertad que pueden minimizar el riesgo de que una persona sea sometida a estos actos.

3.1. Evitar las detenciones arbitrarias

El primer paso para reducir los riesgos de que se cometan estos ilícitos es disminuir los encarcelamientos ilegales o arbitrarios en virtud de que una per-

47 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal c. Delali?, La Haya, 16 de noviembre de 1998, párrs. 480-496.

48 Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Fiscal c. Jean Paul Akayesu, La Haya, 2 de septiembre de 1998, párrs. 596-598.

49 Convención de Belém do Pará, art. 7. Ver también Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, *La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 1, Recomendación General N° 12, *Violencia contra la mujer*, 1989, párr. 12.

sona ilegalmente detenida “se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”⁵⁰.

La Convención Americana dispone que toda persona tiene derecho a la libertad personal y claramente determina que para garantizarlo “nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”⁵¹. Si bien las detenciones arbitrarias se cometen al margen de la ley, un mecanismo para desterrar esta práctica es el uso de la privación de la libertad como medida excepcional. Es indispensable que se realice una interpretación restrictiva en cuanto al derecho a la libertad, es decir, se debe garantizar que la privación de la libertad sea una medida de *ultima ratio*.

Para ello, la Corte ha señalado que la prisión es la medida más severa que puede tomar el órgano jurisdiccional y, en razón de los principios de necesidad y proporcionalidad, su aplicación debe tener un carácter excepcional⁵². El principio de *necesidad* supone que la prisión debe ordenarse cuando las exigencias del caso así lo requieran, es decir, cuando no exista la posibilidad de aplicar medidas alternativas que signifiquen una menor intervención en el derecho fundamental a la libertad y, por tanto, debe ordenarse únicamente cuando la prisión sea la *ultima ratio*. En la misma línea, las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad de la ONU, afirman que “en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito”⁵³. El principio de *proporcionalidad* en cambio exige la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de los indicios⁵⁴. La Corte ha manifestado que los indicios deben ser suficientes para suponer la responsabilidad penal de la presunta víctima⁵⁵.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 108; Caso Maritza Urrutia, párr. 87; y Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 96.

51 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106.

53 ONU, Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, art. 6.1.

54 Véase ONU. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, del 23 de junio de 1997, párrs. 83-91.

55 Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 107.

3.2. Ser llevado sin demora ante un juez⁵⁶

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al igual que la Convención Americana, establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez⁵⁷. Previamente, la Corte ha resaltado la importancia de este derecho pues garantiza el bienestar y evita la violación de otros derechos de la persona detenida⁵⁸.

Para interpretar el contenido de la frase “sin demora” la Corte Interamericana, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, señaló que el Estado contravino su obligación de llevar sin demora a los detenidos ante un juez pues en dicho caso las víctimas fueron llevadas diecisiete y trece días después de su detención respectivamente⁵⁹. Otros tribunales internacionales han procurado definir la comparecencia *sin demora* del detenido ante un juez con mayor precisión. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, llegó a la conclusión de que un período de una semana a partir de la fecha del arresto y hasta la fecha en que el acusado es llevado ante un juez constituye una violación al PIDCP⁶⁰. Asimismo, la Corte Europea opinó que una demora de cinco días superaba el significado de *sin demora* de la Convención Europea para que el detenido sea llevado ante una autoridad judicial⁶¹. Desde estos ejemplos, podemos afirmar que lo ideal es que la persona sea puesta *inmediatamente* a órdenes del juez.

56 El artículo 77 de la Constitución Política del Ecuador de 2008 no prevé una disposición similar a esta.

57 PIDCP, art. 9 (3). Ver también ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, 9 de diciembre de 1988, Principio 11 y 37.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón*, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 78. Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Jorge Luis Bernstein y otros*, Informe Anual de 1997, pág. 244, párr. 12; *Caso 11.826, Caso Leroy Lamey*, 3 de noviembre de 1998 Informe No.49/01, párr. 58.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrs.110 y 132.

60 Comisión de Derechos Humanos (ONU), *Peter Grant c. Jamaica*, Comunicación No. 597/1994, párr. 8.2; Ver también *Paul Kelly c. Jamaica*, Opinión Individual de Bertil Wennergren, Comunicación No. 253/1987, párr. 5.

61 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Koster c. Países Bajos*, 28 de noviembre de 1991, párrs. 24 y 25. Ver también art. 5(3) de la Convención Europea.

Esta garantía constituye una forma de prevención de la tortura y los tratos crueles en virtud de que permite a la persona privada de la libertad informar a la autoridad judicial del trato que ha recibido hasta el momento de su comparecencia, y asimismo, el juez se convierte en el mecanismo de control de los agentes que llevaron a cabo la detención y verifica personalmente el estado físico y mental de la persona.

3.3. Comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho a comunicarse libre y privadamente con un defensor es uno de los elementos que integra el derecho a la defensa⁶². Las características de libre y privadamente constan en virtud de que la restricción de las entrevistas con un abogado, en cuanto al tiempo y privacidad, hace que el acceso al abogado sea una mera formalidad; dejando sin sentido el derecho a la defensa⁶³.

En relación a la *comunicación libre* con el abogado, los Principios Básicos sobre la función de los Abogados de la ONU determinan que toda persona detenida podrá recibir visitas de un abogado *sin censura*⁶⁴. Respecto de la *privacidad* de las entrevistas, los Principios Básicos antes citados, establecen que las entrevistas con el abogado deben darse sin interferencia y en forma plenamente confidencial⁶⁵.

Estas circunstancias son particularmente importantes para prevenir la tortura y los tratos crueles en virtud de que permiten que una posible víctima de tortura o maltrato tenga un espacio libre de presiones y amenazas en el régimen de privación de la libertad en el cual puede denunciar dichos actos.

3.4. La notificación a los familiares u otras personas

El Conjunto de Principios sobre Detención afirma que después de su arresto

62 Véase Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8(2) de la CADH.

63 ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, 9 de diciembre de 1988, Principios 11, 17 y 18.

64 ONU, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, septiembre de 1990. art. 8

65 *Ibid.* art. 8

y después de cada traslado de un lugar de detención, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia.

Otras normas y otros mecanismos y órganos de vigilancia de los tratados han determinado que los familiares deben recibir una notificación de forma inmediata o con gran rapidez. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que a las personas detenidas o reclusas tras una acusación se les debe permitir el contacto con sus familias desde el momento de la detención y ha instado a que se informe a los familiares de los detenidos sin dilación. Igualmente, la regla número 92 de las Reglas Mínimas afirma “un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención”.

El Comité Europeo para Prevenir la Tortura ha afirmado que el derecho de las personas detenidas a que se notifique el hecho de su detención a un familiar allegado o a una tercera persona de su elección es una garantía fundamental contra los malos tratos que debe aplicarse desde el principio de la privación de libertad.

Esta garantía, al igual que la comparecencia inmediata ante un juez, constituye una forma de prevenir la tortura y los tratos crueles, en virtud de que permite a la persona privada de la libertad contar con el apoyo de un tercero en caso de que sea víctima de maltratos para que se hagan las investigaciones pertinentes. De igual forma, el familiar o allegado tiene la posibilidad de hacer el seguimiento correspondiente a la situación procesal de la persona y a verificar su estado de salud y mental.

3.5. Condiciones de internamiento dignas y realización de exámenes médicos

Como analizamos con anterioridad, las condiciones de internamiento son extremadamente importantes a la hora de determinar si existen factores de incremento del estrés durante la privación de la libertad, puesto que se pueden usar a estas circunstancias como mecanismos para debilitar física o psicológicamente a la persona. Hemos identificado a las siguientes garantías básicas como medios para garantizar el derecho a la integridad de las personas privadas de la libertad:

1. Contar con una celda que posea la superficie necesaria en relación a las personas que habiten en ella, que posea ventilación e iluminación adecuadas. Se prohíbe el hacinamiento.
2. Acceder a servicios sanitarios higiénicos suficientes y de manera que se proteja su intimidad y privacidad. Acceso a duchas a una temperatura adaptada al clima.
3. Prohibición del aislamiento como sanción disciplinaria.

Para hacer efectivas estas garantías se deben considerar las condiciones y necesidades específicas de cada grupo de la población penitenciaria, como es el caso de las personas con discapacidades. El personal penitenciario debe suministrar los medios para lograr las condiciones higiénicas, especialmente los artículos de aseo y los productos de limpieza. Además, ninguna sanción disciplinaria puede restringir estas condiciones mínimas de internamiento y la carencia de recursos en el centro de privación de libertad no puede justificar la restricción de estas condiciones mínimas.

Por otro lado, toda persona privada de la libertad tiene derecho a la salud preventiva y curativa tanto física como psicológica⁶⁶. Entre las formas de garantizar este derecho durante la privación de la libertad se encuentra la obligación en los centros de realizar un examen médico obligatorio al momento de ingresar al centro así como visitas periódicas de los médicos a las celdas. En el contexto de la privación de la libertad este requerimiento es de vital importancia para prevenir la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes puesto que el personal médico puede identificar señales de maltrato en las personas privadas de la libertad y activar los mecanismos de sanción e investigación disponibles.

⁶⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi, párr. 157: “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos [...] atención y tratamiento [médicos] adecuados cuando así se requiera”.

IV. Conclusiones

Ecuador ha sido sancionado internacionalmente por las condiciones en que se recluye a las personas privadas de la libertad –como en el caso Tibi– puesto que se ha propiciado un ambiente proclive a la violación del derecho a la integridad personal a través de las torturas y los tratos crueles. Sin embargo, pensar en cómo desterrar prácticas como la tortura o los tratos crueles al interior de los centros de internamiento no es una tarea fácil. En este ensayo partimos por aclarar cuáles son los elementos que integran y diferencian a estas conductas para luego identificar las formas en que se puede disminuir el riesgo de que sucedan.

Generalmente, la mayor parte de las torturas y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes de los que se tiene constancia los sufren personas que están bajo la custodia de agentes del Estado. Una persona que está privada de la libertad es vulnerable al riesgo de abuso de estos poderes mediante una actuación violenta e ilegal. La finalidad de las garantías descritas en este ensayo es que se proteja a las posibles víctimas y se reduzca al mínimo las posibilidades de tortura, y por otro lado, se potencie al máximo las posibilidades de vigilar las acciones de los agentes del Estado y de intervenir si existe amenaza de tortura.

Todas las garantías descritas previamente consisten en crear procedimientos adecuados de detención y reclusión y garantizar que estos procedimientos se cumplan.

Siempre existe el riesgo de que se recurran a nuevos abusos para mantener este tipo de acciones en secreto: detenciones arbitrarias, detención en centros secretos, desapariciones o ejecuciones extrajudiciales. Esas prácticas aumentan el riesgo que corren las personas, al privarlos de la protección legal y hacer que a sus familiares u otras personas les resulte difícil, o imposible, intervenir en su nombre. La obligación que tienen los Estados en virtud del derecho internacional de respetar la prohibición de la tortura y los malos tratos lo cual implica la obligación de impedir que sus agentes inflijan torturas o malos tratos durante la privación de la libertad. Es de esperar ahora que estos mecanismos tengan adecuados procedimientos de implementación en los centros de privación de la libertad.

VII. Bibliografía

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU.

Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Corte Interamericana de derechos Humanos

Corte IDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006.

Corte IDH, Caso Blanco Romero y otros. vs. Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005.

Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005.

Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005.

Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004

Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004.

- Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003
- Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003.
- Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.
- Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- Corte IDH, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Sentencia de 15 de marzo de 1989.

Organización de las Naciones Unidas

- ONU, ECOSOC, Commission on Human Rights, Situation of detainees at Guantánamo Bay, Report of Leandro Despouy, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, E/CN.4/2006/120, 27 de febrero de 2006.
- ONU, ECOSOC, Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución 1997/24, 1997.
- ONU, Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 1997.
- ONU, Plataforma de acción de Beijing, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995.
- ONU, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104, 1993.
- ONU, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), 1990.

ONU, Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, Resolución de la Asamblea General 45/110, 1990.

ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Resolución 43/173, 1988.

ONU, ECOSOC, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Resoluciones de la Asamblea General 663 y 2076, 1977.

Corte Europea de Derechos Humanos

Corte EDH, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de 18 de junio de 1978.

Otros organismos internacionales

Amnistía Internacional, Manual de acción contra la tortura, 2002.

Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (CPT), Normas del CPT, CPT/Inf/E (2002)/Rev.2004, 2004.

Otros tribunales

Sala de Apelación del TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, La Haya, 15 de julio de 1999

Sala de Primera Instancia del TPIR, Fiscal c. Jean Paul Akayesu, La Haya, 2 de septiembre de 1998.

TPIY, Fiscal c. Delalic, La Haya, 16 de noviembre de 1998.

Doctrina

Medina, Cecilia, La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José, 2005.

Rodríguez-Pinzón, Diego y Martín, Claudia, *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the Inter-American Human Rights System*, OMCT Handbook Series Vol. 2, Ginebra, 2006

Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Prieto Sanjuán, Rafael A., *Akayesu el primer juicio internacional por genocidio*, *Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Prieto Sanjuán, Rafael A., *Tadic Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, *Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

Páginas web

www.corteidh.or.cr

www.cidh.org

www.echr.coe.int

<http://www.amnistiainternacional.org>

Los derechos humanos en la arquitectura penitenciaria

Alexandra Zumárraga Ramírez, Sebastián Sotomayor Yáñez
y Giovanni Rivadeneira Guijarro

Sumario

I. Introducción. II. Evolución de la arquitectura penitenciaria. III. Ciencias que han aportado a la arquitectura penitenciaria. IV. La nueva arquitectura penitenciaria. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El Ecuador se encuentra atravesando un proceso de profunda transformación del Sistema de Rehabilitación Social. Esta reforma se da como respuesta a 150 años de olvido del sistema penitenciario y a las terribles condiciones de hacinamiento, insalubridad y corrupción del sistema. La reforma penitenciaria comprende la construcción de nuevas “urbanizaciones penitenciarias” a nivel nacional. En el siguiente artículo se analiza la evolución de la arquitectura penitenciaria y la normativa nacional e internacional que son la base de la “nueva arquitectura penitenciaria”, cuya principal misión es el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y la dotación de espacios aptos para el desarrollo de actividades productivas, educativas, laborales, culturales, entre otras.

II. Evolución de la arquitectura penitenciaria

La arquitectura penitenciaria ha estado directamente relacionada con la función que históricamente han cumplido las prisiones, cárceles y los centros de detención en la sociedad.

Durante siglos las cárceles, que fueron subterráneas o mazmorras, eran sólo el medio para asegurar la presencia del reo ante el juez, para ser juzgado, o ante el verdugo, para ser ejecutado. El cuerpo descuartizado, amputado, marcado simbólicamente, expuesto, vivo o muerto, fue desapareciendo como blanco de la represión penal, hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Se abandona el dolor. El castigo es ahora la prisión, la reclusión, los trabajos forzados, la deportación, que si bien siguen recayendo directamente sobre el cuerpo, éste se convierte en instrumento y no en fin: se interviene sobre él encerrándolo, haciéndolo trabajar¹. En palabras de Foucault, ahora el edificio era el que provocaba la “pena física” mediante la reclusión.

A partir del siglo XIX se empieza a considerar a la sanción como el mal o la retribución que merecía el delincuente por el daño cometido a la comunidad; las cárceles o lugares de detención eran construidas sin ningún tipo de consideraciones humanas, no se preveían dentro de los centros de detención espacios para educación o actividades de rehabilitación; pues los sancionados iban a prisión estrictamente a “purgar” el daño infligido. Las prisiones se asemejaban más a “bodegas” que a lugares habitados por seres humanos.

Con la evolución de la ciencia penal, se empezaron a concebir a las penas privativas de libertad como medidas de seguridad y de protección para preservar el bienestar de la sociedad. El fin último de las prisiones, por ende, constituía la custodia de los detenidos. Los medios de represión que utilizaba el Estado, como las medidas privativas de libertad, tenían como finalidad la “defensa social”².

La Penitenciaría del Este de Filadelfia, construida en 1829 por el arquitecto John Havilan, es considerada como la primera verdadera penitencia-

1 M. Foucault, *Vigilar y castigar*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 1981.

2 La “ideología de la defensa social” nació paralelamente a la revolución burguesa. Esta ideología, más que ser un elemento técnico del sistema legislativo, tiene una función justificante y racionalizadora del sistema penal (Sánchez, A. y González, A. *De la Criminología crítica a la Sociología jurídica*, México, 2005.)

ría construida en el mundo. Su diseño estaba basado en el entonces emergente “**Sistema de Pennsylvania**”, el cual promovía el confinamiento solitario y el aislamiento como forma de rehabilitación, para evitar la “contaminación moral” entre prisioneros y para lograr que el penado reflexione sobre sus actos. Esta prisión fue la representación física de lo que se conoce como el “**Sistema Penitenciario Moralista Religioso**”, el cual concebía a la pena como medio para brindar seguridad a la sociedad y transformar al individuo desde una perspectiva religiosa y moral para impedir que vuelva a delinquir, pues, el pecado era considerado la causa de todos los delitos. La prisión del Este de Filadelfia influyó en el diseño de más de 300 cárceles en Estados Unidos y Europa³.

Al Sistema de Pennsylvania le sucedió el **Sistema de Nueva York** o **Sistema de Auburn** el cual era una variación del Sistema de Pennsylvania de confinamiento solitario. El Sistema de Auburn promovía el trabajo conjunto de todos los reclusos en un régimen de absoluto silencio, pudiendo los sentenciados ser objeto de sanciones físicas por incumplir órdenes. La prisión de Auburn fue la primera prisión en producir utilidades económicas provenientes del trabajo de los reclusos. La vestimenta o uniforme blanco con rayas horizontales negras proviene de este sistema. Los corredores de los presidios en este sistema, eran construidos para dar la sensación de estar en una iglesia, las puertas de la celda eran pequeñas para impedir que el prisionero salga con facilidad para agredir a los guardias de seguridad. Las celdas eran construidas en concreto y solo contaban con una claraboya en el techo que representaba “el ojo de dios”, insinuando al prisionero que estaba siendo constantemente vigilado.

3 Hermann Mannheim (ed.), Patterson Smith, *Pioneers in Criminology*, New Jersey, Montclair, 1971.



Celda de Al Capone en Eastern State Penitentiary, Philadelphia, Pennsylvania, USA

El sistema estaba organizado de tal forma que nunca pudieran estar más de dos internos a la vez en los espacios de uso múltiple. La crudeza de este régimen de vida y las evidencias de los trastornos mentales y emocionales que provocan el aislamiento y enclaustramiento hizo que se abandonara el sistema de confinamiento solitario en 1913.

Paradójicamente, este régimen es aún utilizado en algunas prisiones de máxima seguridad alrededor del mundo. Algunas de ellas contemplan el régimen 23/1, es decir, 23 horas en la celda y 1 hora una de recreación en el patio.

El jurista inglés Jeremy Bentham (1748-1832) desarrolla en su obra *El Panóptico* un nuevo modelo de edificación penitenciaria que asocia la concepción penitenciaria y penológica al diseño de infraestructuras penitenciarias. El modelo de Bentham es un modelo de control disciplinario que se apoya en la vigilancia constante y centralizada de todos los individuos que están insertos en un lugar cerrado. La vigilancia se ejerce desde una torre central donde el empleado penitenciario podía ver sin ser visto⁴. Materialmente, éste es un “establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su

4 Cecilia Raffa, *El modelo panóptico en la arquitectura penitenciaria argentina: la primera cárcel en la ciudad*, Mendoza, Argos, 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-16372007000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0254-1637.

reforma moral; con medios nuevos para asegurarse de su buena conducta, y de proveer a su subsistencia después de su soltura”⁵.

Este sistema panóptico se propagó en el marco de los estados modernos, tanto en Europa como en Latinoamérica, adaptándose a los diversos sistemas constructivos locales, pero manteniendo el objetivo principal de poder ver con una sola mirada todo cuanto se hacía en el edificio⁶. En América Latina se construyeron las siguientes penitenciarías basadas en el modelo panóptico de Bentham: penitenciaría de Buenos Aires construida en 1870; penitenciaría de Corrientes y de Mendoza en Argentina en 1897 y 1848, respectivamente; penitenciaría de Lima; Penal García Moreno en Quito en 1854, el panóptico de Bogotá de 1848, ambas obras del arquitecto Tomas Reed; la Cárcel Preventiva y Correccional de Montevideo de 1885, diseño de Juan Alberto Capurro⁷.

Después de la Segunda Guerra Mundial y del horror que produjeron los crímenes y el genocidio en ella cometidos, se comienza a tomar conciencia sobre el papel que deben tener los Estados en el respeto y la promoción de los derechos humanos. Esta voluntad política se materializa en la comunidad internacional a través de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en 1948 y, en el caso específico de los prisioneros, con la adopción de *Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* en 1955; ambos instrumentos adoptados por las Naciones Unidas.

En los referidos instrumentos se establece la *universalidad* de los derechos humanos y la prohibición de someter a las personas a tortura, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En Holanda se crea, en 1953, en el ámbito del Ministerio de Justicia, una comisión interdisciplinaria para estudiar las mejoras a introducir en los establecimientos penitenciarios. La solución ideal parece ser un establecimiento formado por cierto número de pequeños grupos, en los que 20 o 30 reclusos puedan vivir como comunidades autosuficientes. Este concepto se conoce como “principio del pequeño grupo”⁸.

5 Bentham, citado por C. Raffa, *op cit.*

6 *Ibidem.*

7 R. Gutiérrez citado por C. Raffa, *op. cit.*

8 R. Nelson, citado por Carlos García Basalo, “Tratamiento y arquitectura penitenciaria: La arqui-

En 1956, el gobierno de Suecia designa una comisión especial para estudiar los nuevos establecimientos penitenciarios, la cual propone la construcción de varios establecimientos a partir de las siguientes ideas: vasto campo de circulación de los reclusos en el interior de los muros, gran importancia otorgada al trabajo penitenciario, incorporación de dispositivos para economizar personal, disposición de los edificios en el terreno en forma simple y funcional y gran libertad de movimiento de los reclusos en el interior del establecimiento⁹.

En 1968 se implementa el sistema de “Unidades funcionales” por el Federal Bureau of Prisons de Estados Unidos, en los programas de tratamiento para recuperación de adictos a las drogas. Este sistema se extendió más adelante a otras instituciones correccionales. El principio de “Unidad funcional” implica que los centros de detención se subdividen en pequeñas “unidades” que funcionan como pequeñas instituciones autónomas, con un sector administrativo y de servicios comunales. Este sistema facilita que los internos formen comunidades homogéneas, que desarrollen una identidad común, conjuntamente entre ellos y con el personal del equipo. Se incrementan las frecuencias de los contactos con el personal y se intensifican las relaciones, lo que conduce a un mejor entendimiento entre los individuos, permite una mejor clasificación y un tratamiento más individualizado. Además existe una mayor posibilidad de evaluación y revisión de los programas, hay una mejor observación de los internos, se facilita la detección temprana de los problemas y se eleva la calidad de vida tanto de los internos como del personal¹⁰.

En 1969, el Federal Bureau of Prisons decide la construcción de tres Centros Correccionales. El entonces director de la prisión, Norman Carlson, dispuso que los nuevos edificios incluyan el concepto de Unidad funcional y que su diseño reduzca al mínimo el empleo de elementos cuya presencia les recuerde a los internos su permanencia en una cárcel, a fin de obtener un entorno arquitectónico normal y más humano. Asimismo, se previó la inclusión de cuartos individuales para los internos, lo que asegu-

ectura penitenciaria de nueva generación” en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, No. 4, mayo 2002. UNICRIM, Gendarmería de Chile.

9 García Basalo, op cit.

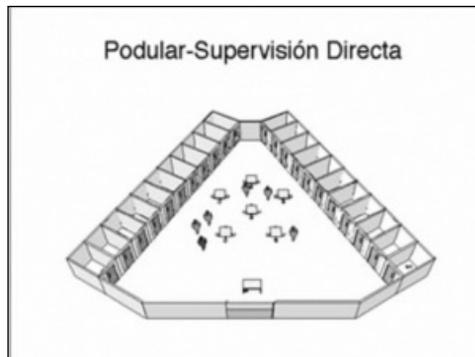
10 *Ibidem*.

raría la privacidad y la protección personal de éstos y facilitaría el control por parte de los agentes.

Estas premisas dieron como resultado edificaciones cuyas características se distanciaban de la imagen convencional que hasta entonces habían ofrecido las “cárceles”. Las unidades de residencia fueron diseñadas con habitaciones destinadas a salas de estar, carpintería, artefactos sanitarios de porcelana, ventanas con vista al exterior y mobiliario liviano. El perímetro de seguridad de las unidades estaba dado por una pared sólida envolvente perimetral que permitía una relativa libertad de movimientos en el interior.

Pese a los temores del Director del Centro Correccional de Chicago acerca del funcionamiento del nuevo sistema en donde sus agentes deberían interactuar en forma directa con los internos y las características del entorno arquitectónico, que incluía mobiliario común, instalaciones sanitarias y terminaciones convencionales, la vida en las unidades resultó un éxito, lográndose un alto grado en la seguridad y en la protección tanto de los internos como del personal.

La combinación del novedoso diseño con el nuevo estilo de administración, fue bautizada con el nombre de “Nueva Generación” o “**Podular/Supervisión Directa**”, siendo el edificio de planta triangular de Chicago concebido por el arquitecto Weese, el que se convirtió en paradigma de la nueva arquitectura penitenciaria¹¹.



11 *Ibidem*.

III. Ciencias que han aportado a la arquitectura penitenciaria

A partir de finales del siglo XIX, con el origen de la Psicología, se han venido desarrollando ciencias cuyo objeto ha sido la comprensión del comportamiento y la conducta de los seres humanos. Los conceptos y las teorías que han desarrollado estas ciencias, han ayudado a que los teóricos de los sistemas penitenciarios tengan una mejor comprensión de las causas de la criminalidad, de las secuelas del encierro, de la segregación, e incorporen estas ideas a los tratamientos de rehabilitación social y a la arquitectura penitenciaria. Con esta base científica, los arquitectos de edificaciones penitenciarias han empezado a tomar medidas para disminuir los efectos nocivos que produce el confinamiento y lograr que el sistema de rehabilitación cumpla con su objetivo el cual es lograr que la persona, una vez que recupere su libertad, no sólo quiera respetar la ley, sino que cuente con los medios para hacerlo.

Una de estas ciencias es la denominada *Psicología ambiental*, la cual se basa en el estudio de la relación del ser humano con el medio ambiente dentro del cual se desarrolla. El medio ambiente, se entiende, no como algo neutro y carente de valores. El medio ambiente es un espacio culturalmente marcado y lleno de significaciones para el ser humano. Estas significaciones son parte fundamental del comportamiento de las personas y, por tanto, influyen positiva o negativamente en su conducta¹².

La Psicología del color, de igual manera, ha contribuido en la comprensión de la relación existente entre los colores y las emociones o sentimientos que evocan a los seres humanos. A este respecto, la psicóloga y socióloga Eva Heller manifiesta: “[...] colores y sentimientos no se combinan de manera accidental, [...] sus asociaciones no son cuestiones de gusto, sino experiencias universales profundamente enraizadas desde la infancia en el lenguaje y el pensamiento del ser humano. El simbolismo psicológico y la tradición histórica permiten explicar por qué esto es así”¹³.

12 O. Navarro Carrascal, “Psicología ambiental: visión crítica de una disciplina desconocida” en *Revista Electrónica de Psicología*, diciembre 2004. Disponible en la World Wide Web: <http://www.psicologiacientifica.com/bv/psicologia-49-1-psicologia-ambiental-vision-critica-de-una-disciplina-descon.html>.

13 E. Heller, *Psicología del color: cómo actúan los colores sobre los sentimientos y la razón*, Barcelona, Editorial Gustavo Gil, 2008.

IV. La nueva arquitectura penitenciaria

En la actualidad, para los establecimientos destinados a la privación de libertad de las personas que han cometido actos reñidos con la ley, prima el concepto de Centro de Rehabilitación Social, bajo estrictas consideraciones de respeto a los derechos humanos en la infraestructura y manejo administrativo de los mismos, con la finalidad esencial de readaptación social de las personas privadas de la libertad¹⁴.

En términos de infraestructura, la primera labor de un Centro de Rehabilitación, consiste en mantener en custodia a aquellos hombres y mujeres que han sido sometidos a una pena privativa de libertad en virtud de una sentencia condenatoria firme, reduciendo al mínimo la posibilidad de fuga de los mismos¹⁵. Sin embargo, la seguridad en las instalaciones, debe estar concebida de tal forma que no vulnere los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

La seguridad implica dos componentes, seguridad estática y dinámica; la primera hace referencia a los aspectos físicos, tales como los muros y vallas, circuitos cerrados de televisión y cámaras para la vigilancia y dispositivos electrónicos, rejas en las ventanas, cerraduras en las puertas, mobiliario antivandálico, instalaciones de luz y agua en corredores independientes sin acceso a las personas privadas de libertad, entre otras. La segunda proviene del recurso humano, de un personal alerta que está consciente de todo lo que sucede en su entorno, que conoce a cada una de las personas privadas de la libertad y que está atento a los cambios que ocurren a su alrededor.

La seguridad estática es de poca utilidad si no se halla respaldada por una buena seguridad dinámica.

Otro factor determinante en la seguridad de los Centros, es el orden. Los establecimientos no deben ser lugares de anarquía y caos. Las personas privadas de libertad, los funcionarios penitenciarios y las visitas deben ser capaces de desarrollar sus actividades sin temer por su seguridad física. El funcionario penitenciario que conozca bien a sus custodios, que se movili-

14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 3).

15 E. Carranza, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México, ILANUD, 2001, p. 117.

ce entre ellos, que los escuche y les hable, puede asegurar con más probabilidad de éxito el orden en las instalaciones penitenciarias, que un funcionario que se mantenga al margen, que hable solo para dar órdenes y que se mantenga dentro de su despacho¹⁶.

Pero, como se mencionó en líneas anteriores, el principal objetivo de estos Centros es la rehabilitación de las personas y el desarrollo de sus capacidades; por esta razón, el tiempo de cumplimiento de la pena debe ser aprovechado para su educación, para dedicarse a actividades productivas y laborales, cuidado de su salud, desarrollo de actividades recreativas, culturales, artísticas y otras; con miras a su futura y efectiva reinserción a la sociedad. Estos objetivos se conseguirán por medio de los programas de rehabilitación social y de una adecuada administración de los centros penitenciarios o Centros de Rehabilitación Social.

Bajo este marco de respeto a la persona humana, la arquitectura de las edificaciones penitenciarias debe contener los espacios adecuados y necesarios para que las personas privadas de libertad puedan desarrollar todas las actividades que le permitan reinsertarse a la sociedad como elementos positivos y productivos.

En nuestro país, apenas el 47 por ciento de Centros de Rehabilitación Social fueron construidos específicamente para funcionar como tales. El restante 53 por ciento de CRS son edificaciones improvisadas, en su mayoría fueron escuelas, centros de exposiciones, casas particulares o fincas. Además, existe un exceso del 178 por ciento de la capacidad habitacional real ofrecida en las instalaciones de los Centros de Rehabilitación Social del país¹⁷.

Frente a esta crítica realidad, en virtud de la obligación del Estado de respetar los derechos humanos de las personas que están bajo su custodia en razón de una pena privativa de libertad y, dada la imperiosa necesidad de adecuar la infraestructura de los Centros de Rehabilitación Social para que el sistema penitenciario cumpla su verdadero cometido, surge en el Ecuador la idea de implementar las “Urbanizaciones Penitenciarias” como modelo para desarrollar en ellas el Sistema de Rehabilitación Social.

16 E. Carranza, *op. cit.*, p. 118.

17 Encuesta “Condiciones y estado actual de la infraestructura en los Centros de Rehabilitación Social del Ecuador”, Unidad Técnica de Construcción de Centros de Rehabilitación Social (UTCCRS), del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, República del Ecuador, febrero 2008.

El concepto de urbanización supone la creación de una célula urbana autosuficiente con la capacidad de integrar el mundo del trabajo y la vivienda en un sólo espacio compartido y dar respuesta, mediante ciertos servicios colectivos, a las necesidades de las personas que en ella habiten. El concepto de urbanización también le otorga importancia a los valores comunitarios que se promueven dentro del nuevo ambiente.

El arquitecto inglés, Ebenezer Howard fue el principal promotor del concepto de la *urbanización*. Para Howard una urbanización o *ciudad jardín*, como originalmente denominó a este concepto, debía estar formada por una comunidad relativamente pequeña, ubicada a una distancia prudente de la ciudad para que cuente con amplios espacios verdes y áreas para cultivo. La urbanización, además, debía proveer servicios comunitarios para abaratamiento de costos y para promover las relaciones comunitarias. La urbanización también debe ser autosuficiente con el fin de que su sustento no dependa de fuentes externas y no corra peligro la comunidad en caso de no contar con dichas fuentes.

La urbanización como modelo penitenciario es el que mejor se adecua a este sector de la población, pues brinda las características de seguridad y espacio para desarrollar las actividades referidas¹⁸.

Para responder al objetivo resocializador del sistema penitenciario, las urbanizaciones penitenciarias contienen distintas unidades o áreas destinadas a la vivienda de las personas privadas de libertad, al trabajo y actividades productivas, a su educación, al cuidado de su salud, al desarrollo de su bienestar físico, mental, cultural, espiritual, social y familiar.

Para un correcto funcionamiento y administración de las unidades habitacionales, éstas deben ser ocupadas por grupos de personas con características homogéneas o similares. La urbanización penitenciaria contempla diferentes niveles de seguridad para los distintos grupos de seres humanos.

Asimismo, toda urbanización penitenciaria contendrá áreas que brinden servicios comunitarios para atender las necesidades de las personas privadas de libertad, de los trabajadores penitenciarios, las visitas a los centros y, en general, a todas las personas que acuden a estas instalaciones.

18 Lewis Mumford, *Historia natural de la urbanización*, Madrid, Editorial Instituto Juan de Herera, 2002.

Las personas privadas de la libertad conservan su derecho fundamental de gozar de una buena salud, tanto física como mental, así como a una atención médica cuyo nivel sea, como mínimo, el mismo que goza la población general.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) reconoce: “el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “En los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, *es el garante* de estos derechos de los detenidos”¹⁹.

Cuando un Estado priva a una persona de su libertad, se entiende que dicha persona está en custodia exclusiva del Estado y, por tanto, éste asume la responsabilidad de cuidar de su salud integral.

La buena salud es un requisito indispensable para una efectiva rehabilitación social. El estado de salud de una persona afecta a su conducta y a su capacidad de funcionar como integrante de la comunidad. Las condiciones de encarcelamiento, por su propia naturaleza, pueden tener un efecto perjudicial sobre el bienestar físico y mental de las personas sentenciadas. Por consiguiente, las administraciones penitenciarias no solo tienen la responsabilidad de prestarles atención médica a las personas privadas de libertad, sino también de disponer de las condiciones que promuevan el bienestar tanto de las personas privadas de libertad como de los funcionarios penitenciarios²⁰.

El estar privado/a de la libertad implica no tener las posibilidades y los medios habituales que tiene una persona libre para acceder a los servicios de salud. Por esta razón, un Centro de Rehabilitación Social que respete los derechos humanos de las personas privadas de libertad debe prever un espa-

19 “Estudio sobre los derechos y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión”, Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 2002.

20 A. Coyle, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Londres, Editorial Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2002.

cio específico para la atención de la salud de las mismas; así como contar, permanentemente, con profesionales de la salud que atiendan a los requerimientos médicos de los internos/as. Las condiciones de higiene y sanidad de los Centros de Rehabilitación Social también son parte de la buena salud de quienes permanecen en un Centro de Rehabilitación Social, sean personas privadas de libertad, funcionarios penitenciarios o visitantes.

Asimismo se debe prever un área específica destinada a cubrir las necesidades propias de las mujeres privadas de libertad, en especial de aquellas que se encuentran en estado de gestación y período de lactancia, así como de los niños que convivan con sus madres²¹.

Con el fin de suministrar a las personas privadas de libertad servicios médicos calificados de calidad, se contempla la construcción de una unidad específica para la atención a la salud integral. El establecimiento dispondrá de servicios internos de hospitalización, provistos del material, de instrumental y de productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a la persona enferma, privada de libertad, los cuidados y el tratamiento adecuados²².

Todos los espacios destinados al uso de las personas privadas de libertad, de los trabajadores penitenciarios y de los visitantes de los centros, deben satisfacer las necesidades de higiene, volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación, en consideración al clima de la zona donde se ubique cada urbanización penitenciaria. Por ello, las ventanas deberán ser lo suficientemente grandes para que las personas puedan leer y trabajar con luz natural; reciban aire fresco haya o no ventilación artificial; la luz artificial también tendrá que ser suficiente para que puedan leer y trabajar sin afectar a su vista²³.

En lo referente a la educación en los Centros de rehabilitación Social se ha contemplado la adecuación de espacios para que la instrucción y la capacitación sean aprovechadas por quienes las necesitan. Para el efecto se han previsto varios espacios físicos para capacitar e instruir a las personas privadas de libertad. En cada “unidad”²⁴ de la Urbanización penitenciaria se ha

21 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Regla 23 1) y 2).

22 *Ibidem*, Regla 22; Constitución del 2008, artículo 51, numeral 4.

23 *Ibidem*, regla 9, 10 y 11.

24 La Urbanización penitenciaria se divide en unidades de mínima, media y máxima seguridad, según la pelgrosidad y la complejidad que represente cada grupo humano.

dispuesto un “área de vida” que cuenta con aulas de uso múltiple para que en ellas se desarrollen las actividades educativas. Asimismo, el área productiva cuenta con áreas determinadas para la capacitación laboral y la potencialización de las capacidades de cada persona, según la actividad que desee desarrollar. Sabemos que la educación para las personas privadas de libertad, implica conocimiento de algo nuevo, concepción de nuevas ideas y de pensamientos apartados del delito, diálogo, razonamiento, contacto con gente que no es parte de ese mundo carcelario y, por lo tanto, ésta es una de las actividades que más tienden a disminuir la violencia dentro de los Centros de Rehabilitación Social. La existencia de un profesor que se presenta a enseñar y se preocupa por sus alumnos y su futuro; ser visto y tratado como persona, como alumno, sin importar el delito que cometió; tener la oportunidad de conocer y aprender algo distinto, genera compromiso y responsabilidad en la persona privada de libertad.

Estas instalaciones contemplarán, además, espacios adecuados para el desarrollo de actividades recreativas, culturales, espirituales y, en general, a toda actividad que propenda al bienestar integral de las personas privadas de la libertad²⁵.

La Constitución del 2008, en su artículo 51 reconoce como derecho de las personas privadas de libertad la atención de sus necesidades educativas.

Asimismo, el artículo 203 numeral 2 declara que en los Centros de Rehabilitación Social se promoverán y ejecutarán planes educativos.

Dentro de la Urbanización penitenciaria, se contempla una unidad productiva. Se trata de un espacio destinado a la producción industrial o agrícola que se determinará en función de estudios de mercado, de potencialidades geográficas y de destrezas o aptitudes de las personas privadas de libertad. El trabajo en un Centro de Rehabilitación Social no deberá tener carácter aflictivo²⁶, puesto que el trabajo es un derecho y una actividad que dignifica al ser humano.

Estarán diseñadas de tal forma que se cumplan las políticas laborales que se generen con objetivo resocializador que plantea el Sistema de Rehabilitación Social, garantizando la percepción de recursos económicos

25 *Ibidem*, regla 77 y 78.

26 *Ibidem*, regla 71.

que las personas privadas de libertad destinarán a ampliar la cobertura de sus necesidades, a la manutención de sus familias, al pago de los daños causados a las víctimas y, al ahorro que les permitirá contar con un fondo económico para su vida en libertad una vez cumplida su sentencia.

Adicionalmente, cada pabellón de las unidades habitacionales, cuenta con los espacios necesarios para el funcionamiento de talleres de producción artesanal, tiendas y patio de comidas que serán administrados por las personas privadas de libertad de manera temporal y rotativa, según lo establece el Reglamento para el funcionamiento de los Centros de Rehabilitación Social.

La participación de las personas privadas de libertad en los programas laborales de rehabilitación, talleres y demás actividades productivas, permitirá potencializar sus aptitudes personales y acceder, previo informe favorable, a reducciones del tiempo de la pena.

Para tal efecto, los programas comprenderán:

- (1) Capacitación permanente y actualización de conocimientos en las aulas y talleres dispuestos en las “áreas comunales” de cada unidad habitacional, en temas y actividades que respondan a los requerimientos de las personas privadas de libertad y, lógicamente, del mercado laboral.
- (2) Trabajo y puesta en práctica del conocimiento adquirido, en las unidades productivas y en los talleres.
- (3) Generación de un proyecto productivo para la utilización de los talleres, tiendas y patio de comidas que se concesionarán temporalmente a los privados/as de libertad.

Las Urbanizaciones penitenciarias contemplarán espacios específicos para que las personas privadas de libertad puedan desarrollar actividades productivas remuneradas acorde a su aptitud física y mental, a sus capacidades y experticias. La jornada de trabajo no podrá extenderse más allá de la duración normal de acuerdo a la normativa nacional e internacional que verse al respecto²⁷.

27 *Ibidem*, regla 71.

Consideramos de fundamental importancia que las personas privadas de libertad cuenten con medios idóneos para poder efectuar quejas o peticiones al director del centro y a las autoridades judiciales correspondientes sobre las irregularidades que se presenten en la administración del centro o del cometimiento de ilícitos dentro del mismo; por este motivo, se prevé un espacio específico para que funcionen las oficinas de los jueces de garantías penitenciarias y los fiscales encargados de recibir las denuncias respectivas. Toda persona privada de la libertad deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentarse en estas oficinas y de poder comunicarse con las autoridades judiciales y con el personal penitenciario encargado de la administración del Centro de Rehabilitación Social.

Los instrumentos internacionales establecen claramente que es esencial para todos los sistemas penitenciarios, que éstos sean administrados de una manera equitativa y justa. En el ambiente coercitivo de la prisión, es primordial que se defina claramente una serie de procedimientos que permitan que las personas privadas de libertad formulen una petición, planteen una queja o ventilen una querrela y que tengan la confianza de que el asunto será atendido de una manera justa, objetiva y de manera ágil. No se pueden exigir a las personas privadas de libertad conductas y acciones que la misma institución penitenciaria no posea.

Cualquier sistema que proponga remedios o rehabilitación al individuo, debe basarse en la equidad y la justicia, ya que son éstos, entre otros, los valores que el sistema penitenciario desea fomentar en la persona privada de libertad.

V. Conclusiones

La arquitectura penitenciaria debe responder a las necesidades de las personas privadas de libertad y del personal penitenciario, al estricto respeto de sus derechos y a los objetivos del sistema penitenciario que, en el caso de nuestro país, es la “[...] rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas a la sociedad, así como la protección a las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas

penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad” como reza la Constitución de la República del Ecuador del 2008²⁸.

Un adecuado diseño de los espacios físicos para cumplir estos fines es primordial en cuanto debe buscar el equilibrio entre los niveles de seguridad requeridos para custodiar a las personas sentenciadas y el respeto a los derechos humanos de quienes habitan y trabajan en los Centros de Rehabilitación Social.

Si bien la infraestructura es solamente uno de los elementos del Sistema de Rehabilitación Social, su función reviste fundamental importancia, por cuanto, si seguimos la máxima del arquitecto estadounidense Louis Sullivan: “la función determina la forma y la forma expresa la función”, comprendemos que la *forma* del espacio físico está directamente relacionada con la *funcionalidad* del mismo.

Construir un Centro de Rehabilitación Social implica poseer un profundo conocimiento de la vida en prisión, de la aflicción que provoca el encierro, los riesgos intracarcelarios y de las demás dinámicas propias de la vida en un centro penitenciario. Cada espacio debe estar diseñado en función de la seguridad de las mismas personas privadas de libertad, para que éstos no se conviertan en medios de vulneración de los derechos humanos. El mayor reto que esta tarea implica consiste en equilibrar las medidas protectoras de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad con los medios idóneos para custodiar a las mismas.

La razón de ser de los Centros de Rehabilitación Social y del sistema penitenciario no es únicamente la custodia de las personas sentenciadas, sino que además comprende la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. La prioridad del sistema es el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad²⁹.

Una administración y una infraestructura penitenciaria basada en el respeto y la garantía a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de todos quienes tienen que ver con una prisión no representa un

28 Constitución del 2008, artículo 201.

29 *Ibidem*.

enfoque “blando” o “liberal” de la gestión penitenciaria, ni de la actitud estatal frente al delito. Por el contrario, un contexto ético y justo es el mejor ambiente para proponer rehabilitación y reinserción social a los seres humanos. Expertos en gestión penitenciaria alrededor del mundo han llegado a la conclusión de que las administraciones penitenciarias apegadas a los derechos humanos son las que se pueden administrar con mayor facilidad y a las que mejor responden los privados/as de libertad³⁰.

Si el Estado se atribuye la facultad de privar a una persona de su libertad, no puede, bajo ningún supuesto, vulnerar los otros derechos humanos y fundamentales que las personas privadas de libertad no han perdido en razón de una sentencia condenatoria. La salud, la educación, el trabajo son derechos humanos universales, irrenunciables, imprescriptibles e irrevocables y, son además, el requisito indispensable para una efectiva rehabilitación social.

El gran reto histórico, político, social y humano es el de convertir a las prisiones en verdaderos centros de educación, capacitación y mejoramiento humano. El de transformarlos en espacios físicos y sociales donde lo primordial no sea el cumplir un castigo sino el construir colectivamente un porvenir.

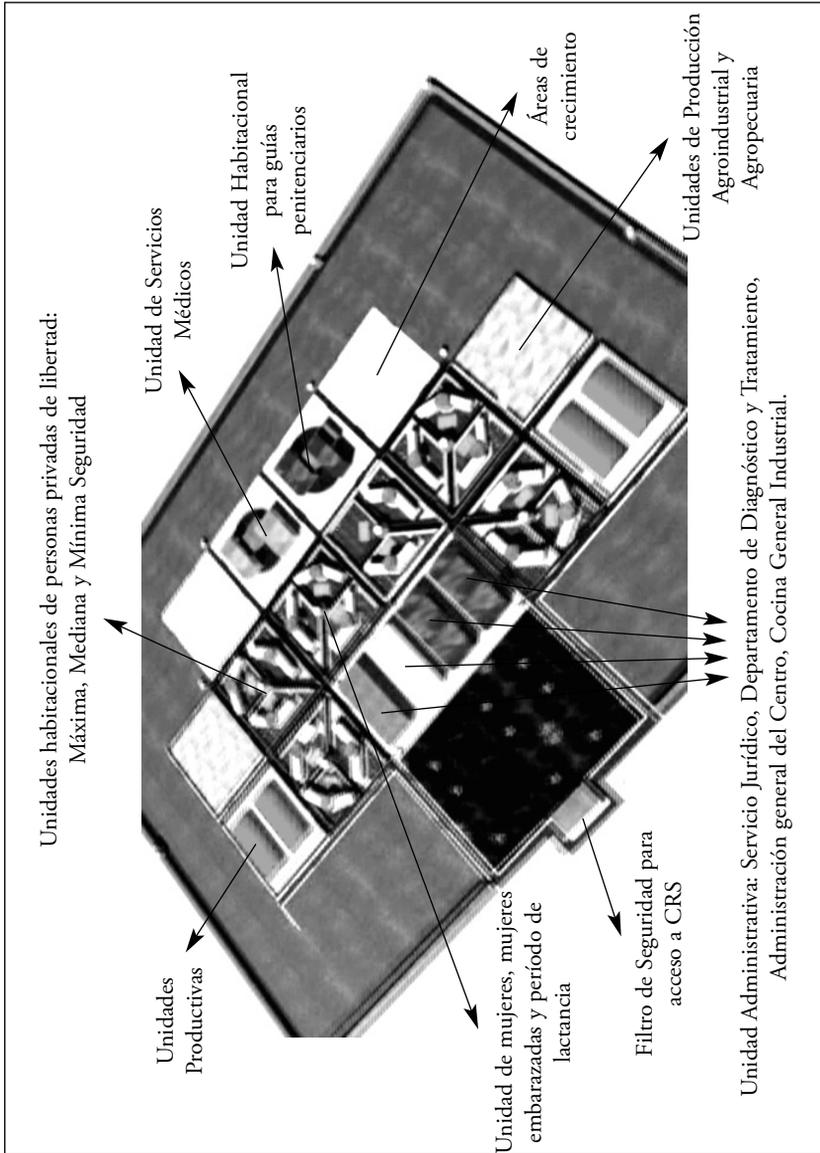
VI. Bibliografía

- Carranza, E., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México, ILANUD, 2001.
- Constitución de la República del Ecuador, septiembre 2008.
- Encuesta “Condiciones y estado actual de la infraestructura en los Centros de Rehabilitación Social del Ecuador”, UTCCRS, febrero 2008.
- “Estudio sobre los derechos y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión”, Consejo Permanente de la Organización de Estado Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 2002.
- Foucault, Michelle, *Vigilar y castigar*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 1998.
- Coyle, A., *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Londres, Editorial Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2002.

³⁰ A Coyle, *op. cit.*, p. 11.

- García Basalo, Carlos, “Tratamiento y arquitectura penitenciaria: La arquitectura penitenciaria de nueva generación” en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, No. 4, mayo 2002. UNICRIM, Gendarmería de Chile.
- Heller, E., *Psicología del color: cómo actúan los colores sobre los sentimientos y la razón*, Barcelona, Editorial Gustavo Gil, 2008.
- Hermann Mannheim (ed.), Patterson Smith, *Pioneers in Criminology*, New Jersey, Montclair, 1971.
- Mumford, Lewis, *Historia natural de la urbanización*, Madrid, Editorial Instituto Juan de Herrera, 2002.
- Navarro Carrascal, O., Psicología ambiental: visión crítica de una disciplina desconocida en *Revista Electrónica de Psicología*, diciembre 2004, <http://www.psicologiacientifica.com/bv/psicologia-49-1-psicologia-ambiental-vision-critica-de-una-disciplina-descon.html>
- Raffa, Cecilia, *El modelo panóptico en la arquitectura penitenciaria argentina: la primera cárcel en la ciudad*, Mendoza, Argos, 2007. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-16372007000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0254-1637.
- Sánchez, A. y González, A., *De la Criminología crítica a la Sociología jurídica*, México, Editorial Santillana, 2005.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Organización de las Naciones Unidas, 1966.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, ONU, 1955.

ANEXO ÚNICO: MODELO DE URBANIZACIÓN PENITENCIARIA PROPUESTO POR LA UTCCRS



“Rehabilitación”, el verdadero castigo.

Un análisis del gobierno de las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social –CEP y RS–

Lisset Coba Mejía

Sumario

I. Herramientas teóricas: el gobierno de las prisiones, función y disfunción. 1.1. El “otro” rehabilitable: discurso poscolonial de la “Rehabilitación Social”. 1.2. Rehabilitación como tratamiento a la enfermedad de lo “anti-social”. 1.3. Conclusión: la función vuelta código. II. Estructura del gobierno. 2.1. El poder de su Consejo. 2.2. Poder intra-burocrático: conductismo, disciplina y asistencia social. 2.3. Conclusión: conductismo, disciplina, asistencialismo. III. El pueblo penitenciario: su clase y su género. 3.1. Distribución y seguridad en el CRS femenino de Quito: “El Inca”: La experiencia de las mujeres. 3.2. Distribución y escala de seguridad en el Ex – penal García Moreno. 3.3. Conclusión. IV. Los guías y la penitencia. 4.1. La disciplina. 4.2. Conclusión: Evaluación. V. Cierre: la rehabilitación es una relación social. 5.1. Recompensas: rebajas y pre-libertades. VI. Recomendaciones: Los derechos desde abajo. 6.1. Vulnerabilidad penitenciaria: necesidad de reparación y amnistía. 6.2. Vulneración económico-política: necesidad de redistribución de la riqueza y participación política. 6.3. Vulneraciones de género: necesidad de libertad y protección. VII. Bibliografía.

*“Desde la celda no ves nada, solamente basura y desgracia, la propia desgracia; éste es un espejo no es una ventana; si miras a la ventana miras en un espejo...
...una ventana sin vidrio, con cartones, con clavos, con la basura que se cae;
y detrás, una persona que quizá, piensa... y un fragmento de la persona.
Porque la cárcel no te da, solamente te lleva presa,
no te da una cama ni un colchón ni un vidrio ni un papel higiénico...
...porque la cárcel no te da nada, solamente te quita...
Te quita tu libertad, te quita sueños, te quita tus ilusiones,
te quita tu familia, te quita tus hijos, te quita tu marido,
te quita tu dignidad...
¡todo absolutamente todo!”*
(Testimonio de interna del CRSF-Quito, 2008)

I. **Herramientas teóricas: el gobierno de las prisiones, función y disfunción**

Si existe un punto donde es posible ubicar los efectos de un gobierno sobre las poblaciones es en los “Centros de Rehabilitación Social”. Si existe un lugar donde se articulan las nociones de Estado, derecho y nación es en las cárceles del país.

No por meticulosidad inútil o erudita sino porque resulta evidencia contundente, es importante señalar la paradoja semántica que constituye su mismo título, la sintaxis implícita en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Gramática que vincula la pena que impone el Estado, sobre quienes han violado sus leyes, a la rehabilitación social. Es aquí donde cabe interrogarse: ¿De qué sociedad hablamos que asocia el dolor del aislamiento a la “reincorporación social”?; ¿cómo es definido el encierro?; ¿qué características tiene el internado?; ¿acaso el castigo está en capacidad de constituirse en sanador social?

Sí, el Código de Ejecución de Penas define los contornos de un pequeño reino, un modelo de sociedad que concentra los poderes en su más absoluto e íntimo ejercicio. De distintas formas, los “Centros de Rehabilitación Social” constituyen un gobierno que rige mediante códigos positivos, basa-

dos en la ideología del derecho científico y neutral, legitimados por la bienhechora noción de rehabilitación social.

Para abordar de forma más meticulosa la administración de la población penitenciaria es pertinente usar como herramienta conceptual la definición de "gubernamentalidad" propuesta por Foucault¹, quien considera que las técnicas de gobierno son la única apuesta del juego político y el único espacio real de la lucha política, factores que han permitido sobrevivir al Estado como forma de gobierno interna y externa a sí mismo. En su supervivencia y en sus límites, el Estado no puede entenderse más que a partir de las tácticas generales de gubernamentalidad, o sea en: "*el conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones que tienen por blanco la población, por forma de saber la economía política y por instrumentos técnicos esenciales los dispositivos de seguridad*"².

Precisamente, esta investigación es sobre los códigos que gobiernan el mundo de la reclusión, el internado, el aislamiento; los que desde su inicio, inscrito en la letra oficial del Estado, definen quiénes son los sujetos a ser castigados, a ser rehabilitados. Por ello, es importante observar la propugación de los diferentes niveles discursivos, la ley estatal y sus sub-reglamentos en su encadenamiento con las prácticas cotidianas: cómo operan, cómo circulan en las instituciones encargadas de su aplicación, qué es lo que se omiten o reiteran, cómo se ejerce el castigo de manera desbordada en la vida diaria. Por supuesto no hablamos de la letra muerta sino de su emergencia como resultado de un juego histórico de fuerzas.

La propuesta metodológica es dejarnos conducir por el CEP y RS, seguir su direccionalidad. El recorrido es piramidal, aborda los códigos escritos, sus reglamentos relacionados y dependientes, para separarse de ellos y mirar sus efectos específicos en la vida cotidiana de gobernados y funcionarios. Este ensayo partirá de los puntos fundamentales planteados en el Título I –artículo 1 del ámbito de la ley–, que en nombre del Congreso Nacional, resuelve:

1 Michel Foucault, "La gubernamentalidad", en *Defender la sociedad*, curso en el Collège de France (1975, 1976), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997.

2 *Ibidem*, 1997, p. 25.

- a) En las penas privativas y restrictivas de la libertad, impuestas por el Código Penal y de Procedimiento Penal, así como de otras leyes³.
- b) En el tratamiento y rehabilitación integral de los internos, así como en su control pos-carcelario;
- c) En la conformación de los organismos directivos encargados de dirigir la política de rehabilitación social; y,
- d) En la dirección y administración de los centros de rehabilitación social.

Para profundizar en la lógica reglamentaria, de los literales antes mencionados, así como en los desbordes cotidianos de las normas establecidas, he creído importante dividir esta investigación en: “Función” y “Disfunción”.

En la primera parte: “Función”, partiré de la crítica a la sociología estructural funcionalista que mira a la sociedad como un “todo compuesto de individuos”, los cuales desempeñan una tarea o función dentro de la estructura social en la que ocupan un estatus o posición determinada. Tales partes o individuos deben estar en capacidad de adaptarse e integrarse a un sistema, el cual regula las relaciones de cada uno entre sí y con la autoridad, de manera que se puedan mantener los patrones que conforman el orden social⁴. La imagen es la de un cuerpo con órganos saludables, metáfora que trasciende y se vuelve la posibilidad de pensar en un todo orgánico estructural.

Siguiendo el hilo conductor del mismo código, en el primer punto se abordarán los contextos desde los cuales parte el Código, también observaremos cómo la “rehabilitación” es un discurso poscolonial que considera al delito una enfermedad social. Además es importante revisar, brevemente, cómo la sanción de la conducta se vuelve código jurídico: *1.1. El “otro” rehabilitable: discurso poscolonial de la “Rehabilitación Social”; 1.2. Rehabilitación como tratamiento a la enfermedad de lo antisocial; 1.3. Conclusión: la función vuelta código.*

3 El literal a) –arriba mencionado– es de carácter general, abarca todos los aspectos del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, no obstante los otros literales son más específicos y a continuación serán tomados como base para los distintos puntos de reflexión.

4 Ver: Talcott Parsons en George Ritzer, *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill Eds., 1995, pp.113-128.

El segundo punto analizará la estructura organizativa y los principios de su gobierno, el cual pretende una racionalización burocrática moderna, que se plantea objetivos claros, a ser cumplidos por sus departamentos directivo-administrativos: *II. Estructura de gobierno de la población penitenciaria; 2.1. Del gobierno penitenciario, el poder de su Consejo; 2.2. Poder intra-burocrático: rehabilitación conductista, rehabilitación disciplinar, rehabilitación asistencial. 2.3 Conclusión: conductismo, disciplina y asistencialismo.*

La segunda parte: "Disfunción". Si una de las partes no es coherente con el todo, se puede cambiar o refuncionalizar para que el todo conserve su armonía. Si la operación es delicada pueden existir sitios especializados para su reingeniería. No obstante, la conducta anómica, el comportamiento antisocial, no es de exclusividad de individuos criminalizados, no es una enfermedad de la conducta. La violencia que genera el empobrecimiento, el acoso policial, el acoso ciudadano, se revierten al sistema y a cada uno de los sujetos que forman parte de él; en realidad, reproduce más violencia. Violencia que no es excepcional pero que es legitimada en la práctica cotidiana, en los gestos, en los actos de cada uno. Pues, aquí, "la excepción es la norma⁵".

La excepción es constante al Código; en verdad las normas que no están escritas son las que construyen el sentido común de todos: personas privadas de libertad, personal de vigilancia y custodia, funcionarios penitenciarios, policía, voluntarios. En esta parte podremos observar cómo las marcas concretas, de clase, racismo, etnocentrismo, sexismo, son las que guían el Sistema Penitenciario. Los puntos a abordar son: *III. El pueblo penitenciario: su clase y su género, 3.1. Distribución y seguridad en el CRS femenino de Quito: "El Inca": La experiencia de las mujeres; 3.2. Distribución y escala de seguridad en el Ex – penal García Moreno; 3.3. Conclusión; IV. Los guías y la penitencia a) "La primera vez...", b) "Siempre se puede caer..."; 4.2 La disciplina; 4.3. Conclusión: Evaluación; V. Cierre: la rehabilitación es una relación social; 5.1 Recompensas: rebajas y pre-libertades.*

Además de incorporar: Recomendaciones 1. Vulneración económico-política: necesidad de participación, 2. Vulneraciones de género: necesi-

5 Walter Benjamín, "Para una crítica de la violencia y otros ensayos" en *Iluminaciones IV*, Taurus, 1998.

dad de libertad y protección, 3. Vulnerabilidad penitenciaria: necesidad de reparación y amnistía.

El trabajo aquí realizado corresponde a mi experiencia como parte del “Colectivo de Mujeres de Frente, internas y externas en la Cárcel de Mujeres del Inca, así como a muchos años de investigación etnográfica.

Primera parte: Función

1.1. El “otro” rehabilitable: discurso poscolonial de la “Rehabilitación Social”

Art. 11 (Ex: 12).- (Objetivo del sistema penitenciario).- El objetivo que persigue el Sistema Penitenciario es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia⁶.

El párrafo anterior no podría ser más útil y preciso en sintetizar el propósito del Sistema Penitenciario: “rehabilitar”; es decir, promover la “reincorporación” de sujetos a la sociedad más amplia. El propósito es prevenir la afectación del mundo legítimo de los ciudadanos debido a sus hábitos delincuenciales, evitar que reincidan. El código habla de “internos”, de personas que han sido privadas de la libertad, quienes por inducción lógica, al necesitar rehabilitación resultan ser inhábiles sociales. Sin embargo, el sujeto a ser rehabilitado no es definido en su completud, se mantiene como abstracción de lo antisocial, confirma los imaginarios colectivos de fantasmagoría. Hombres que pululan arrebatando los bienes con puñal en mano; mujeres que venden sustancias ilegales para corromper la vitalidad de la juventud; que se esconden en la noche; que acechan tras las esquinas; imágenes que alimentan los miedos sociales; sujetos cuyos rostros aparecen solamente para protagonizar las páginas de crónica roja. Rostros de la diferencia, de la “otredad” fundamental; rostros oscuros de aquello que no quere-

6 Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, 1982.

mos ser, que no debemos ser los ciudadanos ¿Son ellos sólo brotes inesperados de disfunción social?, ¿quiénes son?

Para devolverles su rostro es necesario reconocer la historicidad de los sujetos, hurgar no sólo en sus contextos sino además articularlos al discurso rehabilitador, al discurso criminalizador. Pues el sentido común, las percepciones sociales no emergen de la nada, son resultado de un campo de fuerzas que configura una mirada de temor ante los empobrecidos, ante los precarizados, ante los descampesinizados, ante los sub-proletarizados; esos otros, esos inhábiles, esos antisociales, no-iguales al ego ciudadano que observa, son resultado de una mirada deshumanizadora.

Perspectiva ciudadana que tampoco es mera abstracción sino el intento de pertenencia a un Estado moderno, que ha desarrollado formas de gobierno que buscan racionalizar la sociedad, ubicando a cada sujeto en su lugar. Siguiendo el discurso funcionalista, hablamos de las partes de un todo que conforman un sistema, un orden social. Pero, a diferencia de su creencia en la "homeostasis social", ésta estructura no conforma un mundo armónico en el que los sujetos se adaptan e integran, de manera feliz. Pues a este orden social le rige un sentido común racista, clasista, sexista, etnocéntrico, "poscolonial". Sentido común inscrito en los cuerpos de cada uno "de ellos"; "de nosotros"⁷.

Orden poscolonial dependiente de otros órdenes; sistema poscolonial dependiente de otros sistemas. En un "Tercer Mundo" resultado de relaciones de dominación de larga data histórica, la poscolonia aparece como efecto de esas dependencias, como conjunto de subordinaciones, no meramente económicas sino como pensamiento pos-colonizado que se reactualiza en distintos momentos históricos, que aspira a instituir tipos de gobierno bajo el ideal del ego occidental funcional⁸.

Por supuesto, no se trata de trazar una línea continua desde la colonia española hasta la actualidad —lo cual resultaría tremenda falacia—. No. La crítica poscolonial señala la persistencia de un pensamiento dependiente, "otroizante". Sistema que va creando un "otro", unos "otros" que no se

7 Pierre Bourdieu, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999, pp.170.

8 Santiago Castro Gómez, "Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate: prolegómenos a una crítica poscolonial de la razón", en *Teorías sin disciplina*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998.

adaptan al modelo del individuo medio occidental: hombre blanco, poseedor de propiedad, hombre de familia nuclear y monógama, emblema de los valores que encarnan lo normal, lo ciudadano, sujeto de derechos.

Debido a que el sistema de Rehabilitación Social apunta a la noción de “progreso” y la individuación del “tratamiento”, cabe especificar que no se trata de la construcción de sujetos de derechos. El objetivo es, desde un lenguaje biologicista, que estas “partes del todo” puedan ser observadas como individuos, como especímenes a ser clasificados, de acuerdo al tipo de conducta delincencial, sino observemos el siguiente párrafo:

*Artículo 13 (Ex:14).- (Características del régimen progresivo).- Las características del régimen progresivo son a) individualización del tratamiento; b) La clasificación **biotipológica** delincencial; c) La clasificación de los centros de rehabilitación; y, d) La adecuada utilización de recursos legales en beneficio del interno⁹ (Cursivas y negritas son mías).*

No es de extrañar que la clasificación “biotipológica” coincida con aquellos sujetos que se encuentran en la base social. Es decir, primero se individualiza a los sujetos, se los despoja de sus contextos de vida para clasificarlos de acuerdo a su especie, para ubicarlos en el sitio en el que les corresponde y otorgarles el tratamiento respectivo. Pero, ¿qué significa esto en el contexto de nuestra (pos) modernidad local?

Debido a que la modernidad no constituye un proceso unívoco sino colmado de transformaciones, partir de la definición biotipológica usada por Lombrosio en el s. XIX resulta no sólo anacrónico sino peligroso. Precisamente, la búsqueda anatómica de las características que hacen a una persona un delincuente tiene sus fuentes en una antropología racista, que se dedicaba a encontrar las cualidades del mal en las “razas inferiores” de los territorios sujetos a colonización. De ahí que la fisonomía del “malhechor” coincida con los rostros de los primitivos, sin desarrollo moral alguno¹⁰.

9 Código de Ejecución de Penas... *op.cit.*

10 Verónica Da Re y Sandra Marecci, *La antropología criminal de Lombrosio como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal*, Buenos Aires, Dirección General de Cultura y Educación, 2007.

Ésta era una antropología de corte evolucionista, que trazaba la existencia de razas humanas, más y menos superiores e inferiores, no sólo anatómicamente sino que además les adjudicaba categorías morales de corrupción y perversión. Ideológicamente hablando, éste era un argumento más, uno de los tantos que justificaban la dominación de unos pueblos sobre otros, su misión de encaminarnos hacia el bien y la civilidad. Éstas son formas de pensar que perviven y que asumen el sistema de dominación como conjunto de problemas relacionados con la inferioridad biotipológica, o sea racial¹¹. No obstante, no se trata de que estos tipos humanos puedan transformarse en sujetos de derechos para ser incluidos en términos de igualdad a la sociedad de los ciudadanos civilizados. Por ello, deben ser adiestrados, capacitados para ocupar su lugar en la estructura, para mantener el orden social, no debemos olvidar que la mayoría de personas privadas de libertad son subproletarios, descampesinizados. Eso es la rehabilitación social como régimen progresivo.

Eso aquí donde cabe cuestionarse si las nociones usadas por el Estado responden a un sentido común construido mediante la reiteración de imágenes de seres humanos del "tercer mundo" y sus razas inferiores asociadas a comportamientos delincuenciales. Experimentos "científicos" encaminados a obtener resultados que ubican fenotipos específicos con comportamientos sociales tratados de anómalos¹².

Por supuesto, una de las herencias de la pos-colonialidad es la fina sensibilidad ante los diminutos matices de coloración de la piel, lo que Rivera¹³ llama "pigmentocracia". Ser negro, indio, cholo, longo, cada una de sus gradaciones y sub-gradaciones ayudan a la ubicación de los sujetos en la escala social. La clase social en la América andina no sólo es una construcción de índole económica que empuja a determinados sujetos a ocupar sitios de empobrecimiento o privilegio sino que, además, forma parte de un orden racializado, de dominación étnico-cultural internalizada.

Si observamos los resultados del último censo penitenciario (2008), en lo referente a la caracterización social y demográfica, el 18 por ciento iden-

11 Eugenio Zaffaroni, *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 1988.

12 *Ibidem.*, 1998; Deborah Poole, *Visión, raza y modernidad*, Lima, Ed. Sur, 1997.

13 Silvia Rivera Cusicanqui, *Trabajo de mujeres: explotación capitalista y opresión colonial entre migrantes aymaras de La Paz y El Alto*, La Paz, Ed. Mama Huaco, 1991.

tifica su afrodescendencia (10% negro y 8% mulato), comparando estos datos con el total de la población ecuatoriana que identifica un 10 por ciento de afrodescendientes¹⁴, podemos concluir que tal porcentaje no es sólo representativo sino que, además, duplica la distribución racial asignada nacionalmente.

Sin embargo, los resultados del censo penitenciario (75%) al igual que los del censo poblacional indican un alto índice de blanco-mestizos, en un país de múltiples mezclas en que lo cholo, lo longo-mestizo predomina. Entonces, tal índice señala que las estadísticas no necesariamente develan sino que pueden encubrir los sentidos de la realidad¹⁵. El mestizaje en sus gradaciones hacia lo indio o lo negro puede involucrar relaciones de dominación y subordinación; para el caso ecuatoriano, el mestizaje, como modelo de ciudadanía, puede ser utilizado como estrategia de blanqueamiento, pues nadie quiere formar parte del grupo de los oprimidos¹⁶.

Este intento de dominación fenotípica, “biotipológica”, posee matices distintos; la biotipología puede ser reemplazada por maneras, por formas culturales más civilizadas que pueden llegar a blanquear la humanidad de los individuos. Lo que significa que “la moral y las buenas costumbres” pueden servir para insertarse en el orden social de manera adecuada, pero también apunta a la existencia de un sistema de opresión cultural. En realidad, la poscolonialidad implica el etnocentrismo incorporado no sólo en los dominantes sino también en las percepciones de los subordinados. Es decir, ser blanco o “blanqueado” es considerado mejor no sólo fenotípicamente sino como valor estético, como capacidad de inteligencia, como cualidad moral.

Bajo esta pigmentocracia moral, resulta lógico que a quienes no se han adaptado de manera óptima al orden social, les sea adjudicado el estereotipo de lo delincencial, pues han renegado de las tareas adjudicadas, probablemente de servicio productivo para aquellos bien ubicados dentro de la misma estructura. De ahí que, la vagancia sea reconocida como un mal social, mal al que el sentido común de la dominación le adjudica un color de la piel, que luego se transformará en la marca corporal de lo ilegal.

14 SIISE, 2005.

15 Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza editorial, 2001.

16 Andrés Guerrero, *De sujetos indios a ciudadanos étnicos: de la manifestación de 1961 al levantamiento indígena de 1990*, 1999.

Desafortunadamente, el racismo y el etnocentrismo están hechos de pequeños gestos, en ocasiones inasibles, impronunciables más que como sensación.

Que el CEP y RS defina el régimen progresivo tomando como principio una clasificación biotipológica, significa que su principio no se despega de nociones básicas de un sentido común racista sobre aquellos que ha denominado delincuentes. La administración de la población penitenciaria se encuadra en una sociabilidad dominada por un mundo blanco-mestizo y masculino que les "impone a su vez un sello de desprecio, manipulación y negación¹⁷".

Sin embargo, el discrimen no sólo realiza micro-diferenciaciones "biotipológicas" que acentúan las diferenciaciones de clase, raza y etnia sino que, además, ejerce, se vuelve ojo ciego frente a las especificidades sexuales. En ese sentido, se trata del desconocimiento de las distinciones hombre-mujer u otra orientación sexual, omisión grave si tomamos en cuenta que los índices de criminalización femenina han aumentado considerablemente desde los años 80. Vacío que nos indica la presencia de una mirada androcéntrica en el Código del pueblo penitenciario, que si bien intenta una rehabilitación-castigo individualizado, se olvida de los contextos sociales, propios de cada género.

Lo grave del desconocimiento de la realidad de las personas privadas de libertad, es su proceso de descontextualización, la que los transforma en especímenes humanos, irónicamente es la abstracción de las condiciones materiales de existencia lo que le presta científicidad biológica al Código de Ejecución de Penas. Precisamente, es esa neutralidad supuestamente liberada de emociones la que nos permite afirmar que el Estado se maneja bajo una mirada y un lenguaje masculinos, coartados de la expresión de emociones. Poder masculino del Estado, intangible, excepto cuando es expresado como violencia física, discriminación u otras formas de opresión explícita.

Regresando al concepto de "gubernamentalidad" propuesto por Foucault¹⁸ y si observamos las formas, medios y mecanismos de administración y control de la población penitenciaria, nos podemos dar cuenta que su funcionamiento deshumaniza a los sujetos volviéndolos dato, estadística,

17 Silvia Rivera Cusicanqui, *Trabajo de mujeres: explotación capitalista...* op.cit., pp.4-5.

18 Michel Foucault, "La gubernamentalidad", op.cit.

índice, expediente, “soma medible”, despojándolos de sus características socio-afectivas más básicas. Así, en el Art. 42 del CEP y RS (2008), se señala un “expediente estandarizado” que debe contener:

a) Datos estadísticos; b) Resumen procesal; c) Investigación socio-familiar; d) Estudio somatométrico y antropológico; e) Estudio medio; f) Estudio psicológico y psiquiátrico; g) Estudio del delito; y, h) Índice de peligrosidad. Lo dispuesto en las letras g) y h) no se aplicará a los internos sobre quienes no pese la sentencia firme (cursivas y negritas son mías).

Por lo general, la ocupación, el sexo, los datos registrados -en los muchos expedientes de la institución penitenciaria- no sirven para la recontextualización de la situación de vulnerabilidad social de la que provienen las personas privadas de libertad. El propósito es su control y regulación, el buen gobierno de la institución. Es decir, la noción de “buena vida” no forma parte del horizonte de posibilidades del sistema, pues el reconocimiento de las potencialidades de las personas es inexistente, quizá porque ello significaría repensar la noción de aislamiento social y castigo como rehabilitación. No debemos olvidar que el androcentrismo es una mirada que se ejerce desde arriba, que no pregunta a quienes sujeta.

No obstante, este Estado androcéntrico, clasista y racista no ejerce control total, soberanía sobre sí mismo; en la realidad, forma parte de una cadena en la que, también, constituye, un “otro” subordinado. El CEP y RS está atravesado por un poder más global, transnacional, como lo señalan las excepciones estipuladas en el segundo párrafo de su artículo 38:

La persona que entre con orden de detención y contra quien no se haya emitido orden de prisión preventiva dentro de las 24 horas subsiguientes, será inmediatamente puesta en libertad por el director, quien notificará de este hecho al juez respectivo. Esta disposición no se aplicará a las infracciones contempladas en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (cursiva y negritas son mías).

Son este tipo de excepciones las que vuelven concreto el proceso de poscolonialidad, la emergencia de un derecho subalterno y, por tanto, de una política pública subordinada a poderes transnacionales, en este caso los

Estados Unidos, con quien se ha firmado el APTA¹⁹ para llevar a cabo el combate antidrogas. Tomando en cuenta que según el último censo penitenciario (2008) el 71 por ciento de mujeres son tomadas prisioneras por este tipo de delitos, el CEP y RS discriminaría a la mayoría de ellas. Lo cual significa una grave violación a sus derechos.

La poscolonialidad se vuelve explícita cuando el Estado cede ante la política transnacional en detrimento de su población. Esta grave situación se expresa en un 45 por ciento de presos y presas sin sentencia, es decir personas que tienen que probar su libertad desde el encarcelamiento, en su mayoría por delitos de narcotráfico como lo sostiene al censo penitenciario (2008). He ahí cómo se vincula el gobierno de las cárceles a la nación y al despojo del derecho, he ahí la construcción del sentido común pos-colonial, dependiente.

1.2. **Rehabilitación como tratamiento a la enfermedad de lo "antisocial".**

Pero, no sólo el CEP y RS gobierna sectores de la población resultado de un proceso de empobrecimiento y discrimen de larga data histórica, además presume que estas personas sufren una enfermedad social. En realidad, la noción de "rehabilitación" es un concepto médico utilizado por la fisioterapia, cuyo tratamiento se aplica a personas con lesiones corporales o discapacidades físicas. Si pensamos en los fundamentos racistas del código, existe una coincidencia en la necesidad de rehabilitación biológica pero ésta vez asociada a la conducta disfuncional, antisocial.

Antisocial es el individuo que no calza, que no posee un lugar en la estructura social dada, quien que no funciona cómo debería, quien no cumple su tarea, quien ejecuta una conducta no prevista, fuera de la norma, quien no se adapta. La cárcel es un laboratorio de conductas en el que se experimenta su remodelación, su reformación, su reingeniería, para ver si el

19 El narcotráfico es considerado delito internacional. El apoyo mutuo en el combate al narcotráfico hace que el país del norte permita la concesión de préstamos o apoyos financieros, pero que de incumplirse, puede significar graves sanciones comerciales o arancelarias. Así, nuestro país pone a su disposición sus servicios de coerción legítima; utiliza los mecanismos de su soberanía interna para la persecución de un delito importante para la otra nación, lo penaliza casa adentro.

individuo logra calzar, adaptarse. Conducta es el buen o mal cumplimiento de una función; comportamiento es el modo en que se lo hace, de buena o mala manera.

La prisión es resultado de una lógica científicista de la sociedad, construida para la observación de la conducta anómala, para analizar su hábitat ecológico, el paisaje en el cual se desenvuelve su dinamismo, que influye en el cometimiento del delito. En teoría, espacio liberado de relaciones de poder, de emociones. Su metodología define una serie de pasos: Estudia para diagnosticar; analiza y observa para pronosticar, y para, finalmente, ubicar los sujetos ilegales en su lugar. Miremos el **artículo 15** del CEP y RS (1982). Cual especímenes biológicos su hábitat ecológico debe ser estudiado:

- a) *Diagnóstico: 1. Estudio del delito; 2. Estudio socio-familiar y ecológico; 3. Estudio médico y psicológico; 4. Definición del mecanismo criminodinámico; 5. Definición del índice de peligrosidad* (Cursivas y negritas son mías).

El literal anterior desarrolla los pasos de una teoría conductual que relaciona variables del entorno familiar, social, ecológico con la dinámica del acto criminal. Punto de vista que busca observar “el acto en su contexto²⁰”. No obstante, el “contexto” del que se habla, aparece como una cadena de conductas que rodean a la persona delincuente. Es decir, si una persona crece en un entorno delincencial desarrollará una conducta o comportamiento delincencial, sobre todo si se toma en cuenta que algunas personas privadas de la libertad tienen algún pariente preso o se desenvuelven en ambientes de ilegalidad.

Hasta aquí, la psicología conductista parecería decirnos: la conducta se aprende en su entorno ecológico. Sin embargo, el conductismo funcionalista no menciona que ese contexto social ofrece un horizonte limitado de posibilidades; que, el contexto, no es sólo conjunto de conductas sino el resultado de relaciones de poder intensas. La familia tanto como los amores, el Estado y un sistema transnacional hacen posible la persistencia de condiciones materiales de vida precarizadas, sancionadas.

20 George Mead, en George Ritzer, *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill Eds., 1995.

Consideremos la conducta ilegalizada del tráfico de drogas; 71 por ciento de las mujeres está acusada de este delito, sin embargo "ellas" no son sólo individuos "mal portados", también son madres, cabezas de familia, hijas, hermanas, novias, cómplices subordinadas de sus parejas. Su nicho puede ser el pequeño "paqueteo": venta al menudeo, la sobrevivencia circunstancial, no obstante, sus vidas se hallan sobredeterminadas por unas políticas internacionales obsesionadas con el "combate al narcotráfico", desechando sus contextos de vulnerabilidad.

Lo importante es ir más allá de la psicología conductista, de manera que la persona no sea vista como manojito de conductas sino como sujeto en relación con sus circunstancias. Es decir, la subjetividad ilegal de esta persona no es una patología de lo antisocial, no se trata de las características disfuncionales de un individuo de la especie, sino de un mundo que ofrece un horizonte de posibilidades escaso, frecuentemente, miserable. Cabe preguntarse, ¿si la sociedad es la enferma?

Es muy distinto sostener que los niños son malos porque sus padres son malos, a mostrar, el desamparo, la falta de oportunidades, los malestares sociales de los que somos corresponsables. La voluntad individual existe pero siempre a medida de las circunstancias; la prisión es en sí un universo de violencia, que se ejerce desde arriba, desde lo omnipotente del poder hacia abajo, hacia las y los subordinados. Violencia que, también, ocurre entre pares, de forma horizontal como efecto de la violencia vertical de la que se halla hecha la misma estructura social.

Violencia estructural que resulta peligrosa porque conforma un sentido común hecho de indiferencia. Violencia estructural percibida como cualidad innata, constitutiva del individuo subordinado, característica de la persona anómala. Bajo estos parámetros, la enfermedad social de la delincuencia es directamente proporcional al nivel de adaptación del individuo a la sociedad. No hay cuestionamiento al statu-quo, en absoluto.

De alguna manera, los Centros de Rehabilitación Social pretenden ser clínicas de conducta en las que se aplica un tratamiento, el cual se basa en un régimen progresivo; el tipo de conducta observado y analizado puede avanzar o retroceder. La adaptación a la penitencia es la medida del sistema; sistema progresivo que busca remodelar la conducta a partir de dosis de aislamiento, mayor encierro como castigo, así como de

libertad como recompensa. Miremos el literal b) del artículo anteriormente citado:

- b) *Pronóstico: 1. Establecimiento de las escalas de peligrosidad en base al índice de adaptación para la progresión en el sistema*²¹.

Subiendo por la escala de peligrosidad, se delinearán perfiles de sujetos débiles, manipulables, que se dejan “inducir” al crimen por otros; así se vuelve evidente, obvia, la patología social de la inadaptación. Miremos el literal c) del mismo artículo, que ubica a los sujetos por su peligrosidad, designándoles un lugar en la gama de anomalías o patologías conductuales:

- c) *Ubicación: poblacional en base a la siguiente clasificación biotipológica: 1. Por estructura normal; 2. Por inducción; 3. Por inadaptación; 4. Por hipoevolución estructural; y, 5. Por sicopatía*²² (Cursivas y negritas son mías).

A estos sujetos manipulables, inducibles, desadaptados, enfermos, se les administrará dosis de aislamiento, lo que cumplirá la tarea, fundamentalísima, de desubicarlos, de despojarlos del control de su propia experiencia vital, de disciplinarlos. Este proceso de individuación busca implementar una tecnología de la conducta, su reingeniería, bajo cuyo marco lógico, su voluntad sería transformada en obediencia al sistema; así se lograría reducir su voluntad al mínimo, pasivizarlos. Así se establecen taxonomías de comportamientos peligrosos:

Art. 20 (Ex: 21).- *Ubicación de los internos: “a) De seguridad máxima, en las cuales primará el aislamiento, la disciplina y la custodia. b) De seguridad media, en las cuales primará el trabajo y la educación y c) De seguridad mínima, en las cuales primará el trabajo y la autoconciencia*²³ (Cursivas y negritas son mías).

²¹ *Ibidem.*, 1982.

²² *Ibidem.*, 1982.

²³ *Ibidem.*, 1982.

A mayor peligrosidad, mayor vigilancia, mayor aislamiento, mayor rigurosidad disciplinaria parecería ser la fórmula. Es decir, la conducta y el entorno estarían regulados mediante grados de disciplina y control, de manera que los hábitos de internos e internas puedan ser previamente programados, marcados por una dinámica externa, en la cual la única posibilidad de elección es la adaptación. Aquí, cabe preguntarse ¿qué ocurre con el espíritu humano, con su voluntad, cuando no logra adaptarse al sistema, pero también cuando lo consigue?

La psicología conductista es fundamentalmente experimental, observa el conjunto de conductas, la dinámica del acto ilegal para predecir probabilidades, pero también para redirigir comportamientos. En ese sentido, los centros de internamiento o rehabilitación social permitirían la creación de un nuevo contexto, el encierro como control de variables; esto con el propósito de aplicar tratamiento a la conducta asocial de los "pacientes". Por ello, no sólo es necesario establecer biotipologías de "antisociales" sino, sobre todo, dosis adecuadas de castigo y recompensa para la corrección de sus conductas.

Desde este punto de vista, el principio de la Rehabilitación Social constituiría "el desarraigo de los hábitos nocivos del individuo, así como de su comportamiento indeseable, para lo cual se debe adiestrar al paciente para sustituir los "malos hábitos por reacciones más constructivas". En ese sentido, la ubicación de los sujetos permitiría el tratamiento correcto de acuerdo a la escala de peligrosidad establecida con anterioridad.

Pero, realmente, ¿es posible controlar las variables del entorno? Y de ser así, ¿qué tipo de entorno es el creado?, ¿qué ocurre cuando el sistema se equivoca y el sujeto definido peligroso en realidad no lo es²⁴?

1.3. Conclusión: la función vuelta código

Si la función es el desempeño de una conducta realizada en el recorrido de un trayecto de la estructura social, entonces el Código de Ejecución de

24 Regresemos a los casos de mujeres condenadas por narcotráfico -71% de la población penitenciaria femenina-, bajo las tipificaciones de ley este es un delito de alta peligrosidad, por tanto deberían ser sometidas a este tipo de régimen (Censo Penitenciario, 2008). Esta es una de las paradojas del sistema.

Penas y Rehabilitación Social es la norma que define tal conducta. Lo importante aquí son las convenciones, el régimen del gesto, para ello se debe reglamentar todos los posibles aspectos de la vida. Es decir, el Código define los contornos de una cotidianidad sobre-reglamentada, en la que el control social sobredetermina el espacio, el tiempo.

El asunto es grave, pues el CEP y RS condensa no sólo los efectos del Estado sobre una población criminalizada sino que, además, nos muestra el tipo de pacto social existente entre nación y Estado. Poscolonialidad extendida que legitima una ley etnocentrista, de discriminación racial, en el más estricto sentido; micro-terapia de la conducta que castiga a los sujetos más vulnerables, situados en la base de la escala social.

En el experimento de creación de laboratorios de conducta humana, se ponen a prueba un conjunto de reglas, a través de las cuales debe funcionar un grupo humano; individuos que han de ser despojados de su propia voluntad para ser sujetos de una voluntad institucional. Sujetos cuya desherencia los habilita sólo para ocupar los cargos bajos, de servicio. Nación desadaptada que debe ser estudiada y analizada, constantemente, cuya soberanía, cuya libertad personal está en las manos del gobierno, del Estado.

II. Estructura del gobierno

*A veces me da la impresión de que se sientan en una mesa
y hacen un diseño para crear caos en las cárceles
y provocar que se den estas situaciones ¡a propósito!*

(Testimonio de lidereza de la cárcel del Inca, a propósito de los motines
carcelarios)²⁵.

De acuerdo al testimonio citado, para las personas privadas de libertad, el gobierno de la rehabilitación social es “lo que está arriba”, aquello inalcanzable que tiene en sus manos el control de los destinos de todos; uno de

²⁵ En Lisset Coba, *Motín y amores en la cárcel de mujeres del Inca*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de maestría, 2004.

los problemas fundamentales es su apariencia omnipotente, su forma abstracta e inasible.

La terapia conductual codificada para la población carcelaria en el CEP y RS no puede ser aplicada sin la existencia de actores concretos, pues una política administrativa para el ejercicio de su gobierno, no puede funcionar sin un sistema burocrático. Es decir, para que las patologías sociales de la delincuencia sean aisladas y concentradas en un espacio, se requiere de un cuadro de autoridades específicas que se encarguen del funcionamiento de cada uno de sus segmentos.

El cuerpo del gobierno penitenciario es piramidal, lo conforma el "Consejo" que define su línea política, su presidente posee la más alta investidura; en el segundo segmento al mando, el Director Nacional ejecuta las disposiciones del Consejo. Bajo sus órdenes están asesores y direcciones departamentales. En el tercer segmento se ubican los centros de rehabilitación social, de detención provisional, casas de confianza y sus equipos administrativos, de custodia y de vigilancia.

2.1. El poder de su Consejo

El gobierno penitenciario posee un nivel superior de poder: "El Consejo Nacional de Rehabilitación Social", reunión de notables, autoridades importantes del Estado que delinear la política seguir, según el Título II, Cap. I, del CEP y RS (1982), en el siguiente artículo:

*Art. 3 (Ex: 3).- El Consejo Nacional de Rehabilitación, es un organismo del sector público cuyo objetivo es la **determinación de la política penitenciaria**, con el propósito de **obtener la rehabilitación integral de los internos y la adecuada administración de los centros de rehabilitación social** (cursivas y negritas son mías).*

El Art.5, literales de a) a g), señala sus atribuciones y deberes: definir y establecer la política penitenciaria; aprobar y someter a consideración del Presidente de la República la aplicación de este Código; proponer sus reformas; conocer y aprobar programas de acción de la DNRS; elaborar proformas presupuestarias; designar al Director Nacional de Rehabilitación

Social; nombrar jefes departamentales y directores de centros de rehabilitación, sancionarlos; crear subdirecciones regionales y centros de rehabilitación social, así como unidades especiales de detención y tratamiento; autorizar al director nacional la adquisición, construcción y mantenimiento de estos locales; resolver las apelaciones de los internos; absolver consultas de organismos de dependencia; planificar programas de asistencia y auxilio para los internos; conceder certificados de rehabilitación social integral.

Conjugado en infinitivo, el carácter del CEP y RS es enumerativo, indefinido, de manera que sus atribuciones y deberes son facultativas, es decir no especifica cuál es la línea política del gobierno de la población penitenciaria, cuáles son sus principios. Podríamos considerar el Código como una gran forma a la que se le dará contenido, de acuerdo a los intereses ideológicos del régimen vigente, lo cual no es completamente acertados, pues sus fundamentos teóricos se encargan de pre-definir sus contornos. Es decir, esta forma posee en sí un carácter particular, no debe leerse sola sino en articulación a la política disciplinar, a la psicología conductista esparcida a lo largo del Código. Precisamente, su discrecionalidad protege al statu-quo, ya que el trazo de límites lo realiza la misma autoridad. En realidad, no hay contra-peso ideológico o es muy inequitativo. A continuación, veamos su conformación:

Capítulo I, Título II del CEP y RS (1982):

Art. 4 (Ex: 4).- El Consejo Nacional de Rehabilitación Social estará integrado por los siguientes miembros:

- a) El Ministro Fiscal General del Estado o el Ministro Fiscal subrogante, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;*
- b) El Ministro de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades o su delegado;*
- c) Un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, perteneciente a una sala de lo penal;*
- d) El defensor del pueblo;*
- e) El Director del Instituto de Criminología de una de las universidades del país, legalmente reconocidas por el CONESUP.*
- f) El presidente de la Federación Nacional de Servidores Públicos de Rehabilitación Social; y,*
- g) El Director Nacional del SECAP.*

Actuará como Secretario Ejecutivo del Consejo, el Director Nacional de Rehabilitación Social, quien además, ejercerá la representación legal y judicial de la entidad. El Consejo se reunirá, por lo menos, una vez al mes y podrá sesionar con tres de sus miembros. Sus decisiones las adoptará la mayoría (cursivas son mías)²⁶.

El acusador, el representante máximo de las fuerzas del orden, el juez más alto, el abogado, el estudioso de la conducta criminal, el representante de los servidores públicos (entre los que se encuentran guías penitenciarios y evaluadores de la conducta), el capacitador en oficios y servicios. Como podemos observar en el artículo anterior, el Consejo del gobierno penitenciario –CNRS– está hecho de las más altas autoridades del Estado, sobre todo de aquellas que tienen que ver con el Ministerio de Gobierno y el Poder Judicial. En ese sentido, la inculpación, la vigilancia, el estudio y la administración de la población ilegal, dominan el campo de fuerzas. La única voz en favor de internos e internas parecería ser la del defensor del pueblo, sin embargo su función es más cercana a la del arbitraje de la situación.

Las relaciones de poder no son sólo desiguales, el CNRS conforma un equipo, casi unificado, de control social del Estado. El tipo de autoridades seleccionadas sólo confirma la línea de pensamiento del CEP y RS, concibe a las personas privadas de libertad como delincuentes esenciales. En el mejor de los casos, les considera individuos a ser refuncionalizados mediante la reingeniería de su conducta, su capacitación para cumplir roles subordinados como el de artesanos u oficiales de servicio; lo cual significa que su humanidad no es entendida más allá de su criminalización. De ahí que el

26 En julio del 2008, este artículo fue sustituido por el Art. 1 de la Ley sin nombre R.O. 393-2S, VII-2008, en el que se menciona una nueva conformación del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, en el cual sus miembros con derecho a voto serán los ministros de Estado de las carteras de Justicia y Derechos humanos o su delegado (quien lo presidirá y tendrá voto dirimente); el ministro de salud o su delegado; el ministro de Trabajo o su delegado; el ministro de educación o su delegado; el Defensor del Pueblo o su delegado. Miembros con derecho a voto solamente son el delegado del Ministerio público y el delegado de la Función Judicial. Actuará como Secretario Ejecutivo del Consejo, el Director Nacional de Rehabilitación Social. El consejo se reunirá por lo menos dos veces al mes (Ver artículo mencionado).

Si bien la nueva conformación del Consejo es más favorable a las y los internos, la distancia y el acceso de las autoridades a la población carcelaria se mantiene.

Consejo, ni siquiera haya un representante de organizaciones de derechos humanos -teniendo en cuenta que las cárceles son conocidas como caldo de cultivo para este tipo de violaciones- o del Ministerio de Inclusión Social, que en algo reconozca la precariedad de origen de la mayoría de la población penitenciaria.

Aunque suene descabellado, lo más espinoso de todo esto es que la población penitenciaria no posee espacios de representación propia ante el Consejo. Uno de los argumentos en contra podría ser la supuesta peligrosidad de los presos, sin embargo, a favor podríamos argumentar su conocimiento de la realidad penitenciaria. El reconocimiento de la vulnerabilidad de su humanidad es el origen de su derecho.

A este nivel, la conformación del Consejo apunta a la declaración de inhabilidad política de las personas privadas de libertad. Si bien existen comités de internos, éstos son refuncionalizados para que cumplan con las actividades designadas por el sistema, son absorbidos, sin si siquiera ser reconocidos como voceros oficiales. Éste es un hecho gravísimo, pues si seguimos la línea de pensamiento de Arendt²⁷, el despojo de la cualidad política deshumaniza a las personas, las vuelve mera carne viviente cuyo único derecho es la sobrevivencia. Precisamente, la habilidad política reconoce sujetos con voluntad, con capacidad de acción, con capacidad de decisión, de soberanía ética. Como sostiene Arendt: *“La libertad es la causa de que los hombres vivan juntos en una organización política. Sin ella, la vida política como tal no tendría sentido”*²⁸.

No obstante, en una sociedad poscolonial de fracturas profundas, el desconocimiento político es un hecho cotidiano, trasciende el encarcelamiento, consecuencia de una estructura de empobrecimiento histórico, constante. Si algo de concreto tiene la privación de la libertad es la enajenación de los espacios públicos, de participación política, de deliberación sobre su propia suerte.

Otro castigo que recae sobre presas y presos, es hacer como si el sistema fuese desideologizado y neutral, como si las relaciones humanas, de poder entre sus miembros no existiesen. No debemos perder de vista que el signi-

27 Hannah Arendt, *La condición humana*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.

28 *Ibidem.*, 1993, p.13.

ficado de la rehabilitación social se esparce por la estructura del gobierno penitenciario, que promueve la disciplina y la obediencia frente a la reflexividad crítica que implica la acción política.

El descrédito, la cesión de la acción política ante las fuerzas del orden social, delinean los contornos de la cárcel como institución total, o mejor dicho totalitaria. ¿Cómo sino explicar la profunda escisión entre la población como base de la estructura y el distante Consejo director? En términos rehabilitadores: ¿Cómo se espera que los y las "antisociales" logren desarrollar sus habilidades políticas, si las instancias de máxima decisión son inalcanzables para la mayoría?

Los principios democráticos de "igualdad" son violados al unísono, pues la discriminación por nacimiento, sexo, raza, edad, nacionalidad, idioma, religión, credo político, origen, estrato social y capacidad económica, estipulada en el reglamento de la misma DNRS²⁹ se concentran en un solo hecho, el pasado o, mejor dicho, el presente judicial.

Sin embargo, no sólo las figuras masculinas dominan la escena; la mirada androcéntrica, rígida, vertical, deshumanizadora es el principio que rige la vista ciega dirigida a los que están abajo. En prisión, las diferencias sociales se combinan y se transforman en distintos tipos de desventajas situacionales. Por ejemplo, la ventaja de haber nacido en el primer mundo se transforma en desventaja, pues la privación de la libertad consiste en la imposibilidad de mantener lazos familiares cercanos.

La ecuación resulta lógica, el Consejo es una reunión de notables representantes del statu-quo que guían el horizonte de posibilidades del preso o la presa; es la mayor institución de justicia a nivel penitenciario. Aquí la subjetividad de los y las encerradas está ausente, el espacio para la abogacía es estrecho, peor aún para la participación directa. Cuando la razón argumentativa no es dialogante, el totalitarismo es la base de la política real. Participación para presos y presas, podría sonar ridículo, no obstante, siguiendo a Arendt³⁰:

29 Ver Reglamento para el manejo de los Centros de Seguridad Máxima.

30 Hannah Arendt, *La condición humana*, *op.cit.*

el totalitarismo es, en suma, un monumental atentado contra la libertad humana, la cual es un atributo esencialmente político, y no meramente una característica de la voluntad. La libertad es libertad entre los hombres, libertad cuyo sentido sólo se alcanza, en ese espacio interesado que es la esfera pública de aparición y de pluralidad. ... en su vocación de dominación, el totalitarismo impide, en su misma raíz, un nuevo comienzo en el hombre.

El Consejo actúa bajo la lógica de una racionalidad instrumental, no es un espacio para el diálogo con los/las afectadas sino sobre ellos/ellas, para nuevos enjuiciamientos. La mirada androcéntrica parecería dominarlo todo, define los contornos de la moralidad, los principios de “las buenas costumbres”.

2.2. Poder intra-burocrático: conductismo, disciplina y asistencia social

La Dirección Nacional de Rehabilitación Social, a cargo de su Director, tiene como obligaciones: la representación judicial y extrajudicial de la DNRS; nombrar y sancionar funcionarios; ordenar la distribución poblacional y el traslado de internos; conocer y resolver, en segunda instancia, las resoluciones de los directores de los centros de rehabilitación; dirigir las funciones técnicas, administrativas y financieras de la institución; elaborar los proyectos de reglamentos internos de los CRS, entre otras³¹.

Para el buen funcionamiento de la DNRS están los asesores en comunicación, planificación, capacitación; también, el área de apoyo administrativo con directores administrativo, financiero, de construcciones, informática; un nivel operativo con direcciones de diagnóstico y ubicación, así como de tratamiento y salud. Además del cuerpo de seguridad y vigilancia como órgano especializado de la DNRS.

No obstante, los fundamentos filosóficos del CEP y RS (1982) nos muestran perspectivas de rehabilitación social especializadas; veámoslo en las medidas para la evaluación de la conducta:

31 Ver Reglamento sustitutivo del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, 2001.

Art. 6. La conducta evaluable de los internos comprenderá:

- a) La disciplina,*
- b) El comportamiento; y,*
- c) El interés por la rehabilitación.*

Disciplina, comportamiento, interés por transformarse en hábil social son parámetros que persiguen perspectivas distintas de rehabilitación social: disciplinar, comportamental, asistencialista, respectivamente:

a) Rehabilitación disciplinar

Bajo un régimen de internamiento total, las variables conductuales deben ser controladas, en pequeños trayectos, normadas constantemente. La implementación de un reglamento disciplinar es necesario tanto para pacientes antisociales como para aquellos que controlan el ejercicio de las buenas prácticas, el tratamiento. Miremos el reglamento del cuerpo de seguridad y vigilancia de la DNRS, CRS, CDPs y casas de confianza:

Disciplina: Es la actitud individual o colectiva que asegura una pronta obediencia a las órdenes, y la iniciación de una acción apropiada en ausencia de órdenes...

Obediencia: Consiste en el cumplimiento estricto de las órdenes y disposiciones legales emanadas por el superior³² (Cursivas son mías).

La noción de disciplina se articula de forma directa a la obediencia, al cumplimiento de órdenes; define deferencias y saludos de forma estricta; tiene que ver con la instrucción severa del cuerpo, con la masculinidad del oficial, inculcada a través del dolor y el castigo. La disciplina se inculca a través de entrenamientos físicos como pequeños repasos de actos de valor. La psicología de la conducta mínima domina la dirección de la disciplina, se vuelve prescripción, "deber ser", modelo de vida que las fuerzas físicas del orden ayudan a conservar, obediencia a las órdenes del superior.

Este tipo de rehabilitación es profundamente jerárquico, el orden social piramidal debe mantenerse bajo el mayor de los cuidados. Así la disciplina

³² Reglamento del cuerpo de Seguridad y Vigilancia de la DNRS, CRSs, CDPs y CCs, 2007.

se vuelve una característica del espíritu del buen servidor, cuyo ideal es el cuerpo masculino bien ejercitado.

b) Rehabilitación conductista

La conducta abarca un trayecto más largo y complejo que la disciplina, es la medida del nivel de adaptación de internos e internas al sistema penitenciario, es el buen comportamiento, el respeto de las jerarquías; el desacato puede constituir uno de los puntos más neurálgicos. Observemos la referencia a la Conducta y la Disciplina:

*Art. 3.- Se entenderá por **conducta** el modo de proceder del interno, de regir su vida, el desarrollo de las acciones y el comportamiento observado por los internos durante su internamiento, en relación con el medio social circundante, el ordenamiento jurídico vigente, el reconocimiento de valores éticos, morales y de buenas costumbres.*

*Art. 4.- Se entenderá por **disciplina** la observancia de las leyes, reglamentos, instructivos y disposiciones administrativas que rigen a los CDPs y CRS del país³³.*

La psicología de la conducta busca diagnosticar, evaluar, examinar, calificar a los internos; terapia de la “corrección” que profundiza en los aspectos más sensibles del comportamiento. Debido a que la gente privada de libertad es considerada enferma, posee malos hábitos, una deformación de la conducta, un entorno sano y una disciplina constante ayudan a reformar la conducta.

En entrevista con una psicóloga carcelaria³⁴, quien definía la conducta como una de “las características del individuo³⁵”, observadas en todas sus actividades cotidianas como su propio cuidado de la salud, la preocupación por educarse, por obtener trabajo, el mejoramiento de sus relaciones familiares. Cualidades, que de cumplirse, indican que el tratamiento de privación de la libertad habrá surtido efecto y el o la interna habrán progresado; la regresión del tratamiento implica la reincidencia.

³³ *Ibidem*, 2007.

³⁴ Psicóloga carcelaria que decidió permanecer anónima.

³⁵ Ver Lisset Coba, *Motín y amores en la cárcel de mujeres del Inca*, op.cit.

c) *Rehabilitación asistencial*

De existir una defensora del pueblo penitenciario esa debe ser la trabajadora social, –lo digo en femenino, pues la mayoría de profesionales de esta rama son mujeres–. Es ella quien visita el entorno familiar, es quien sabe de la situación de los hijos, la madre, el cónyuge de los internos, es quien sabe sobre sus necesidades. También, asisten a los reclusos, distribuyen las donaciones, influyen en los programas de trabajo, en las embajadas, en las actividades de voluntariado; su tarea es apelar a la beneficencia pública y privada. A más de la elaboración y diseño de programas, investigación del entorno social, información técnica, interceden en la agilización de trámites entre los distintos departamentos; son ellas las intermediarias entre los/las internas y el departamento de Tratamiento. También tratan las peticiones individuales y colectivas; su función es de enlace con los funcionarios.

Mientras el psicólogo observa el individuo en su entorno de aprendizaje, la trabajadora social se articula personalmente a contextos extra-carcelarios, de ahí que parecerían conocer la realidad más compleja de los individuos, por eso se plantean superar el asistencialismo y buscar rehabilitar de forma familiar:

Actualmente el Trabajo Social es una acción superior a la asistencia, cuya misión concienciadora, participativa y organizacional, está orientada al desarrollo social del individuo mediante el cambio de sus actitudes y del uso de sus potencialidades, involucrándose en equipos multidisciplinarios a fin de dar viabilidad los procesos de tratamiento individualizado³⁶.

En este espacio, los sentimientos de caridad dominan el campo, pues las misiones religiosas son las principales aliadas del trabajo social. La mayoría de grupos que visitan la prisión promueven la palabra de Dios, la asunción de la culpa por los pecados realizados, la posibilidad de redención de los individuos. Sin embargo, la (in)justicia social, las circunstancias de vida de las personas de libertad, no son tomadas en cuenta, por ello el apoyo terapéutico y asistencial, de las trabajadoras sociales, se mantiene despolitizado.

36 Ver Instructivo de procedimiento del Trabajador Social Penitenciario, 2007.

2.3 Conclusión: conductismo, disciplina, asistencialismo

El Estado no es un cuerpo monolítico, aún en sus conceptos más reglamentados hemos podido observar la complejidad de sus matices; versiones diferentes de la Rehabilitación Social. No obstante, el comportamiento repetido cotidianamente, rutinariamente, siguiendo el esquema trazado rigurosamente por la institución, parece ser la fórmula para incorporar nuevos hábitos, para abandonar viejos vicios, para inculcar a la persona una nueva forma de ser, una nueva conducta. Bajo este régimen, la constancia es imprescindible, el orden, la voluntad para continuar con la tarea asignada, una y otra vez, disciplina. La asistencia social le proporciona cualidad moral al tratamiento.

Si el “antisocial” cumple con las reglas a cabalidad, si logra pasar las evaluaciones psicológicas de la conducta, si demuestra disciplina, obediencia al superior, un comportamiento social tendiente a la estabilidad familiar, entonces la persona se hallará menos inclinada a cometer actos delincuenciales, de lo contrario el tratamiento aún no habrá surtido efecto, su progresión se habrá detenido.

En el esbozo de funcionamiento del organigrama-funcional del Sistema Penitenciario, el segmento administrativo, operativo, parecería corresponder a la “zona marrón” de la que habla O’ Donnell³⁷; un espacio oscuro donde no se sabe qué ocurre, donde los intereses personales superan los institucionales. Es en el conjunto de las demasiadas aristas burocráticas existentes donde se enredan los documentos, es en cada uno de sus segmentos, de sus direcciones, de sus departamentos, de sus oficinas donde los trámites se retardan infinitamente.

En la zona marrón no se sabe lo que ocurre, paciencia parecería ser la fórmula: algunos internos se preguntan si ésta será una fase del tratamiento; la mayoría cristiana se plantea si esta será una prueba más de Dios para la expiación de las culpas; si su aceptación corresponderá a una de las fases de progresión del departamento.

Idealmente, el interno en progresión es aquel que ha logrado interiorizar las virtudes diseñadas en el plan de tratamiento, quien asume el respeto

37 Guillermo O’Donnell, “¿Democracia delegativa?” en *Contrapuntos*, Ed. Paidós, 1997.

al orden carcelario, la aceptación de sus instancias burocráticas. La vida política de los centros de rehabilitación social es, en realidad, una vida administrativa, castigos, vigilancia, pero también permisos y concesiones.

Las nociones de rehabilitación conductista, disciplinaria y asistencial, por contraste, exponen las "inhabilidades" de las personas que han cometido delitos, apuntan a sus carencias de comportamiento y recursos materiales. Si bien nuevos aprendizajes son inculcados, las responsabilidades políticas de la sociedad más amplia sobre la vida de presos y presas es borrada. El gobierno penitenciario aparecería como indiscutible porque los límites de su intervención no sólo no están claros sino porque las grandes líneas de la política penitenciaria se escapa de las voluntades de las/los internos.

Segunda parte: Disfunción

III. El pueblo penitenciario: su clase y su género

Desde abajo, el poder aparece como producción irreal, como ejercicio de control que priva de voluntad, poder impersonal que no se sabe cómo funciona, fantasmagórico pero con vida propia. Observar cómo opera el poder en su mismo centro es un acto complejo, pues el poder mira, más no se deja mirar, a menos que se visite el lugar. Hombres y mujeres que recorren los pasillos de las cárceles nos muestran sus rostros, exponen sus vidas, se vuelven evidencia del cómo de este sistema disfuncional.

Entrar a una prisión significa adentrarse en un territorio de exilio, al interior de la nación; significa, también, que sus habitantes están íntimamente atados al Estado. Éste es el mundo de lo excluido, donde los efectos de la fuerza pública alcanzan sus más altos niveles. Echar un vistazo a la composición carcelaria, a la vida cotidiana de los y las reclusas, significa darse cuenta que las personas están encerradas no por sus delitos sino porque lo hicieron desde una posición de desventaja social. No en vano, cerca de la mitad del "pueblo" penitenciario no ha sido sentenciado y tampoco posee acceso a ningún tipo de defensa³⁸.

38 Ver censo penitenciario, 2008.

En junio del 2008, la población penitenciaria alcanzó un total de 13.534 personas privadas de libertad, en 40 Centros de Rehabilitación Social; la población es mayoritariamente masculina: los hombres constituyen el 89 por ciento, las mujeres el 11 por ciento. Antes de su reclusión, la gran mayoría estaba ubicada en sectores precarios de la economía: campesinos en proceso de subproletarización, subempleados urbanos, personas que ya conforman los núcleos duros de los cinturones de miseria de las grandes ciudades. Sin contar con que un 79 por ciento es menor de 37 años, edad en que la actividad económica productiva está en sus más altos niveles; lo que quiere decir que casi el 8 de cada 10 habitantes son jóvenes empobrecidos³⁹.

Aunque la precariedad domine el ambiente, existe un ambiente que reproduce una nueva combinación de la clase social. Por supuesto, unos pocos son poderosos, muchos están en desventaja. Aquí, la clase tiene tintes racistas, etnocéntricos, “marcas de género”. En prisión, tanto la clase como el género, son asociados a distintos niveles de peligrosidad, son los principios que guían la ubicación poblacional y el tratamiento progresivo.

El sistema penitenciario clasifica la especie de acuerdo a sus características sexuales: hombres y mujeres. Probablemente, los fines sean meramente prácticos: control de las condiciones de reproducción de la población; neutralización de las emociones, de las pasiones, de una sexualidad desbordada, todo aquello que podría ser causa de violencia.

Para el sistema, presos y presas son individuos de una especie que debe aprender una función en el espacio destinado, la cárcel. No obstante, los individuos no están solos, tienen madres, padres, hijos, hijas, esposas, maridos, hermanas, hermanos, entenados, hijastros, amigas, amigos. Son redes familiares de personas que han crecido en la exclusión social, cuyo hogar, cuyo horizonte de vida es el ambiente carcelario.

Para topar estos temas abordaré algunos elementos ejemplificadores de la distribución poblacional del CRS de mujeres y del CRS varones, ambos en Quito.

39 Ver *Ibidem*.

3.1. Distribución y seguridad en el CRS femenino de Quito: "El Inca": La experiencia de las mujeres

Aquí, ¿cuántas madres, aquí en dentro?, ¿cuántos años que hemos estado? ¡ah!?, ¿Por qué ellos no se ponen a pensar en eso?, lo que nosotros estamos viviendo en carne propia. ¡Si ellos quisieran ver cómo vivimos!...

Es cómo que no entendieran que todos nacemos de mujeres, que: ¡ser madre no es soplar y hacer botellas! (Testimonio internas del CRSF-Q, Mujeres de Frente, 2008).

Es evidente la carencia del referente "mujer", por ello es necesario hacer visible el sexo del Código, pues en su inscripción prevalece una sintaxis de referente exclusivamente masculino. No sólo es su lenguaje masculino, su ojo es ciego ante la situación específica de las mujeres presas.

Del total de la población penitenciaria, el censo del 2008 registra de las mujeres: 71 por ciento de delitos referentes al tráfico de estupefacientes; un 13,7 por ciento de delitos contra la propiedad; y, sólo un 6,4 por ciento de delitos contra las personas. Es decir, los delitos de las mujeres no implican mayores niveles de violencia física, la misma que tampoco se registra como problema en las cárceles femeninas. Casos de asociación ilícita, "pandillas" (más usuales entre varones) no son mencionados.

Si de alguna manera se pudiese definir el espacio de encierro femenino es de acuerdo a dos características principales que determinan la vida de las mujeres: la sexualidad y la maternidad. Sin embargo, no podemos abordar éstas categorías sin antes mencionar que si la precariedad es uno de las características fundamentales de la población penitenciaria general, de acuerdo al censo penitenciario del 2008, la condición de las mujeres se agrava, no sólo debido a su menor acceso a la educación, salud, sino también debido a su empobrecimiento general. Muchas de ellas son sostén de familia; si no son madres, "maternalizan", cuidan y mantienen económica a hermanas, hermanos, nietos, abuelas, las hijas de sus vecinas, de otras mujeres presas, lo que las empobrece, aún más:

...si no vendo ¿de dónde saco?, me daban diez dólares en un ratito; después ya como iba vendiendo ya más me iba aumentando, entonces yo también ya

me acostumbré, ¡pues! ... Y dése cuenta, que mantener: el café, almuerzo, merienda, estudio, uniformes, y yo sola, padre y madre ¡lah!? Eso tendrían que ver los que hacen las leyes, aquí hay una mayoría madres solteras que no tienen, y otras están así ya entraditas en edad...

(Testimonio interna del CRSF-Q, con respecto a su actividad de pequeñas expendedoras de sustancias ilegales, Mujeres de Frente, 2008).

No resulta extraño ver mujeres ancianas, sus hijas y sus nietas viviendo en prisión, pués: “...es muy usual la irresponsabilidad paterna; normalmente, estas mujeres son parte de familias ampliadas en las que es normal la co-responsabilización de las mujeres en el cuidado de varios menores y ancianos del mismo grupo familiar⁴⁰”.

Hasta diciembre del 2007, en la cárcel del Inca, la mayoría de mujeres vivía con sus hijos, luego Fundación Marcha Blanca⁴¹ consideró que ese no era un buen ambiente para los niños y en colaboración con el INNFA⁴², buscó la reubicación de los infantes en sus familiares no presos, así como en instituciones creadas para estos propósitos⁴³. Por supuesto se brindaron incentivos en alimento, becas escolares, etc., de manera que los “parientes encargados” pudiesen acoger a los niños. No obstante, ellos regresan o escapan constantemente en busca de acogida en el nicho materno que es la cárcel.

40 “Mujeres de Frente: externas e internas en el CRSF-Q, en la Constituyente solo para abrir espacios de autodeterminación”, *Revista Andina de Derechos Humanos –PADH–* Quito, 2008.

41 Fundación Nacida para luchar por la seguridad ciudadana, en la ciudad de Quito, en el año 2005.

42 Instituto Nacional del Niño y la Familia.

43 Si bien existen proyectos de reorganización familiar para que niñas y niños de mujeres presas vivan y se desarrollen fuera de las prisiones con otros familiares o en instituciones de beneficencia social, un trato más afectivo y considerado no es garantizado. Programas de *remuneración* a padres y madres interinas, así como a fundaciones *caritativas*, han demostrado ser por naturaleza nocivos para las niñas y niños: por tratarse de tutorías por interés económico y por caridad benevolente pero despreciativa, el trato personalizado, dialogante y amoroso es inexistente. Además, la sola existencia de estos programas crea una marca distintiva e indeleble que produce una profunda brecha social entre los hijos/as de las “antisociales” y los de los “ciudadanos”, con los consecuentes efectos de culpa, malestar y agresividad defensiva. Son incontables las niñas y niños que se quejan de malestar, y muchos los/as que escapan de las fundaciones de acogida, no sólo por malos tratos que reciben sino por la búsqueda de retorno al vínculo con la madre (Mujeres de Frente, 1997).

Se debe meditar sobre el castigo penitenciario sobre las mujeres no como asunto individual sino como responsables de la articulación y estabilidad familiar, pues "*...el castigo penitenciario sobre las mujeres siempre es desproporcionado, aunque legalmente la sanción no debería afectar a nadie más que a la persona que comete el delito, sin embargo, se viola muchos derechos de los/as niñas y adolescentes y, además, se les castiga.*

...Aún cuando las niñas y niños sean criados en otro espacio; garantizar el vínculo primigenio madre-hijos/as, en condiciones óptimas, es el único modo de procurar un futuro esperanzador para niños y niñas cuya perspectiva de vida no debe ser la prisión⁴⁴".

Precisamente, dentro de prisión las mayores preocupaciones de las mujeres no son individuales sino de cuidado del otro, principalmente sus hijos, ellas saben que probablemente el círculo de empobrecimiento y violencia se reproducirá sobre ellos. Miremos el testimonio de una de las internas de CRSF-Q:

...me dan los 12 años, ¿qué le encuentro a mi hijo?, ya desechado en la calle o no le encuentro más, y ¿Por qué?, porque yo estoy aquí ¡ah! Y ellos no se ponen a pensar en eso, ellos lo que dicen es: —la droga, la droga ¿cuándo vamos a acabar con la droga?

¡La madre de familia es la que cría y engendra a los hijos, no es el aire! Este círculo, nunca se acaba, nunca se acaba, porque los hijos que quedan afuera ¡solos!, siguen el mismo camino, ¿entonces? La delincuencia nunca acaba sino que sigue creciendo⁴⁵

(Testimonio, interna del CRSF-Q, 2008)

No debemos olvidar que la mayoría de mujeres está presa por narcotráfico, de las cuales, las que pertenecen a clases sociales más precarizadas se han dedicado al expendio de pequeñas cantidades de sustancias ilegales, su venta ha sido al menudeo. Tampoco debemos olvidar que el comercio infor-

44 Para estos casos proponemos el siguiente texto constitucional, inexistente en la Constitución actual: "Se reconocerá la potestad de la madre sobre hijas e hijos, aún en caso de estar presas, como reconocimiento del derecho al vínculo afectivo primigenio. El Estado proveerá de condiciones socio-económico-afectivas necesarias para que la madre que ha cometido un acto ilegal, pueda criar a sus hijos/as sin que la cárcel sea el horizonte de vida para la comunidad filial".

45 En archivo, Mujeres de Frente, 2008.

mal de comidas, artículos referentes a la motricidad fina, así como servicios son especialidades del modo de producción femenina.

Al parecer, en la ubicación de las internas en el CRSF-Q coinciden: el nivel de precarización con la escala de peligrosidad. En la cárcel de mujeres de Quito, los pabellones se dividen de acuerdo a las clases sociales: los antiguos son los más caros; los medios; y en los nuevos se ubican las más empobrecidas. No es extraño que las autoridades ubiquen a las “menos cultas” y que menos pueden pagar en lugares de mayor hacinamiento⁴⁶.

No obstante, la clasificación por escala de peligrosidad se desbarata, pues a pesar de que las internas de “los antiguos” son consideradas las “más bravas”, ellas son también las más vulnerables debido a la presencia de sus niños (as). Por lo general, estas mujeres son quienes no tienen quién se haga cargo de sus hijos; sin embargo no registran actos de violencia contundente, no forman pandillas sino lazos de solidaridad, quizá por ello la cárcel entera busca funcionar bajo parámetros de seguridad media. Aunque la educación y el trabajo sean lo más lejano de sus posibilidades —como lo estipula el Cap.II, Art. 20 del CEPyRS (1982)—.

Otra característica principal de la cárcel de mujeres del Inca es que su edificio se parece más a un internado de monjas que a un panóptico, no en vano las hermanas del Buen Pastor se ocupaban de las presas hasta los años 80. Precisamente, si algo guarda de aquellos años, la cárcel de mujeres más poblada del país, es su ambiente de censura sexual frente a las mujeres. No es extraño que las solicitudes para la visita íntima sean rigurosas, que se deba probar una relación anterior a haber sido tomadas presas, o que se hagan requisas vaginales humillantes, para comprobar que no se transporta droga, cuando son trasladadas o regresan del CRS de varones para visitar a sus parejas —a lo que le llaman la íntima—.

Pero, a pesar de que las medidas son extremas, más del 15 por ciento de las mujeres se ha embarazado dentro del centro. No, no se trata, necesariamente de la visita de sus cónyuges para la reproducción familiar sino de embarazos no planificados, cuyos responsables son abogados, hombres en busca de mujeres de fin de semana, guías penitenciarios, entre otros. Por supuesto, es fácil culpar a la mujer de no haber tomado precauciones, pero

46 Véase Lisset Coba, *Motín y amores en la cárcel de mujeres del Inca*, *op.cit.*

el mundo del castigo, la prohibición, el impedimento, hace que las mujeres no puedan optar por métodos anticonceptivos, manteniendo en silencio "lo que todo el mundo sabe".

No debemos olvidar que en muchas ocasiones, su cuerpo es lo único que le queda a la mujer, como medio de sobrevivencia económica, pero también como sobrevivencia afectiva, como lo manifiesta un ex –guía penitenciario:

...yo pienso que ella al principio necesitaba un contacto, estar en contacto, mejor dicho, estar con alguien que de una u otra forma te ponga en contacto con el mundo exterior no, o sea con la libertad y eso que eso fue lo de ella. Ella necesitaba hacer algunas cosas, por ejemplo el papá le enviaba dinero, y yo tenía, le daba retirando... (Testimonio, ex-guía penitenciario, Mujeres de Frente, 2008).

Si bien las relaciones afectivas y/o sexuales podrían surgir con espontaneidad entre funcionarios penitenciarios e internas, esto es un grave problema si consideramos que estas relaciones ocurren bajo un estado de subordinación institucional.

Otro foco de discrimen es el reconocimiento de la sexualidad lesbiana, la cual es censurada a través de negativas de certificados de buena conducta para la obtención de rebajas o prelibertades. En ese sentido hablamos de la sexualidad como vulnerabilidad principal; para las mujeres la cárcel significa doble encierro. No son sólo los espacios domésticos adjudicados a su cotidianidad femenina sino también el aislamiento social que oculta la violencia doméstica que el mismo Estado puede provocar. Aunque prohibidas, no son raras las extorsiones sexuales y/o afectiva intracarcelarias⁴⁷: interna-guía; interno-abogada; interna-visita; interna-interno; interna-interna. Relaciones de afecto y violencia; seres humanos vinculados por el afecto, la necesidad y el miedo, la dependencia.

⁴⁷ Art. 31.- *Son faltas leves* 31.16 *Intimar con los internos o internas; Sección III De las faltas gravísimas* 33.18 *Ingresar personas a los recintos penitenciarios con fines sexuales para sí mismos o para terceros*; 33.19 *Mantener relaciones sexuales con internas; o con las visitas.* (Reglamento del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, CRSs, 2007).

3.2. Distribución y escala de seguridad en el Ex – penal García Moreno.

...a los hombres les tratan a la maldita sea, a la patada. Cómo les hacen arriba, a punte palo por un pan, a punte palo por un plato de comida, así les tratan arriba en las cárceles... (Testimonio de interna en el CRSF-Q)⁴⁸.

Tomemos como ejemplo el ex-Penal García Moreno en Quito, su población llega a unos 1 000 internos⁴⁹. Construido en 1869 como el más moderno panóptico, que hizo posible la vigencia de la “Carta Negra”, y la pena de muerte para delitos políticos o contra la seguridad del Estado⁵⁰. Su distribución espacial da la impresión de galeras; al igual que en el Inca, cada pabellón representa un estrato social de clase. Es decir, en los pabellones más “añiados” –de elite– se paga más, y en los pabellones de los “polillas” –delincuentes más precarios–, “casi no hay plata”. Es evidente que la escala de progresión de la seguridad corresponde al nivel socio-económico de los internos, veamos el siguiente testimonio:

...en el pabellón X, tú entras y desde afuera, ¡chuzal, que perfume más rico y te vas más adelantito es otro perfume, y ¡todo limpiecito! La gente te saluda con diferente dialecto, y cosas así. Pero más allá de eso, necesito hacer una llamada, sólo los del pabellón X tienen acceso a las llamadas a trabajo social.

Los de abajo, por más que se estesen muriendo no, no te abren, porque, bueno, no es que esté justificando, pero hay también casos que ellos salen porque sí. Porque empiezan con me mueroooo, me mueroooo. Entonces se salen, es por dejar cierta mercancía por ahí y regresarse. No, no todos los casos son así no, pero en la

48 En Archivo, Mujeres de Frente, 2008.

49 En Guayaquil, la población penitenciaria casi llega a 4.000 internos. A nivel nacional, el porcentaje de internos que se halla recluso por delitos contra la propiedad es del 31,6 por ciento; el delito que le sigue es por actividades relacionadas con narcotráfico 28,8 por ciento; delitos contra las personas 16,6 por ciento y; delitos sexuales con 11,4 por ciento. Por supuesto, existen diferencias entre las ciudades de Quito y Guayaquil; en el primer caso, el tipo de delitos es predominante por narcotráfico, en el segundo, por delitos contra la propiedad (Censo Penitenciario, 2008).

50 Ana María Goetschel, *El discurso sobre la delincuencia y la constitución del Estado ecuatoriano en el siglo XIX: períodos garciano y liberal*. Tesis de Maestría de Historia Andina, Quito, FLACSO, 2004, p.42.

mayoría de los casos es así, entonces no, no les paran mucha bola a los comunes...
(Testimonio de ex –guía penitenciario, Mujeres de Frente, 2008).

Pero además, en el ex-Penal, la jerarquía de clase escinde casi por completo la relación entre los hombres privados de libertad; aquí la masculinidad se sirve de dos armas principales: el dinero y las demostraciones de fuerza. Los hombres se enorgullecen de sus afrentas a la ley, parecerían alimentar un ego heroico que los vuelve valientes, astutos, inteligentes. Cuando los bienes materiales son escasos lo que queda es el cuerpo y sus capacidades físicas, por ello no debe sorprendernos que quienes han sufrido mayor desamparo y violencia sean “tratados” como los más peligrosos. Cabe preguntarse si éste tratamiento moldea la conducta de acuerdo a las variables que pre-determinan el ambiente:

Se usa más fácilmente el recurso de la fuerza con los internos más comunes, porque ellos son más agresivos. Es que no puedes comparar, por ejemplo, un asaltante con un estafador llamémoslo así. El estafador te actúa con el verbo, o sea te comienza a lavar el cerebro, no recurre a la violencia. El asaltante lo que hace es sacar la pistola o lo que sea y encañonarte.

Pero, no se puede generalizar, porque es el sitio donde están ellos, porque hay gente que maneja las bandas desde adentro, afuera están trabajando, pero siempre les llega el dinero acá adentro, porque es el cerebro, como ellos dicen no, hay un cerebro, los demás son soldados nomás... Entonces, con ese tipo de gente no hay que meterse...⁵¹ (Testimonio de ex-guía penitenciario).

En la práctica, “el trato” -la relación entre funcionarios penitenciarios e internos-, se vuelve la terapia recomendada, el tan mentado “tratamiento”. Si tomamos en cuenta que la cura para la conducta anti-social está basada en el control de las variables del entorno de los enfermos, entonces “los comunes”, de ninguna manera podrían rehabilitarse. Estaríamos ante casos de “regresión”; al parecer la cura para ellos es más castigo y más violencia.

Pero, además, el hacinamiento excesivo hace que el espacio se vuelva un bien precioso por el cual pagar; gran parte de la relación entre internos está mediada por la propiedad privada del espacio. Es normal comprar una

51 En archivo, Mujeres de Frente, 2008.

celda, su precio varía de 800 a 3 000 dólares dependiendo de la demanda, las mejoras y la ubicación; pero, tener una celda no sólo es acceder a un lugar donde vivir, también significa, comodidad, la posibilidad de ejercer el control sobre sus otros habitantes. Cada uno de los dueños constituye el patriarca doméstico de su diminuto hogar, decide sobre las actividades de sus subordinados: arreglos y mejoras, preparación de alimentos, el establecimiento de buenas costumbres, la concesión de favores y servicios, entradas y salidas de visitas o el desalojo de la cama y el cuarto, por si es posible, la intimidad con alguna chica.

Por supuesto, la sexualidad masculina no es sometida a control institucional sino que es promovida por ser asumida como ejercicio normal de la masculinidad:

*En el caso del penal, como te digo hay quedadas cada quince días y hay personas que obviamente no tendrán esposa o son solteros o cosas así, y entran prostitutas entonces ahí se da toda situación*⁵² (Testimonio de ex-guía penitenciario).

3.3. Conclusión

Frente a la lógica más comunitaria de las mujeres, quienes imponen una cuota para mejoras generales en el pabellón, la lógica masculina de dominación piramidal, de la división de clases en los espacios más íntimos prevalece. La escala de seguridad transforma la lógica taxonómica de la ubicación en búsqueda de espacio; el lugar de cada uno se desprende de los contextos de lucha por la supervivencia.

IV. Los guías y la penitencia

“Los guías también somos pueblo, nosotros también somos pobres”, alegan, frecuentemente, los miembros del personal de vigilancia y custodia. El segmento más bajo del poder es aquel que se halla más cercano a los excluidos, su contacto es físico, ocurre frente a frente. De alguna manera,

52 En *Ibidem*, 2008.

la relación es entre iguales, el guía penitenciario y el prisionero o la prisionera comparten el espacio carcelario, la diferencia es que el uno enarbolaba la fuerza legítima del Estado, mientras el otro debe someterse a su sujeción, de ahí que su forma de intercambio sea atravesada por la extorsión.

La prisión conforma una red densa, poderes que se rearticulan de distintas maneras, la sobre-reglamentación es tan intrincada que su flexibilización tiene precio. Para ejemplificar su constante disfunción, iniciaré con el testimonio de un ex-guía penitenciario que trabajó algunos años en el sistema, su voz puede ayudarnos a retratar, en algo, la cotidianidad carcelaria desde la experiencia más institucional. He buscado que su voz conduzca el argumento del entrenamiento para guías, sus violencias, tanto como su incorporación al sistema de corrupción:

a) *"La primera vez..."*

... yo, antes, pensaba que los presos, eran presos y cuando se portaban bien, llegaban a ser guías, ¡algo así!

(durante las prácticas para ser guía) ... a mí me tocó el penal, nos hicieron unos grupitos, no. Y bueno, nos hicieron formar afuera, ahora van a entrar para que vean cómo es la cosa. ¡Hijole!, sonó, el sonido nomás de la puerta y adentro frío, ustedes ya saben..., el olor completamente diferente, inclusive la ropa se impregna de eso, y bueno dijeron que nos repartamos para que vayamos por los distintos pabellones. Entonces a mí me tocó el pabellón B, entrando a mano derecha. Fuimos entre siete, no queríamos ir solitos, estaba terrible eso; entonces yo le vi a un señor grandote, estaba teniendo un candado, y llaves, yo no sabía quien era él, entonces yo me acerqué y le dije: oye compa, ¡chuzas! aquí sí que ha sido duro, ¿no? —No tío, dice, —no se preocupe, con el tiempo usted se va a ir adaptando. ¿Cómo así, él me trataba de usted si yo le trataba de tú?, ¿no? Bueno resulta que el hombre era un interno.

Después seguí caminando, caminando, pero con los demás compañeros y vino por ahí otro señor que tenía... tenía una rayita por acá (se señala la cara), y me dice: —¿qué fue, todo bien? Yo no sabía quien era. Le digo: —sí, sí, más o menos, pero un poquito, así, reacio no, con temor y cosas así. Y me dice: —no tranquilo pana, a mí también me costó adaptarme, pero tranquilo. Más bien yo creí que él era el interno y, él en cambio era guía, o sea completamente dis-

torsionada la cosa. Yo no sabía, ¿quién era quién!

Después, yo ya entré al pabellón E, que era en ese tiempo de los extranjeros y de los que tenían más dinero porque ahí te ubican no de acuerdo a la causa por la que están, sino por la situación económica que tienen; entonces el pabellón E en ese tiempo era la elite se podría decir, entonces me tocó ir para allá y bueno. No nos habían dicho nada, no sabíamos como funcionaban las cosas adentro.

Desde la Cárcel Tres, porque queda solamente el muro solo al otro lado, comenzaban a caer papelitos; entonces yo no sabía qué era, y bueno unos papeles cayeron a mis pies y yo cogí y decían: “¡aaa, Libertad!”, porque me acuerdo hasta ahora. Bueno, pensé que se estaban comunicando porque los otros compañeros también veían que no había ningún problema en todo eso y comenzaron a caer más hacia mí, los papeles, con una piedrita, entonces yo como no sabía que era, cogí y le entregue a un interno y bueno, me dice: -gracias tío. Allá le dicen tío al inspector, se metió al pabellón, después ya salió con una Coca Cola grande, una hamburguesa y nada más. Me dice, sabe que esto le envía una persona (el encargado de la droga). Pero yo no sabía, claro, yo no sabía quién era. Le digo: pero, ¿quién es? -Tranquilo nomás, jefe tranquilo, me dice.

... como en la policía, como en el ejército, uno pasa con hambre y entonces estuve gustoso de recibir la cola y me preguntaron si es que fumaba, le digo que sí, -qué marca, me preguntan, -Marlboro rojo, dije; me trajeron una cajetilla, yo dije: -¿que chévere!, gente muy comprensiva, que ven que estoy aquí sin comer y cosas así. Hasta que llegó un compañero y me queda viendo y dice: -Has estado con plata, ¿no? -Sí, le digo, -me regalaron, ¿quieres un poco? -¿Ah te regalaron! Él era uno de los instructores, entonces imagínate me fue súper, súper mal. La cuestión es que esas cosas que caían eran pedidos de polvo o pedidos de marihuana.

... la primera vez ya me mandaron a pasar lista, el primer día, como te digo, yo era una de las personas que más me apegaba a la observancia de las reglas mínimas de tratamiento al interno. Entonces era: Caballeros buenos días, ¡Formar! Pero nadie te hace caso, eso me duró como una semana. La segunda semana ya era: ¡Fórmate!, pero igual. La tercera semana ya era: chet...pa, pa y ¡fórmate! y después ya tocaba ir con... Bueno, hasta ahí no me gustaba utilizar palo y cosas así, pero si se actuaba de una forma violenta, era la única forma de hacerse entender. Tocaba jalarlos, jalonarlos, tocaba empujarlos; lo que sea, lo que sea, si. ...uno comienza a tomar esa actitud porque también quiere que las cosas estén bien, no. Comencé yo también a actuar un poco así

con violencia. Así se logra control, aunque no, no al cien por ciento (Testimonio de ex-guía penitenciario)⁵³.

b) "Siempre se puede caer..."

El Estado hace gala de su fuerza sobre la población en la prisión. Aquí, la relación es extremadamente próxima, de intimidación forzada, guía-interno, guía-interna. La disciplina, basada en la obediencia de la norma, tiene como efecto implícito el castigo físico, a cargo del personal de custodia y vigilancia, pues posee la capacidad de uso directo de la fuerza, de la manipulación del cuerpo de los "otros". Lo que hace de la relación entre autoridad de seguridad y persona privada de la libertad un par desigual, no obstante, para el caso de los varones, la relación de poder podría ser invertida:

...pueden pasar cosas, cosas. Nunca supiste lo que es tragos, cigarros, ni nada por el estilo, pero llegas a consumir polvo, llegas a consumir marihuana, las dos cosas que más se vende ahí, no.

Pongo un ejemplo: tú te vas a Guayaquil. En Guayaquil el ochenta por ciento, si no es más del personal, y no te hablo solo de seguridad, sino también administrativo, fuma, fuma me refiero a consumo de droga, no.

...yo me hice borracho porque todo mundo tomaba ahí... Los internos eran los que nos abastecían de licor, a veces cuando no teníamos plata, hasta se les dejaba en prenda los revólveres, ¡así de triste es la cosa!

...Supongamos: yo me quedo solito, ahorita y, y estoy con siete compañeros más, llegan los siete y los siete comienzan a fumar, bueno ya a hacer sus preparativos para el ritual y cosas así. Y uno está ahí de extraño y ellos lo quedan viendo como con cuidado; no se cómo, ya te dicen, no tranquilo verás, si vos eres "sapo"⁵⁴, mejor ándate. Y comienzan a hablar, te comienzan a hablar...

La gente allá es, es, es ¿cómo te digo?, javezada!, los internos, los mismos compañeros eran, eran terribles, entonces uno por el temor que te...; no por temor, sino para que ellos también se sientan tranquilos..., empieza: -a ver, presta, presta uno, o sea ya te fumaste un cigarrillo o dos pistolas⁵⁵ como llaman ahí, entonces ellos ya te consideran que estás sucio, entonces te dejan en paz, ¡ya! Es imposible mantener las normas de derechos humanos, estar digno y puro.

53 En *Ibidem.*, 2008.

54 Delator.

55 Líneas de clorhidrato de cocaína.

¡Corrupción! ¡Corrupción! ¡Drogadicción! Es, ¿cómo te digo?: el momento que comenzaste a consumir droga, ya fuiste absorbido por el sistema. El momento que no tienes dinero y sabes que tal persona es el que distribuye, entonces sabes cómo coger plata, entonces estás siendo absorbido por el sistema. El momento en que estás haciendo lo que todo mundo hace; entonces yo pienso que eso ya es estar inmerso en el sistema. Entonces hay muchas formas...

El favorecer a ciertos internos, sin tomar en cuenta el perjuicio que se está haciendo a otro, pero solamente por quedar bien con él, porque él tiene plata o tiene influencias, porque no sólo es plata ahí, sino que también es influencia. Hablemos de la cárcel 4. En la cárcel 4 hay plata y hay influencias, entonces la gente sabe que decir: -déjeme salir y sale en las noches, salen a las noches a tomar, a tomar su wiskisito, a tomar lo que sea.

A mí, me dijeron una vez: -John, véngase para acá, pues yo fui, dijeron usted va a salir con tal persona y se van a ir al hospital, -listo, le digo, -¿y la firma del Director?; -no, no, dice: -todavía no lo hace. -Pero sin firma del Director, ¡no salgo! Llegó el Director del Centro, entonces él dijo: -vaya no más con él, se va a hacer atender, haga todo lo que él le diga, trate de ayudarlo. Yo digo: -listo, yo estaba para eso según yo. Y para salir yo le esposé, quien iba manejando el carro que nos conducía hasta allá era la esposa; y antes de llegar al hospital, él me dice: -vea inspector, la verdad es que yo no estoy enfermo, yo hablé con el doctor para que me deje salir, quiero ir a pasar un momentito con mis hijos y mi esposa en la casa. -¡Chuzas! le digo, a mí me dijeron al hospital, y le regresé a la cárcel. Entonces, me llamó el Director, porque ya no podía mandar a otra persona, porque yo ya había salido, entonces, bueno, me comenzó a predicar bien bonito. ¿Y cuál era la prédica?: - ¡Apóyete!, -¡que pobrecito!, ¡que la esposa está enferma!, ¡que ta, ta, ta!... Y llegué a la casa, (se trabaja veinte y cuatro horas, entonces ya había transcurrido casi todo un día), yo salté como a las siete de la noche, creo que era Noche Buena, algo de eso, y bueno me dijo: -vea inspector si quiere veamos pelucitas, se puso las películas, estaba en la sala ahí, mientras el estaba con la esposa y con sus hijos, según yo segurísimo, no se me iba a escapar. Cuando con un poquito de frío y todo eso me despierto, me he quedado dormido, me ha cobijado y todo eso, bueno me fui y le golpeé, y le digo: -¿sabes que ya es la una de la mañana?, sí, ya es la una de las mañana, entonces regresamos a la cárcel. Y así, no es solamente de un día no, es de muchísimos días, pues es de nueve días, diez días.

Si el interno se fuga, el guía se hace una historia ficticia: -que se aparecieron cuatro, nos apuntaron, le rescataron y todo eso..., y aquí están estos dos señores

que son testigos, que justo han sabido trabajar por ahí, bueno, después averiguando son la mujer del primo, el primo del cuñado, cosas así.

...ha de haber un dos por ciento de guías rescatables, más conscientes: si le encuentran fumando a alguien, le quitan lo que esté fumando, le botan en el inodoro, saben que es un consumidor y listo. El otro va, le quita, hace el parte y sabe que el otro por no irse ocho años, más, preso por tráfico interno, porque de ley le van a hacer tráfico interno, tiene que dar plata, imagínate ¡eso es extorsión! Y el dos por ciento son personas muy tranquilas, bien, que te digo, rectos no, y por ende no les tragan mucho entre los compañeros, los propios compañeros no les tragan. Y duran poco, y si duran es porque tienen un carácter muy fuerte, pero si recibe una orden superior de dejar salir un interno, de dejar entrar el whisky, ¡le toca!

Dicen que no hay imposibles, pero yo pienso que ser honesto, ser..., ser correcto y mantenerte trabajando ahí, ¡es imposible! No puedes hacer las cosas. No pueden convivir las dos cosas al mismo tiempo. O de una vez te dejas absorber por el sistema y sigues trabajando ahí, o renuncias... (Testimonio de ex-guía penitenciario)⁵⁶.

4.1. La disciplina

Un medio de intercambio es el registro disciplinar, el "parte" o informe acerca de las faltas cometidas es fundamental. Sin embargo, no se trata de la observancia estricta de las normas reglamentarias, se trata de un tipo de relación que implica extorsión, favores y revanchas en las que el "parte" sirve de intermediario.

Las medidas disciplinarias más severas se ejercen sobre el cuerpo: la requisa, el aislamiento y traslado como castigos. Si bien "*la violación de los derechos humanos y demás derechos y garantías de los internos e internas*", es una falta *gravísima*⁵⁷, el siguiente testimonio indica lo contrario:

... Te llegan de sorpresa... A la media noche, es plum, plum, plum, las puertas, tienes que levantarte, sin respetar que hay ancianas, niños, enfermas y empiezan a destruirte la celda.

⁵⁶ En *Ibidem.*, 2008

⁵⁷ Ver: Reglamento del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia de la DNRS, Sección III, Art. 33.10, 2007.

-¡Salga, salga!, dicen; a gritos, golpean la puerta. Desesperada una no sabe qué es lo que pasa. -Policía, policía, abra la puerta, y salimos sonámbulas y en pijama. Te abren todo, te hacen salir, la gente se asusta, todas las compañeras al pasillo; hay veces que te ponen contra la pared; a veces te tocan la tetas, en el brassiere, te hacen agacharte, como que te sientes y pujes, pare ver si no tienes algo escondido en tu vagina, te meten la mano.

Alguna vez, había una mujer policía puesta guante para meterte la mano en la vagina. A mi, me quisieron hacer y le dije: -¿qué es usted ginecóloga?, para que usted haga su trabajo tráigame una orden del juzgado, quiero que me diga el motivo para que usted pueda allanar mi cuerpo. Y me clavé y no me pudo meter y hacerme el tacto.

Una vez llegaron a las tres de la mañana, nosotras ahí paradas muertas de frío. Empiezan a requisarte a abrirte todo, botan la ropa, se mezclan las cosas que tenías en los tarros. Te curiosean todo, todo te miran, ¡una tiene que pararse a ver que no se lleven nada.⁵⁸ (Testimonio, interna CRSF-Q).

El aislamiento es otra de las medidas disciplinarias más severas. Aunque este tipo de medidas son consideradas preventivas, en ellas ocurren las peores violaciones a los derechos humanos y demás derechos fundamentales. El encierro en el calabozo de máxima seguridad significa mayor hacinamiento, a la vez que más aislamiento, la gente se desespera, entra en depresión profunda:

... me estaba quemando moralmente, me puse muy mal, tuve problemas depresivos por un tiempo o sea me sensibilicé hasta el punto de que me retiré, de todo, me retiré absolutamente de todo, yo era esa época también coordinadora de deportes, dejé el ejercicio, dejé la representación, dejé liderazgos...⁵⁹ (Testimonio, interna CRSF-Q).

De la misma manera, trasladar a las personas presas a otra prisión como medida de pacificación de la violencia o para neutralizarlos en sus reclamos. Así, la persona privada de libertad se desubica, perdiendo control de su entorno más próximo. Al igual que los otros elementos disciplinarios, los

58 *En Ibidem.*, 2008.

59 *En Ibidem.*, 2008.

traslados se realizan a media noche o de madrugada, por el equipo de investigación dentro de las cárceles llamado Alfa. Generalmente la acusación es de fuga; coincidentalmente, las internas líderes en reclamos, son las más afectadas. Hay que tomar lo que puedan en ese momento, no hay tiempo para cambiarse la pijama, avisar a los hijos y/u otros familiares.

4.2. Conclusión: Evaluación

Parágrafo 4to.

De la evaluación de la disciplina

Art. 21 (Evaluación de la disciplina)

...Diagnóstico y evaluación de los Centros, procederán a evaluar cualitativa-mente y cuantitativamente la disciplina y del comportamiento de los internos y emitirán un informe calificando la conducta del interno, según la siguiente esca-la de valoración:

| | | | | |
|------------------|-----------|------------|----------|-----------|
| <i>Excelente</i> | <i>de</i> | <i>100</i> | <i>a</i> | <i>85</i> |
| <i>Muy buena</i> | <i>de</i> | <i>84</i> | <i>a</i> | <i>85</i> |
| <i>Buena</i> | <i>de</i> | <i>50</i> | <i>a</i> | <i>41</i> |
| <i>Baja</i> | <i>de</i> | <i>40</i> | <i>a</i> | <i>0</i> |

Art.22.- Para llegar a esta valoración a la disciplina se le otorgará un puntaje de 50% a la conducta el 30%, y al interés por la rehabilitación se le asignará el 20%.

Art.23.- La valoración, en el caso de los imputados y acusados, será del 50% para la disciplina y de 50% para la conducta⁶⁰.

El poder se juega entre aquellos que analizan, estudian, evalúan, diag-nostican, ofrecen tratamiento, controlan, vigilan, custodian, castigan, requisan, califican; y quienes son analizados, estudiados, evaluados, trata-dos, controlados, vigilados, custodiados, castigados, requisados, calificados y en ocasiones sujeto de caridad.

La conducta es observada en el comportamiento, en el modo de proce-der, más no en la humanidad de presas y presos. He aquí la percepción de las personas evaluadas:

60 Reglamento de evaluación de la conducta y disciplina de los internos imputados, acusados y sen-tenciados en los Centros de Rehabilitación Social del País.

Una vez me sacaban al hospital y me llevaban esposada dos guías y una policía armada hasta los dientes con pistola y escopeta, y eso me parecía ¡humillante! Y le dije que si iba con la escopeta, yo no iba. Y me dijo que no importaba porque yo era la que necesitaba. Entonces yo le contesté claro, por eso es que usted abusa y comencé discutir y ella me dijo que no importaba si no quería ir. Además una viene a tratar con estas delincuentes, me dijo. Y yo le contesté que: -no le había pedido que venga a trabajar a la cárcel y le dije que había sido decisión de ella trabajar con los delincuentes, como ella nos llama.

Y yo le gritaba las verdades, y por eso me hizo “el parte”, argumentando que era falta verbal a las autoridades, y por eso me llamó “diagnóstico” para sancionarme por faltamiento verbal a las autoridades (Testimonio de una interna del CRF-Q, 2008).

Rehabilitación fundamentalmente disciplinar, el mejor individuo es quien más se apega a los que controlan y vigilan (50%); “la armonía” entre personas presas constituye el 30 por ciento de la calificación, ¿podría, la solidaridad obligatoria entre presos más y menos prominentes, contribuir al puntaje?; rehabilitación ciega ante la justicia social, sólo el 20 por ciento se preocupa de que presos y presas encuentren trabajo y educación.

Bajo circunstancias de disfunción total, es necesario plantearse si la cárcel cumple los requisitos de las dos variables de una terapia conductista adecuada: el terapeuta debe inspirar absoluta confianza y el paciente debe estar convencido de querer superar su problema.

V. Cierre: la rehabilitación es una relación social

...una desde niña, está en estas condiciones, de buscarse la vida como pueda...

...una tiene que pelearse por una piedra... Aquí se da lavando la ropa, aquí se lava cuatro docenas, se pierde una pieza y ya no pagan, se pierde los cuatro dólares que se gana una. Aquí se lava en pleno sol, en plena lluvia. Se lava, aquí, para poderse ganarse el medio, para poder mandar a nuestros hijos afuera, porque aquí una tiene que comer, pero afuera nuestros hijos padecen del hambre. Ellos sufren bastante y eso es feo, es doloroso; francamente para una madre, porque aquí como dice mi compañera, aquí se pierde hogares, se pierde familia; porque ellos, deberasmente, no nos ayudan moralmente ni eco-

*nómicamente, porque la ayuda fuera que aquí, nos ayudaran con nuestros hijos. Aquí, hasta la misma familia nos dan las espaldas*⁶¹ (Testimonio interna del CRSF-Q) (cursivas y negritas son mías).

Para la mayoría, su relación con la prisión pudo haber sido prevista, no por padecer de "proclividad delictógena" sino porque la historia de sus vidas había heredado despojo, violencia, desplazamiento, vulnerabilidad. Las personas son "des-habilitadas" cuando van acumulando una cadena de injusticias; los peores males son aquellos que acompañan la pobreza: las humillaciones, el desprecio. La imposibilidad de negarse a aceptar un plato de comida que no gusta.

Resulta irónico que una de las pautas de evaluación de la conducta sea "el interés demostrado por la rehabilitación", la búsqueda de trabajo, la participación en actividades como talleres, educación, pues todas son ofertas casi inexistentes en prisión.

A pesar de que se condena la vagancia, el trabajo se otorga como una dádiva, como asistencia al interno, más no como uno de sus derechos. El trabajo es un privilegio que se gana, se debe solicitar con paciencia ante la indolencia de funcionarios que administran un bien escaso. Por ello, no resulta extraño el aprendizaje de nuevos oficios ilegales que, además resultan menos engorrosos.

Si nos fijamos en los datos del censo penitenciario (2008), el 50 por ciento de los hombres tiene trabajo, porcentaje que en las mujeres es del 44 por ciento, pero que podría ser mayor si pensamos que, por lo general, las actividades femeninas no son consideradas trabajo o son menos valoradas. Muchas mujeres son mano de maquilas que ocasionalmente requieren de su motricidad fina para hacer lazos de regalo, enrollar pequeños cucuruchos para la distribución de comida rápida, doblar bolsas de papel, coser uniformes para empresas. La paga oscila entre los 1 y los 5 centavos por ítem, depende de la complejidad. Actualmente las prisiones corren peligro de privatización, no se debe olvidar que estos sitios son foco de explotación laboral.

Además, el Estado recicla las actividades precarias que condujeron a los sujetos a prisión, la oferta laboral es, fundamentalmente, capacitado-

61 En archivo Mujeres de Frente, 2008.

ra. Las destrezas impartidas son: carpintería, electrónica, mecánica, artesanías para los hombres, belleza, corte y confección, bordados para las mujeres; podemos sostener que las condiciones sociales de vulnerabilidad anteriores a la prisión se ven replicadas⁶². Además, a través de la oferta de capacitación en roles tradicionales a hombres y mujeres, les es reasignado sus estereotipos de género, así como el sitio de subordinación de clase al que previamente pertenecían. Es decir, la estructura social jerárquica, poscolonial, racista, sexista refuerza el statu-quo, las condiciones de injusticia social empeorarían debido al estigma de haber estado en prisión.

Aquí, cabe preguntarnos si las personas son privadas de su libertad debido a sus ocupaciones informales, o quizá esta terapia laboral sea necesaria debido a que el trabajo formal implica una disciplina moralizante que hace a los sujetos obedientes al sistema instituido, que busca ubicarlos en su sitio. Esto no quiere decir que las personas prisioneras no deban acceder a la educación y al trabajo, pero la pregunta recae sobre el tipo de inserción social que se busca realizar, ¿es digna?

La rehabilitación social, en realidad, es una relación social, entre el Estado, los distintos segmentos de su fuerza, entre guías penitenciarios, psicólogos, voluntarios religiosos, abogados, trabajadoras sociales, personas presas. Todos dentro de un laboratorio social marcado por la clase, por el sexo por los micro-poderes cotidianos, la extorsión, el chantaje y, en ocasiones, la lástima y la caridad.

5.1 Recompensas: rebajas y pre-libertades

Ninguna terapia de la conducta puede funcionar sin un estímulo que provoque el buen comportamiento, que haga aspirar a la persona a acumular puntos para llegar a la meta. Así como el castigo es usado para amedrentar, las recompensas estimulan que actuemos como debemos. Se administran dosis de libertad, prelibertad, libertad controlada y rebajas de penas, cuando ha pasado el tiempo estipulado, cuando hemos aprendido una buena conducta. Por supuesto, esto no ocurrirá con aquellas personas que hayan

62 Ver censo penitenciario, 2008.

intentado escapar del sistema, con las que no hayan escarmentado y reincidan en su conducta.

Los estímulos son codiciados, pero implican no sólo la competencia de la persona privada de la libertad en cada una de esas actividades; involucran la relación socioeconómica que una persona interna establece con los funcionarios de cada una de esas instancias. La posición es de desamparo ante las posibles arbitrariedades de quienes les estudian, evalúan y juzgan, pues la dependencia es doble, ya que los mismos evaluadores son quienes realizan las peticiones de sus recompensas. Aquí los funcionarios se vuelven juez y parte, está en manos del departamento de Evaluación y Diagnóstico, no sólo calificar la conducta de los prisioneros, sino también aprobar –en primera instancia- las solicitudes para dirigir las a la Dirección Nacional; todos los procedimientos deben pasar por sus manos:

Capítulo V, del Ingreso, permanencia y progresión.

Art. 31.- (Formas de las peticiones de los internos).- Los internos podrán formular sus peticiones, por escrito, con asesoramiento de los profesionales de los departamentos de Diagnóstico, por medio del director del establecimiento, quien lo remitirá al Director Nacional con los informes de los departamentos del establecimiento y las recomendaciones que se estimen oportunas⁶³.

Los trámites de rebaja de penas, así como de pre-libertad provocan ansiedad en quienes desean obtenerlos; la espera es larga, las personas deben aprender a insistir y a condescender a la vez. Muchos no están seguros de los requisitos y procedimientos, las reglas son poco precisas, es necesario un buen nivel de lectura para su comprensión, se debe ser una persona letrada para el manejo de leyes y reglamentos.

Lo grave es que la vida cotidiana en la cárcel se desarrolla a través de solicitudes y peticiones: para recibir a la pareja, para hablar con las autoridades, para tener un equipo electrónico, etc. La sobreburocratización de la vida conforma una rehabilitación castigadora. Parecería que los caminos de la rehabilitación jurídica fuesen una cadena de procedimientos, y cada uno una penuria.

63 Código de Ejecución de Penas , *op.cit.*

Para el caso de las pre-libertades, mucha gente no conoce su sentencia, no sabe a cuántos años les condenaron, cuál fue la fecha de su ingreso; es decir la información acerca de su caso es limitada, de manera que no saben cómo calcular con exactitud el inicio de los trámites de pre-libertad y rebajas, lo que provoca sentimientos de incertidumbre. Por otro lado, no existe un sistema de información que aclare los trámites, de ahí que sea difícil reclamar la falta de celeridad. Además de que la gente prefiere no protestar por miedo a revancha en la conducta.

El registro de la nómina, informe, evaluaciones, estudio, informe, resolución, notificación, resolución definitiva, los procedimientos para la obtención de pre-libertades requiere una lista de requisitos, así como de procedimientos interminables⁶⁴.

VI. Recomendaciones: Los derechos desde abajo

El “Reglamento de derechos, obligaciones y Prohibiciones de los internos” busca garantizar los derechos fundamentales a favor de los privados de libertad como: la preservación de su vida, salud e integridad física; alimento; respeto a la identidad (legal); respeto a su dignidad; a sus costumbres personales; a un trabajo no aflictivo; a la libertad ambulatoria; a obtener información; a mantener sus relaciones familiares; a las visitas íntimas; a entrevistarse con las autoridades y con su defensoría; a obtener asistencia letrada; a quejarse y solicitar a la autoridad; a la libertad de conciencia; a comunicarse con su embajada en caso de ser personas extranjeras⁶⁵; derechos, que no sólo, son constantemente violados como se ha probado a lo largo de este documento⁶⁶ sino que, además, no podrían abarcar la sobre-reglamentación de la prisión. Algunas de sus consecuencias son: el hacinamiento, la violencia, las huelgas carcelarias.

Queda claro que la prisión no es un sitio rehabilitador, que el castigo, la disciplina ciega, no curan, no son adecuadas para el aprendizaje de la

64 Ver Art. 39.- (Procedimiento) (Reglamento sustitutivo del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, 2001).

65 Reglamento de derechos, obligaciones y prohibiciones de los internos, ene-2008.

66 Ver Mujeres de Frente: “Externas e internas en el CRSF-Q, En la “Constituyente solo para abrir espacios de autodeterminación”, *op.cit.*

voluntad, sólo afectan el espíritu de las personas. La cárcel no es buen sitio para nadie, pues el dolor no es sinónimo de justicia, ya que no controla sino genera emergencia constante. Es decir esta es una población vulnerable, desprotegida. Por ello, los son necesarios "los derechos desde abajo"; "Justicia reparadora" no sólo para quienes han sido afectados sino para quienes han sido criminalizados, sin humillaciones ni perjuicio para las partes.

Los derechos desde abajo implican que el Estado asuma sus responsabilidades en la situación penitenciaria, que reconozca las "vulneraciones" ejercidas sobre las personas presas, así como su situación de "vulnerabilidad". Es necesario, que en cada una sea vista una necesidad y que cada necesidad sea vista por sí misma como un derecho que debe ser dialogado directamente con sus actores; sin olvidar sus características especiales de género, opción sexual, lugar de residencia y nacionalidad, grupo de edad, condiciones de discrimen por su raza, empobrecimiento, entre otras. A más de los derechos ya estipulados en los reglamentos, y conocedora de que la imposibilidad de codificar todas las necesidades, menciono algunas:

6.1. Vulnerabilidad penitenciaria: necesidad de reparación y amnistía

Porque:

- Las personas presas están en contacto directo con las fuerzas de la ley y el orden, que pueden ejercer violencia física directa.
- "Los partes", requisas, aislamiento, traslados de prisión son fuente de amenaza y extorsión.
- El 45 por ciento de personas está presa sin sentencia.
- El proceso penal es realizado en lugares distantes al lugar de residencia de la persona detenida, y puede tardar varios años.
- El aislamiento social despoja, expropia y por tanto empobrece.
- Cuando las personas presas son liberadas no pueden reincorporarse a la sociedad porque el estigma generalizado y la policía les persigue.
- Los trámites burocráticos del sistema penitenciario son excesivamente retardados.
- La cárcel genera depresiones severas, daños psicológicos traumáticos.

Ante lo cual, se necesita:

- El reconocimiento de vulnerabilidad física provocada por acercamiento a las fuerzas del Estado.
- El reconocimiento del principio de inocencia, estipulado en convenios internacionales.
- La declaración de la no dependencia a leyes internacionales perjudiciales para los y las más vulnerables (como a la ley especial de narcotráfico y estupefacientes).
- La garantía del mantenimiento de redes afectivas.
- La observación de que quienes están presos no son individuos sino redes familiares y sociales vulnerables.
- La identificación y provisión de derechos en base a las necesidades directas de la población vulnerable.
- Rendición de cuentas de funcionarios y autoridades.
- Amnistía policial después de la liberación.

6.2 Vulneración económico-política: necesidad de redistribución de la riqueza y participación política.

Porque:

- La mayoría de la población penitenciaria tiene antecedentes de haber sufrido pobreza extrema, racismo, machismo exacerbado.
- Para la mayoría de personas empobrecidas, la representación política está fuera de su horizonte posibilidades ciudadanas.
- Presas y presos no poseen espacios de representación legitimada ante el CNRS.
- Presas y presos no pueden emitir quejas de forma directa sino intermediada por sus evaluadores.
- La ley está escrita por personas que desconocen los antecedentes de empobrecimiento y vulnerabilidad de los sujetos criminalizados.
- A la mayoría de la población penitenciaria le es difícil el acceso y entendimiento a la letra escrita por el Estado.

Ante lo cual es necesario:

- El resarcimiento de un horizonte económico digno, que provea

fuentes de ingreso alternativas a quienes han sufrido la prisión.

- El reconocimiento político de responsabilidad del Estado por la situación de presos y presas.
- La participación en espacios de decisión política que afectan su vida.
- El derecho a la rebeldía: organizarse, reclamar, reivindicar, a no ser amedrentados o eliminados por ello.
- El derecho a ser escuchados por las autoridades de la institución penitenciaria, de forma directa.
- El derecho a la defensoría y asesoría legal permanente al interior de los mismos CRSs.
- El derecho a pedir rendición de cuentas económicas al sistema.

6.3. Vulneraciones de género: necesidad de libertad y protección

Porque:

- A las mujeres, la maternidad las vuelve vulnerables debido a su sobrecarga familiar.
- La reclusión femenina en los espacios domésticos, de cuidado y servicio prolifera en prisión.
- Los lazos familiares son deshechos.
- La sexualidad de las mujeres es constantemente controlada y abusada.
- Las requisas vaginales son degradantes.
- La seducción y extorsión de la sexualidad femenina es práctica cotidiana.
- La opción sexual lesbiana y homosexual es condenada.

Ante lo cual es necesario:

- Reconocer que la maternidad es una forma de protección y cuidado irremplazable.
- Reconocer que los derechos de los niños son los derechos de las madres.
- Posibilidades y medios de control de embarazos y partos por propia decisión.
- No encarcelar familias enteras.

- No estimular roles de género rígidos.
- La no tutela sexual sobre las mujeres por parte del Estado.
- Libertad de preferencias y opción sexual.

VII. Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Ed. Pre-textos, 1998.
- Aguirre, Andrea, “Destejer el castigo contra nosotras”, *Revista Andina de Derechos Humanos*, PADH, 2007.
- Arendt, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.
- Baratta, Alessandro, “El paradigma del género: De la cuestión criminal a la cuestión humana”, En: Birgin Haydée, *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000.
- Benjamín, Walter, “Para una crítica de la violencia y otros ensayos” en: *Iluminaciones IV*, Taurus, 1998.
- Bourdieu, Pierre, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999.
- Castro Gómez, Santiago, “Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate: prolegómenos a una crítica poscolonial de la razón”, en *Teorías sin disciplina*, México, Miguel Angel Porrúa, 1998.
- Coba, Lisset, *La muerte social: El Centro de Rehabilitación Social Femenino de Quito (CRSFQ) como situación humana*, Quito, INREDH, 2001.
- Coba, Lisset, *Motín y amores en la cárcel de mujeres del Inca*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de maestría, 2004.
- Cohen, Joshua, “Reflections on Habermas on Democracy”, *Ratio Juris*, Vol 12, No. 4 December 1999.
- Da Re, Verónica y Marecci, Sandra, *La antropología criminal de Lombrosio como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal*, Buenos Aires, Dirección General de Cultura y Educación, 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y emancipación*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, ILSA, 1999.
- Foucault, Michel, “La gubernamentalidad”, en: *Defender la sociedad*, curso en el Collège de France (1975, 1976), Buenos Aires, Fondo de Cultura

- Económica, 1997.
- Foucault, Michel, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 2002.
- Goetschel, Ana María, *El discurso sobre la delincuencia y la constitución del Estado ecuatoriano en el siglo XIX: períodos garciano y liberal*, Quito, Tesis de Maestría de Historia Andina, FLACSO, 2004.
- Guerrero, Andrés, *De sujetos indios a ciudadanos étnicos: de la manifestación de 1961 al levantamiento indígena de 1990*, 1999.
- Latour, Bruno, *La esperanza de Pandora: ensayos sobre la realidad de la ciencia*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Mujeres de Frente: Externas e internas en el CRSF-Q, "En la "Constituyente solo para abrir espacios de autodeterminación", *Revista Andina de Derechos Humanos –PADH–* Quito, 2008.
- Mujeres de Frente (Gia y Sandra): "El traslado como castigo", en *Sitiadas Uno*, Quito, CRSF, 2004.
- O'Donnell, Guillermo, "¿Democracia delegativa?" en *Contrapuntos*, Ed. Paidós, 1997.
- Poole, Deborah, *Visión, raza y modernidad*, Lima, Ed. Sur, 1997.
- Ritzer, George, *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill Eds., 1995.
- Rivera Cusicanqui, Silvia, *Trabajo de mujeres: explotación capitalista y opresión colonial entre migrantes aymaras de La Paz y El Alto*, La Paz, Ed. Mama Huaco, 1991.
- Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza editorial, 2001.
- Zaffaroni, Eugenio, *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 1988.

Documentación

- Censo social y demográfico penitenciario*, República del Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad de Defensoría Pública Penal, (julio) 2008.
- "Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social: Legislación conexas, concordancias", en *Código Penal*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1999. Actualizado a abril del 2008.
- Luna Valverde, Mónica, *Instructivo de procedimiento del Trabajador Social*

- Penitenciario, Quito, julio 2007.
- Archivo testimonial*, Mujeres de Frente: internas y externas en la Cárcel Mujeres del Inca, 2008.
- Secretaría técnica del Frente Social, *Racismo y discriminación racial en el Ecuador, Sistema de indicadores del pueblo afro-ecuatoriano*, Quito, SIISE, 2005.
- Reglamento del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, Centros de Rehabilitación Social, Centros de Detención Provisional y Centros de Confianza.*
- Reglamento de derechos, obligaciones y prohibiciones de los internos.*
- Reglamento de evaluación de los internos imputados, acusados, y sentenciados en los centros de rehabilitación del país.*
- Reglamento sustitutivo del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.*
- Pérez, Santiago, *Resumen de los principales resultados del censo social y demográfico penitenciario*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, julio 2008.

Glosario

| | |
|-----------|--|
| CCs: | Casas de confianza |
| CEP y RS: | Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social |
| CRSs: | Centros de Rehabilitación Social |
| CRSF-Q: | Centro de Rehabilitación Social Femenino de Quito (“El Inca”) |
| CRSV-Q: | Centro de Rehabilitación Social de Carones de Quito, No.1 (Ex-Penal) |
| DN: | Dirección Nacional de Rehabilitación Social |
| PEA: | Población económicamente activa |
| PPP: | Personas privadas de la libertad |

Los retos
del sistema penitenciario

La ejecución de la pena *un acercamiento desde el derecho penal mínimo*

María Fernanda Álvarez Alcívar

Sumario

I. Introducción. II. Concepciones de delito y finalidades de la pena. 2.1. El origen de los conceptos de delito y pena. 2.2. Las penas en el antiguo régimen. 2.3. La escuela liberal clásica; 2.4. La escuela positivista. III. Derecho Penal mínimo. 3.1. El derecho penal mínimo y el Estado de derecho. 3.2. Doble finalidad del derecho penal mínimo. 3.3. Características del derecho penal mínimo. 3.3.1. Principio de estricta legalidad. 3.3.2. Concepción formalista y convencionalista del delito. 3.3.3. Finalidad de la pena en el derecho penal mínimo. IV. El Estado garante de derechos de las personas privadas de la libertad. V. Conclusiones. VI. Recomendaciones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

La historia del derecho penal es en definitiva una historia de violencia, muertes, torturas, y violaciones a la dignidad de millones de personas; desafortunadamente y contrario a lo que hoy se puede pensar, la mayoría de las agresiones fueron producidas por el propio Estado en ejercicio del *ius puniendi*¹.

1 Anitua, Gabriel Ignacio, Historia de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto, Buenos

Lo preocupante, sobre todo para un Estado constitucional de derecho como el que proclamamos ser, es que esta historia es parte del presente y la vivimos a diario; a quienes consideren que las atrocidades producidas y legitimadas por el derecho penal son parte del pasado, y que de ellas solo nos quedan memorias documentales y relatos —como la espeluznante narración que hace Foucault al inicio de su obra *Vigilar y Castigar*²— los invitamos a recordar brevemente las distintas concepciones de delito y pena que permitieron a los Estados cometer las barbaries y crueldades de las que ahora nos horrorizamos, y a reconocer en ellas elementos presentes en nuestra actual concepción del derecho penal³ y en la practica cotidiana de juristas, legisladores, jueces e instituciones penitenciarias.

A quienes consideren que a pesar de la dolorosa historia que antecede al poder punitivo, esta violencia se encuentra justificada por ser garantía de la “seguridad ciudadana” los invitamos a recordar los fundamentos del Estado de derecho y la consagración de los derechos humanos, verdaderas garantías de todos y todas frente al abuso del poder estatal que históricamente ha demostrado ser mucho más peligroso que los conflictos privados que puedan surgir⁴.

Como alternativa válida queremos aproximarnos a los principios de un derecho penal mínimo, que al momento parece ser el único modelo compatible con el Estado constitucional de derecho y el respeto de los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, haremos un recuento histórico de las concepciones de delito y finalidades de la pena, posteriormente, analizaremos los postulados principales del Derecho Penal mínimo, sus finalidades, principios y la concepción del delito y la pena en este contexto.

Aires, 2006, pág. 10. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, octava edición, Madrid, 2006, pág. 344, 385.

2 Foucault, Michael, *Vigilar y Castigar*, 1ra. Edición, Siglo Veintiuno, Madrid, 1984, pág. 11

3 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, op. cit. nota 1, pág. 2.

4 C. Cattaneo, Della pena di morte nella futura legislazione italiana, en *Opere scelte*, pág. 200 “Decís defendernos con la mano del verdugo de la mano del asesino. ¡Demasiada generosidad! No es muy probable que a uno de nosotros le toque en suerte sucumbir a manos de un asesino. Pero sí, con esta inoportuna solicitud vuestra por nuestra vida, patrocináis el mal uso de los suplicios por razones políticas, [...] Frente al asesino podemos ser iguales en fuerzas. Pero frente a una feroz reacción política nadie, nadie está seguro.

Finalmente, y dado que nuestra intención es enfocar el presente análisis a la pena y su ejecución, enfatizaremos en la responsabilidad directa del Estado como garante de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

II. Concepciones de delito y finalidades de la pena

2.1. El origen de los conceptos de delito y pena

El derecho penal tal como lo conocemos en la actualidad nace a partir de la confiscación del conflicto a la víctima,⁵ en ese momento el Estado pasa a ser el principal perjudicado y se reemplazan los conceptos de daño y venganza por los de delito y castigo⁶. Lo que importa entonces no es el daño producido a otro miembro de la comunidad sino la indisciplina y desobediencia ante la ley del soberano⁷, el infractor se convierte en el enemigo de la autoridad⁸ quien podrá descargar sobre él toda su fuerza para cobrarse por el agravio recibido pero además para mostrar todo su poder públicamente ante la sociedad. Antes de recibir el castigo, el “victimario” ya ha dejado de ser un sujeto de la relación para convertirse en un objeto de la indagación –“reo” viene el latín res, cosa– del que se obtendrá “literalmente la prueba más absoluta: la confesión”⁹. Podemos encontrar aquí el génesis de la naturaleza inhumana de las penas, si el infractor era un enemigo no merecía consideración alguna, ni si quiera la que podría tenerse con un súbdito, al extremo de llegar a ser considerado como un simple objeto de la investigación que casi indefectiblemente terminaría con una condena.

En tal virtud, tanto el proceso inquisitorio –tortura y confesión– como las penas crueles con la finalidad de imponer el terror en la comunidad son

5 Zaffaroni, *El enemigo del derecho penal*, Ibañez, Bogotá, 2006, pág. 45.

6 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, op. cit. nota 1, págs. 17, 18 y 19

7 *Ibid.* pág. 20. Foucault, *Vigilar y Castigar*, op. cit. nota 2, pág. 45

8 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, op. cit. nota 1, pág. 23

9 *Ibid.*, pág. 20

productos modernos que nacen a raíz de la confiscación del conflicto a los particulares¹⁰.

Luego de haber ejercido el poder de esta manera, durante algún tiempo, se ensayan sus justificaciones discursivas, y así, el sistema penal se construye en esta época teniendo como fundamento la idea del “otro” considerado como enemigo, como un ser inferior¹¹; pero además, se articula y fortalece con base en el miedo: el miedo al poder de la autoridad pero, también, el miedo al “otro”.

Tal como lo manifiesta Gabriel Ignacio Anitua:

El miedo encuentra su justificación en hechos históricos incontestables. Las modernas burocracias, el diagrama de poder que se gestaba, se presentaban como la mejor forma de solucionar problemas, como la mejor herramienta para mejorar esas “emergencias” en sociedades evidentemente en riesgo [...]. El otro era: el sujeto destinado a ser eliminado, encerrado, separado o muerto para permitir vivir mejor, y sin miedo, a la comunidad¹².

Cabe señalar que, en el momento histórico que analizamos, coincide la aparición del Estado moderno con la consolidación del Estado absolutista, lo que dio lugar al derecho penal en su forma más brutal e ilimitada¹³.

Es importante recalcar, además, que esta idea del otro, aplicada por el soberano a quien infringía su ley, fue la base de toda una política de exclusión, cuyo ejemplo más palpable, por ser tal vez uno de los más cercanos a nuestra realidad, es el proceso de expansión e imperialismo europeo, entonces los “otros” eran los que provenían de los territorios descubiertos –América, África y la India–, y se produjo así un verdadero genocidio en sus poblaciones locales¹⁴.

En este punto hacemos una parada en el viaje histórico para volver los ojos al presente y comprobar que los elementos que legitimaron la existencia de este salvaje derecho penal siguen en la base de nuestro moderno sis-

10 *Ibid.*, pág. 26

11 *Ibid.*, pág. 24

12 *Ibid.*, pág. 44

13 *Ibid.*, pág. 48

14 *Ibid.*, pág. 43

tema punitivo, ¿acaso ahora el ius puniendi estatal no se fundamenta en el miedo, en el terror generalizado, en la tan proclamada, mal utilizada y tergiversada “inseguridad ciudadana”? y más importante aún, ¿no se considera al sujeto pasivo del sistema penal como el “otro” al que hay que eliminar, la amenaza al orden constituido, el enemigo? Posiblemente se objetara ante estas reflexiones que las penas actuales difieren sustancialmente de los crueles castigos aplicados en el pasado y que su justificación como defensa social es absolutamente válida pues la peligrosidad de ciertas personas es experimentada a diario por los buenos ciudadanos. Tales aspectos son temas de un debate mucho más amplio y con mayor intervención de la criminología en el análisis; de lo que se quiere dejar constancia aquí es que no hemos abandonado los elementos presentes en los orígenes del derecho penal y que tales elementos permitieron ilegítimas intervenciones estatales en la vida de millones de personas pues fundamentaron un poder punitivo ilimitado, la realidad demostró los excesos que se pueden cometer en el ejercicio de tal poder.

2.2. Las penas en el antiguo régimen

En el antiguo régimen la relación entre delito y pecado es absoluta a través de la concepción de un Derecho Natural que abarca tanto lo espiritual como lo terrenal;¹⁵ el Estado toma de la Iglesia el concepto de estado en pecado, el hecho es simplemente la manifestación externa de tal estado y el proceso inquisitorial la mejor forma de evidenciarlo, su equivalente civil será la enemistad con el soberano¹⁶.

El pecado es entonces la base del castigo y en tal virtud éste está dirigido a la personalidad del infractor, el delito no es una cuestión de acto sino de autor, y el castigo tiene como finalidad redimir del pecado y enmendar la personalidad; se fundamenta así la absoluta arbitrariedad de las penas y la legitimación del poder para imponerlas, no existen parámetros objetivos para limitar el poder punitivo estatal el cual además se fundamenta en un derecho superior y natural.

15 *Ibid.*, pág. 23

16 *Ibid.*, pág. 21

2.3. La escuela liberal clásica

Ante los abusos de la nobleza, el clero e incluso la monarquía absolutista, surgen las ideas liberales que fundamentan la existencia del Estado en un pacto social, John Locke es posiblemente uno de los pensadores del límite que con mayor claridad expone las ideas del liberalismo, y recalca la importancia de la tolerancia y los derechos naturales –luego humanos– como límite del poder estatal¹⁷.

Con base en el contrato social la escuela liberal clásica¹⁸ concibe al delito como un ente jurídico que implica la violación de este pacto, y en tal virtud ni el delincuente es concebido como un ser diferente, patológica o moralmente enfermo, ni el castigo está orientado a curarlo o enmendarlo¹⁹. La única finalidad de la pena es proteger la vigencia del contrato y para ello deberá consistir en una contramotivación que funcione en aquellos casos en que se pretenda incumplir con el mismo²⁰.

Se aplican así criterios utilitaristas para la determinación de la pena, y se señala que sólo será legítima aquella sanción estrictamente necesaria para proteger los derechos fundamentales de quienes forman parte del contrato²¹. Todo exceso en el castigo resulta tiránico, se defiende además la eliminación de los castigos crueles y excesivos por considerarlos ineficaces y contraproducentes.

Para Beccaria, el daño y la defensa social están en la base de la teoría del delito y de la pena, se destaca además la concepción estrictamente jurídica que Carrara tenía del delito, el cual no es simplemente un hecho dañoso

¹⁷ *Ibid.*, pág. 72

¹⁸ Al hablar de escuela liberal clásica se hace referencia a las concepciones de delito y pena desarrolladas en Europa en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, particularmente, a la obra de Jeremy Bentham en Inglaterra, a la de Anselm von Feuerbach en Alemania, a la de Cesare Beccaria y de la escuela clásica del derecho penal en Italia.

¹⁹ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1986, págs. 21-24

²⁰ *Ídem*

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, *op. cit.* nota 1, pág. 259: “los sufrimientos penales –coinciden en afirmar Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blacstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y von Humboldt– son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza”.

sino además jurídicamente considerado como tal y en tal virtud una violación del Derecho²².

Esta concepción del derecho penal se presentaba como una instancia crítica a los sistemas penales de la época y, desafortunadamente, posterior a esta corriente de pensamiento surge una ideología ya no reformadora sino conservadora y preocupada no por imponer límites al poder sino por defender al “estado y el nuevo orden económico y social contra los ciudadanos y en particular contra las nuevas ‘clases peligrosas’”²³, de esta ideología la escuela positivista es un claro ejemplo y de ella hablaremos a continuación.

2.4. Escuela positivista

La escuela positivista²⁴, tan ampliamente difundida y aceptada en su época, y cuyos rezagos subsisten hasta nuestros días²⁵, considera que el delito es de naturaleza patológica, y por lo tanto diseña una base científica que justifique la adaptación de la pena a cada uno de los delincuentes dependiendo de sus respectivas patologías, más exactamente y acorde a la doctrina de la defensa social, adaptándose a la peligrosidad de cada individuo²⁶.

Cesare Lombroso, el mayor representante de esta escuela de pensamiento y considerado como el padre de la criminología, pensaba que existían determinados rasgos biológicos que evidenciaban el carácter delincucional de las personas, y elaboró una lista de estos rasgos y una clasificación de los tipos de delincuentes con base en sus características físicas.

Enrico Ferri, integra la idea naturalística de Lombroso con la teoría de la defensa social y considera que la pena es el mecanismo necesario para defender a la sociedad de la peligrosidad de ciertos individuos, para él, el

22 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit. nota 19, pág. 26

23 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit. nota 1, pág. 228

24 Cuando se habla de criminología positivista se hace referencia a teorías desarrolladas en Europa entre fines del siglo XIX y comienzos del XX, en el ámbito de la filosofía y de la sociología del positivismo naturalista. Con ello se alude, en particular, a la escuela sociológica francesa (Gabriel Tarde) y a la escuela sociológica en Alemania (Franz von Listz), pero especialmente a la escuela positiva en Italia (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo).

25 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit. nota 19, pág. 22

26 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, op. cit. nota 1, pág. 180

delito no es más que el síntoma de la personalidad peligrosa y la pena se dirige a dicha personalidad con el objetivo de transformarla²⁷.

En su obra principios del derecho criminal, Ferri sintetiza los aportes del positivismo criminológico, entre los que cabe señalar: a) la demostración de que el libre albedrío no tiene sentido en el derecho penal, b) el que la defensa social es el propósito de la justicia criminal y; c) el principio de que el crimen debía estudiarse en la figura del delincuente.

En definitiva, la criminología positivista tenía una concepción determinista del delito y en su base se encuentran criterios absolutamente racistas y discriminatorios.

Volvemos al presente, ahora para demostrar las huellas dejadas por esta escuela en nuestro sistema de ejecución penal, para ello basta con revisar la actual ley en la materia. Nuestra legislación consagra la idea de la rehabilitación como una finalidad del sistema, el tratamiento como el medio para conseguirlo y reconoce en la peligrosidad un criterio válido para la clasificación. A pesar de todas las ideas humanistas y sensibilizadoras que se puedan percibir en la ideología de la rehabilitación, es imposible no reconocer en ella, más aún luego de los antecedentes señalados, una concepción del delincuente como un enfermo al que hay que curar. La persona se convierte nuevamente en un objeto, esta vez a cargo de la observación científica y el tratamiento, las dos etapas a cargo de los especialistas técnicos en la materia.

Nuevamente se podrán hacer objeciones al análisis, y sostener que en la práctica la ejecución de la pena no cumple con esta función y, que posiblemente si así fuese la cárcel sería un lugar menos conflictivo y lesivo de derechos. Esta vez habrá que disentir absolutamente con esta apreciación, el problema de la situación carcelaria es estructural e implica una cuestión jurídica fundamental: el reconocimiento de las personas privadas de la libertad como sujetos de derechos, sobre ello se hablará más profundamente en los siguientes acápite por ahora basta con señalar que la finalidad de la rehabilitación esconde una idea discriminatoria, por considerar a quienes debe rehabilitar como seres inferiores, con problemas patológicos clínicamente tratables a través de los especialistas del sistema, adicionalmente, la

27 *Ibid.*, pág. 188

idea de tratamiento es ilegítimamente invasiva pues pretende incidir en la personalidad de los condenados y condenadas.

III. Derecho Penal mínimo

La confiscación del conflicto a la víctima ha sido considerada tradicionalmente como un proceso de racionalización y limitación de las excesivas violencias producidas por la venganza privada²⁸. Lastimosamente, como se podrá deducir del resumen hecho, lo que en efecto se produjo fue la legitimación y monopolio estatal de la violencia; a partir de entonces ya no serían dos particulares enfrentados por la defensa de sus intereses sino toda la organización del aparato estatal con el máximo uso de su fuerza en contra de quienes, consideraba, atentaban contra su poder y estabilidad.

En respuesta a todas las arbitrariedades estatales surgen durante la Ilustración fuertes críticas y voces de protesta; el pensamiento ilustrado concibe al Estado como un poder al que hay que limitar, reconoce que el Derecho Penal es el ámbito en el que más claramente se refleja el conflicto entre poder estatal y derechos individuales y, consagra garantías capaces de tutelar estos últimos frente al arbitrio punitivo.

Lastimosamente, el legado de la Ilustración a través de los principios forjados en ella²⁹ parece cada vez más olvidado por los actuales sistemas penales, en tal virtud, se hace imprescindible formular y fundamentar un derecho penal con las bases de la Ilustración, orientado a proteger los derechos fundamentales de todas y todos los ciudadanos frente a la potestad punitiva del Estado.

28 *Ibid.*, págs. 23, 24 “No fue un proceso de humanización aquel en el que comenzaron a ser usuales las torturas, tormentos y penas crueles como consecuencia del monopolio de arbitrariedad jerarquizante”

29 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, *op. cit.* nota 1, pág. 33. Estos principios son: la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia.

3.1. El derecho penal mínimo y el Estado de derecho

La diferencia fundamental entre el derecho penal mínimo y el derecho penal máximo es su carácter más o menos limitado y condicionado, el primer modelo corresponde al Estado de derecho mientras que el segundo es compatible con los estados totalitarios y absolutos³⁰.

El Estado de derecho –más concretamente el Estado constitucional de derecho– es aquel en el que el ejercicio del poder público está sometido a determinadas normas que regulan no solo la forma sino también el contenido de sus actos³¹, estos contenidos están guiados por los derechos humanos cuya garantía es condición de legitimidad del Estado³², base y justificación de su existencia; los derechos humanos forman un núcleo inderogable sobre el que no se puede decidir (o dejar de decidir³³) ni siquiera por voluntad de la mayoría³⁴.

A su vez, el derecho penal es un sistema de definición, comprobación y represión de la desviación que, independientemente del modelo que adopte, siempre consistirá en restricciones a los derechos de las personas³⁵. Estas restricciones se hacen presentes en tres momentos diferentes del derecho penal: cuando se define cuáles son las conductas consideradas desviadas (delito), cuando una persona es sometida a la investigación y condenada por realizar tal conducta (proceso) y, cuando se aplica el castigo por la infracción cometida (pena)³⁶.

Como lo advirtieron los pensadores ilustrados, es en el ejercicio del poder punitivo en que se evidencia de forma más clara y violenta el conflicto entre Estado y derechos individuales, precisamente por ello, en un

30 *Ibid.*, pág. 103

31 *Ibid.*, pág. 855. “El estado de derecho es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político” en una de sus acepciones hace referencia a aquellos estados cuyos “niveles normativos superiores incorporan límites no solo formales sino también materiales al ejercicio de cualquier poder” *Ibid.* pág. 856

32 *Ibid.*, pág. 859

33 En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

34 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, *op. cit.* nota 1, pág. 82. Esta era la idea de la ilustración cuando se hablaba de seguridad.

35 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, *op. cit.* nota 1, pág. 209

36 Esta tripartición fue puesta en la base de la ciencia penal por Francesco Carrara, que reconoció en ella los tres grandes temas que constituyen el objeto de la ciencia penal.

Estado constitucional de derecho el modelo de derecho penal es aquel condicionado y limitado por el respeto y protección de los derechos humanos, es decir, un derecho penal mínimo.

Si bien todas las personas estamos sometidas a las restricciones de la libertad de acción impuestas por el derecho penal, no todos ni solo los desviados estarán sometidos a las restricciones impuestas en los otros dos momentos del derecho penal (proceso y pena), no todos porque son muchos los que logran substraerse al proceso y la ejecución de la pena, ni solo ellos porque habrá casos en que los inocentes serán procesados e incluso, debido al error judicial, condenados³⁷.

Por lo tanto, reconociendo la naturaleza intrínsecamente lesiva del derecho penal, lo que se busca con un modelo de derecho penal mínimo es someterlo a ciertas garantías que condicionen su ejercicio en tutela de los derechos de las personas. La existencia del derecho penal se justifica si y solo si, a pesar del coste social que éste implica, logra la efectiva protección de estos derechos, incluso a pesar de los intereses de la mayoría.

3.2. Doble finalidad del derecho penal mínimo

El derecho penal entendido como la ley del más débil tiene una doble finalidad: a) La prevención general de los delitos y, b) la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.³⁸

En un primer momento se protegen los derechos fundamentales de las personas de las posibles violaciones perpetradas por otros miembros de la comunidad a través de las prohibiciones establecidas en la ley penal³⁹.

Una vez cometida la violación la consecuencia jurídica es la imposición de la pena, y en este momento la finalidad del derecho penal es proteger a la persona condenada en contra de excesivas, innecesarias e ilegítimas violencias⁴⁰. A quien esta finalidad le parezca absurda habrá que recordarle el carácter artificial del derecho penal y por lo tanto su necesidad de justificación frente a otras formas de defensa y control.

37 Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit. nota 19, pág. 101 y ss.

38 Ferrajoli, Luigi, *Devecho y Razón*, op. cit. nota 1, pág. 334

39 *Ibid.*, pág. 334

40 *Ibid.*, pág. 249

Este es posiblemente uno de los puntos más conflictivos y de difícil aceptación en el moderno derecho penal, y aunque es posible entender, con dificultad e inconformidad, que para la opinión pública tal finalidad represente la más indigna y absurda defensa de sus malvados enemigos, presentados a diario en los medios de comunicación masiva casi como monstruos no humanos que lo único que merecen es ser embodegados en depósitos llamados cárceles, no se puede comprender que juristas, legisladores y jueces asuman tal posición olvidando por completo los principios racionalistas que por lo menos en teoría inspiran nuestro derecho actual.

¿Qué es entonces lo que diferencia al derecho penal de los otros tipos informales de control social? ¿Cómo legitimar el monopolio estatal del uso de la fuerza? Si la única finalidad del derecho penal es la máxima seguridad de la mayoría no desviada de la sociedad podríamos justificar no solo las penas crueles sino incluso el poder del Estado sobre la vida de las personas⁴¹. El derecho penal sería entonces simplemente el brazo armado de las mayorías, con permiso para lesionar arbitrariamente derechos, denigrar a las personas e incluso disponer sobre sus vidas; en tal caso, no merecería llamarse derecho sino violencia estatal organizada, y con honestidad deberíamos desprendernos de esa doble moral que reprime y juzga horrorizada ciertos actos cuando son realizados en contra de una mayoría pero los legitima cuando los destinatarios son una minoría, por lo general excluida y estigmatizada.

Es necesario aclarar que la ideología de un derecho penal garantista no es en modo alguno la de la impunidad e insensibilidad ante el dolor de las víctimas. Formular un derecho en el que se respete la estricta legalidad, la necesidad y proporcionalidad de las penas es buscar una verdadera seguridad ciudadana. Pero sobre todo reconocer que la dignidad de la persona y sus derechos humanos no son concesiones estatales y por tanto su vigencia es absoluta e inderogable.

3.3. Características del derecho penal mínimo:

Para cumplir con su finalidad tutelar, el derecho penal mínimo se formula

41 *Ibid.*, pág. 261

en base a un conjunto de garantías, cuya función no es tanto legitimar la potestad punitiva como deslegitimar su ejercicio absoluto⁴².

Este sistema de garantías es resumido por Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón* de la siguiente manera⁴³:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria*
- A5 *Nulla iniuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

Todas estas garantías, que aunque no totalmente efectivas al menos se hayan reconocidas en el derecho penal sustantivo y procesal, se olvidan por completo durante la etapa de la ejecución de la pena, como si este momento del *ius puniendi* fuese ajeno a los principios establecidas por el propio derecho penal.⁴⁴

3.3.1. El principio de estricta legalidad

El axioma de mera legalidad exige los dos primeros principios del sistema garantista (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), mientras que el principio de estricta legalidad abarca las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine acusatione, sine probatione, sine defensione*)⁴⁵.

⁴² *Ibid.*, pág. 91

⁴³ *Ibid.*, pág. 93

⁴⁴ Tanto en nuestra constitución política, como en el código procesal penal se encuentran presentes muchos de los principios señalados por Ferrajoli como integrantes del sistema garantista.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, *op. cit.* nota 1, pág. 95

Con respecto a la pena la estricta legalidad tiene tres componentes⁴⁶:

- a) Reserva de ley: Solo la ley formal puede crear o modificar las penas
- b) Tipicidad o taxatividad: Son penas todas aquellas y sólo aquellas descritas, cualitativa y cuantitativamente, por la ley
- c) Predeterminación legal de las penas: La ley debe establecer previamente los supuestos en los que se aplica la pena, y su medida (de un mínimo a un máximo).

Contrario a lo que señala el principio de estricta legalidad, durante la ejecución de la pena la regla general es la discrecionalidad y arbitrariedad de las autoridades y funcionarios penitenciarios; cuando una persona es condenada a una pena –a la pena privativa de la libertad que es la pena por excelencia– es enviada a un mundo paralelo al Estado de derecho en el que desaparecen todas las garantías que tenía como ciudadano frente al poder estatal.

La persona no es condenada a cumplir simplemente con la pena descrita, cualitativa y cuantitativamente, en la ley. Si bien la pena establecida en la legislación es la privación del derecho a la libertad de movimiento durante un determinado tiempo, existen una serie de medidas y castigos no legales que modificarán dicha pena. Por un lado, la ley de ejecución penal establece un tratamiento individualizado que dependerá de las características de cada persona, dicho tratamiento será determinado por un grupo de especialistas⁴⁷ luego de una etapa de observación y diagnóstico, así, la calidad de la pena se determina por una instancia administrativa, un comité interdisciplinario que considerará no las circunstancias objetivas del delito previamente establecidas en la ley sino la personalidad del condenado o condenada.

Pero además de la modificación de la pena luego de la sentencia condenatoria, que en última instancia podría considerarse con base legal aunque no por ello menos discrecional e ilegítima, existen una serie de vejaciones y violencias que acompañan a la ejecución de la pena. El problema de estos castigos extra legales y extrajudiciales es que la actual legislación en la mate-

46 *Ibid.*, pág. 718

47 Código de Ejecución de Penas

ria no prevé mecanismos idóneos para evitar tales castigos y garantizar que la pena consista únicamente en aquella preestablecida por la ley.

El régimen disciplinario es otro elemento violatorio de la estricta legalidad, pues mediante reglamento define infracciones y crea sanciones aplicables a tales conductas que además serán impuestas sin seguir un debido proceso establecido en la ley. La disciplina se convierte así, más que en un medio, en un fin en sí misma. El problema aquí no radica en el establecimiento de pautas de convivencia que permitan a todos ejercer sus derechos en armonía, el inconveniente surge cuando el poder disciplinario vulnera arbitrariamente los derechos de las personas sin respetar la reserva de ley. Consecuentemente, tanto las infracciones como los castigos deben estar claramente preestablecidos en la ley de ejecución penal.

Finalmente, el sistema progresivo afecta la seguridad y la certeza de las penas, así, en virtud del sistema progresivo la persona es condenada a un futuro incierto que deberá conquistar día a día de acuerdo a su conducta y a su relación con las diferentes instancias administrativas.

3.3.2. Concepción formalista y convencionalista del delito

Otra de las características del derecho penal mínimo es la concepción formalista y convencionalista del delito y de la pena. De tal manera, a diferencia de las concepciones sustancialistas y ontológicas, que consideran al delito como una inmoralidad intrínseca o anormalidad patológica⁴⁸, en un modelo de derecho penal mínimo se entiende que solo por convención jurídica una determinada conducta se convierte en delito⁴⁹, excluyendo por completo criterios extrajurídicos de valoración y ratificando principios como la igualdad de los sujetos y un ámbito seguro de libertad⁵⁰.

Cuando el Estado decide prohibir determinados actos lo hace en consideración a los derechos fundamentales que cree necesario (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*) y adecuado proteger a través del poder punitivo, solo aquellos actos (*nulla iniuria sine actione*) que lesionen estos derechos (*Nulla*

48 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit. nota 1, pág. 41

49 *Ibid.*, pág. 38

50 *Ibid.*, pág. 42

necessitas sine iniuria) y que hayan sido debidamente preestablecidos por la ley penal podrán ser objeto de sanción, por lo tanto no se sancionan las intenciones, los pensamientos, y más importante aún las diferencias que corresponden a la personalidad de cada persona, y que el Estado no tiene el derecho de modificar o intentar adecuar a un parámetro general.

3.3.3. La finalidad de la pena en el derecho penal mínimo

Partiendo de la concepción netamente jurídica tanto de delito como de pena, y abandonando cualquier confusión con la moral o la naturaleza, podemos afirmar que si la condena no es un juicio acerca de la inmoralidad o naturaleza patológica de la persona, sino exclusivamente la comprobación procesal de que se han cumplido los supuestos legales en presencia de los cuales se puede aplicar el castigo, entonces, queda excluida toda finalidad de enmienda o tratamiento.

Acorde con la doble finalidad del derecho penal mínimo, por paradójico que parezca, la finalidad de la pena es proteger a la persona condenada. El monopolio estatal del uso de la fuerza y su aplicación organizada a una persona se justifica, en este momento del derecho penal, por lograr prevenir los castigos excesivos que produce la venganza privada.

IV. El Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad

Como manifestamos en el acápite precedente, y como su nombre parece anunciar, los derechos humanos le corresponden al ser humano por el solo hecho de serlo. No se trata por tanto de debatir si las personas condenadas al cumplimiento de una pena conservan o no sus derechos; este es un tema que no admite discusión y mucho menos decisiones, las personas privadas de la libertad continúan siendo titulares de derechos, independientemente de si el Estado lo reconoce o no, o de si existen los mecanismos adecuados para garantizar su efectivo cumplimiento.

Precisamente porque se evidenció que el Estado era quien por excelencia violaba los derechos de sus nacionales, el respeto a estos derechos, ante-

riores a cualquier organización y normativa, pasa a ser de interés y regulación internacional, así, se formulan varias declaraciones y suscriben convenios en los que los Estados se obligan a respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Si tal como señalamos, el derecho penal es el ámbito en el que más claramente se refleja el conflicto entre Estado y derechos individuales y, dado que, “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”⁵¹, la tutela de los derechos humanos durante la ejecución de la pena reviste especial importancia por ser este campo en el que mayores violaciones se pueden producir.

Por lo tanto, dada la relación de absoluta sujeción que existe entre la persona privada de la libertad y el Estado, en vista de que es el Estado el responsable de los centros en los que se ejecuta la pena y, ya que es el Estado el que asume la custodia de todas las personas que han sido condenadas, es indudablemente el Estado el garante directo de los derechos de todas las personas privadas de la libertad⁵².

En virtud de su condición de garante, el Estado debe reconocer claramente, tanto en su normativa superior como en la legislación secundaria, que las personas condenadas al cumplimiento de una pena continúan siendo titulares de todos aquellos derechos fundamentales que no hayan sido legítimamente restringidos por una sentencia condenatoria, debe eliminar todas las disposiciones directamente violatorias de derechos y también las que permitan un amplio espacio de discrecionalidad y arbitrariedad a las autoridades penitenciarias y debe crear mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos.

Es así como se debe mejorar la condición de las cárceles y no elaborando tratamientos clínicos y pedagógicos, luchando para que a pesar de la paradoja intrínseca funcionen de la mano la reclusión con la reinserción, con la finalidad de transformar a las personas al modelo que la sociedad creó para los diferentes estratos socio-económicos.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón, párr. 92, Cfr. Caso Tibi, párr. 130; Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 239; y Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. párr. 78.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci, párr. 195, Caso Acosta Calderón, párr. 91, Caso Tibi, párr. 129.

Ahora bien, es cierto que el Estado no tiene la facultad para incidir en la forma de ser de las personas condenadas convirtiéndolas en elementos más útiles y buenos para la sociedad, pero también es cierto que no está facultado para encerrar a las personas en ambientes criminógenos, nocivos y peligrosos, que no solo no reeducaran –en los términos asumidos por la legislación- sino que funcionaran como verdaderos mecanismos de desadaptación, exclusión y escuelas del crimen.

Así que lo que el Estado debe hacer, también en su función de garante, es procurar que sus centros de “rehabilitación” sean lo menos desocializadores posibles y produzcan el menor impacto negativo en la vida de las personas condenadas y sus familias.

V. Conclusiones

El Derecho es concebido como límite del poder absoluto, garantía de justicia, equidad e imparcialidad, en la práctica no siempre ha sido así, pero no por ello debemos renunciar a los ideales que lo inspiran. No se debe permitir que el derecho penal se transforme en el brazo armado del poder político, violencia estatal al servicio de la venganza alimentada por el miedo.

Un Estado que tortura, que mata, que en definitiva vulnera derechos en nombre de la seguridad ciudadana, no solo que se deslegitima, sino que se equipara a los delincuentes a los que tanto dice combatir, con la diferencia de que sus actos criminales son organizados, constantes y sistemáticos. El “Derecho” que avale una actuación de este tipo no puede llamarse Derecho.

Como lo hemos repetido a lo largo de este artículo, el Derecho Penal es garantía de todos y todas frente al arbitrio del poder punitivo, lo que se intenta por tanto con un derecho penal mínimo es la defensa del Estado de derecho, cuyos principios han sido históricamente conquistados desde la época de la Ilustración como respuesta al abuso estatal.

Lo que se pretende es que las penas aplicadas sean aquellas necesarias, humanas y por lo tanto legítimas.

En fin, que el Derecho Penal no se convierta en cómplice de la violación de derechos, que no sea una violencia irracional adicional a la producida ya por el delito, que reconozca sus límites y que no los olvide, porque

hoy puede actuar en contra del “otro” pero su poder absoluto podría extenderse a todos, a todos los que no detentan el poder.

VI. Recomendaciones

Para hablar de un acercamiento hacia el garantismo penal y al derecho penal mínimo durante la ejecución de la pena, y decimos acercamiento porque estamos conscientes de que este es un proceso que no concluye con las modificaciones legislativas, se debe asumir, en las diferentes instancias (legislativa, judicial y administrativa) que el derecho de ejecución penal es parte del derecho penal en general y, en tal virtud, durante la ejecución de la pena se aplican todos los principios en él establecidos, fundamentalmente los de estricta legalidad y jurisdiccionalidad.

Para cumplir con la finalidad tutelar del derecho penal es necesario que la legislación secundaria consagre los derechos fundamentales de las personas condenadas, reconocidos ya en nuestra Constitución Política, y abandone la idea de que tales derechos pueden ser concedidos o negados por la administración penitenciaria a nombre de privilegios o beneficios durante un tratamiento en virtud de la conducta de la persona.

El reconocimiento de los derechos no tienen sentido si no se establecen al mismo tiempo garantías adecuadas que les permitan a las personas ejercerlos y defenderlos en caso de una posible o real violación. Estas garantías deben considerar las circunstancias específicas de las personas privadas de la libertad y procurar reducir al máximo la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Las penas a ejecutarse deben ser aquellas preestablecidas en la ley penal, descritas y determinadas tanto en su cantidad como en su calidad, evitando así arbitrariedades y procurando la seguridad de la persona frente a la administración penitenciaria. Sin embargo, con el contenido actual de nuestro Código Penal el rígido cumplimiento de las penas legales podría ser excesivo, por lo tanto se hace también imprescindible una reforma de toda la legislación penal al amparo de los principios garantistas.

El aumento indiscriminado de las penas no satisface la finalidad preventiva del derecho penal, por el contrario, la certeza de que las penas establecidas, las mínimas necesarias, serán aplicadas en todos los casos y a todos las perso-

nas de forma clara y transparente parece ser un mecanismo adecuado para aumentar la efectividad del derecho penal en la prevención de los delitos.

El régimen disciplinario es parte de la reserva de ley, y por lo tanto, todas las infracciones y sanciones que podrían aplicarse durante la privación de libertad deben estar claramente establecidas en la legislación penal, el proceso disciplinario, dado que en él se podría decidir acerca de la restricción de ciertos derechos, debe revestir todas las garantías del debido proceso.

VII. Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los Pensamientos Criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1era. reimpresión, 2006
- Baratta Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1986
- Baratta Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Compilación in memoriam, Ed. B d f, Montevideo-Buenos Aires, 2004
- Beristain, Antonio; Neuman, Elías, *Criminalidad y dignidad humana: diálogos*
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Migue, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Octava Edición, Trotta, Madrid, 2006.
- Foucault, Michael, *Vigilar y Castigar*, 1oma. Edición, Siglo Veintiuno, Madrid, 1984
- García Ramírez, Sergio, *Criminología Dogmática y Derecho Penal*
- Larrauri Pijoan, Elena, *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*
- Mapelli Caffarena B., *Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006.
- Reforma Penal Internacional, *Manual de buena práctica penitenciaria*, 2da. Ed, San José de Costa Rica: Guayancán, 2002
- Hassemer Winfred; Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
- Zaffaroni, Eugenio Raul, *Criminología: aproximación desde un margen*, Editorial Temis, Bogotá, 2003
- Zaffaroni, Eugenio Raul, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ibañez, Bogotá,

2006

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La rehabilitación no rehabilita *la ejecución de penas en el garantismo penal*

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. Introducción. II. La rehabilitación atenta a la dignidad de las personas, atenta contra los fundamentos del garantismo, vuelve al derecho penal de actor, permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad, además, no rehabilita. III. Conclusiones. IV. Recomendaciones.

I. Introducción

He escrito sobre temas relacionados a la Constitución en los últimos años de mi vida. El conocimiento del derecho constitucional realmente, y lo digo con certeza, es inacabable. Tengo que reconocer con humildad que hay aspectos del mismo que realmente no conozco y apenas lo comprendo. Por ejemplo, me ha costado entender el régimen de desarrollo, las complejidades del seguro social, el diseño de la participación ciudadana, la constitución económica. Esto lo menciono para afirmar que comprender sobre la ejecución de penas desde el derecho constitucional y los derechos humanos no me ha resultado fácil. Tuve que leer el tremendo ladrillo, clásico, llamado *Derecho y Razón, una teoría sobre el garantismo penal* de Luigi Ferrajoli.

A Luigi Ferrajoli lo conocí por primera vez cuando encontré un libro titulado *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Antes no había leído un texto decente que trate sobre los derechos de forma profunda y sistemática. Con L. Ferrajoli entré, sin querer, en lo que ahora se conoce como “garantismo” y que también podría ser llamado con propiedad “neoconstitucionalismo”. La referencia obligada, digamos que la matriz conceptual, del garantismo se encuentra en Derecho y razón. Este libro es, desde mi perspectiva, la aplicación de los derechos fundamentales en el sistema penal y en el sistema jurídico. De ahí no resultaba descabellado encontrar pistas para comprender sobre la regulación de la ejecución de penas como parte del sistema penal y, por tanto, se la puede apreciar, como cualquier otra institución jurídica, desde el lente de los derechos.

Un último dato sobre este mentado libro.

Siempre creí que el sistema de rehabilitación social es la idea más adecuada, actual y acabada para tratar a una persona que ha cometido una infracción. Me sonaba tan lógico como natural. Algo así como se piensa que toda pastilla recetada por un médico es intrínsecamente la mejor opción para sanar. Lógico, porque algo y positivo hay que hacer con los condenados, y natural, porque qué más puede pedir un delincuente que cambiar para bien. Pero no siempre lo que se cree es lo mejor. Con un poco de información se puede saber que las pastillas a veces provocan peores daños de los que pretenden curar y que la rehabilitación es un concepto inadecuado desde los derechos.

La rehabilitación atenta a la dignidad de las personas, atenta contra los fundamentos del garantismo, vuelve al derecho penal de actor, permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad, además, no rehabilita.

Pensaba que la rehabilitación era un sistema humano y motivador. Humano porque parte de la idea de que las personas han cometido un error y pueden enmendarlos. Motivador porque para poder rehabilitarse el estado está en la obligación de elaborar políticas para conceder rebajas a las penas, que es el mecanismo por excelencia para rehabilitar, y que a través de un sistema de estímulos se incentivaba el cambio; nada mejor para una persona que saber que si hace un esfuerzo podría disminuir sus penas. Rehabilitar, además, implica la existencia de un régimen progresivo. El recuperar la libertad es algo así como pasar del estado líquido al gaseoso y

volver al estado líquido; siendo lo líquido la sociedad y lo gaseoso el proceso de rehabilitación. En algún lugar leí (no me hago el misterioso, la metáfora es de Jorge Zabala Baquerizo, en *El proceso penal*) que así es también como se pierde la presunción de inocencia y se tiene, mediante un proceso, la certeza de culpabilidad en la sentencia. Poquito a poquito se va perdiendo la inocencia, como poquito a poquito una persona condenada se va rehabilitando. Entonces, en el régimen progresivo se pasa de una condena dura, digamos dieciséis años, a obtener rebajas de las penas, libertad condicional, prelibertad y la ansiada reincorporación a la sociedad. Todo esto me sonaba bien y que así tenía que ser. Lo que tenemos ahora, al fin, es el resultado de un proceso largo de construcciones teóricas. Si funciona mal, no es culpa de la teoría, sino de un puño de funcionarios corruptos o por la falta de recursos del estado. Por último, será tan cierto y adecuado la teoría de la rehabilitación que la mayoría de países del mundo, incluso los “civilizados”, la han adoptado en sus políticas y legislaciones. Más de una vez habremos escuchado que los centros de rehabilitación social son mal llamados así porque más bien son una escuela del delito; afirmando, en el fondo, que serían bien llamados si rehabilitaran; o sea, sosteniendo que el problema no es la teoría sino la forma como se ejecutan y aplican las normas en la práctica.

No es casual, entonces, que la Constitución, aún la más avanzada y garantista que ha tenido el Ecuador, proclame como finalidad de la pena la rehabilitación social, que los centros donde se depositan a las personas se llamen de rehabilitación social y que una de las subsecretarías del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos también se llame de rehabilitación.

¿Tanta gente, tanta institución, tanta legislación, tanta doctrina se pueden equivocar?

La respuesta, obviamente, es no, dependiendo de la teoría desde la que se conteste. Si una persona se ubica en las clásicas escuelas de la defensa social o positivistas, la verdad es que no estaría equivocada. Sin embargo, desde la perspectiva que inspira un sistema jurídico que pretende ser coherente entre los derechos y su ejercicio, entre las normas secundarias y las que reconocen derechos humanos, la respuesta es que sí, y esto quisiera tratar en el resto de este ensayo. Me encantaría convencer, persuadir, agradar al responder la siguiente pregunta: ¿se debe rehabilitar a una persona?

Tengo algunos argumentos (prestados y apropiados, de más decir que de Ferrajoli) para afirmar que nadie, peor el estado, tiene derecho para rehabilitar a una persona: 1. La rehabilitación atenta a la dignidad de las personas; 2. La rehabilitación atenta contra los fundamentos del garantismo; 3. La rehabilitación vuelve al derecho penal de actor; 4. La rehabilitación permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad; 5. La rehabilitación no rehabilita.

(1) El famoso principio de la dignidad, formulado por Kant, ha sido reiteradamente invocado por autores latinoamericanos y por personas garantistas. Entre los primeros, el filósofo Arturo Roig y, entre los segundos, Luigi Ferrajoli. El principio de dignidad podría ser utilizado como un parámetro para evaluar cualquier derecho en función de su ejercicio o violación. Lo he utilizado en múltiples oportunidades y, la verdad sea dicha, me ha sido terriblemente útil. ¿Pero qué dice el principio?

Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otra, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio.

Esto quiere decir que nadie puede ser utilizado como un medio: regla uno. Sólo puede una persona ser un medio cuando al mismo tiempo es un fin: regla dos. Ejemplos al paso. En la esclavitud, las personas eran utilizadas como un medio para los fines del patrón; los fines de la persona esclava eran irrelevantes. En la tortura, el cuerpo de una persona es el medio para obtener una información; el fin del policía no es compartido por el de la persona torturada. Ejemplo positivo, en el que pasando el filtro kantiano, en cambio, se constata dignidad. El padre tiene como fin tener una hija pero, al mismo tiempo, al promover las libertades de la hija, se convierte en un medio; la persona que realiza un trabajo, en el que se siente satisfecho salarial y profesionalmente, cumple su fin y, al mismo tiempo, es un medio al satisfacer las necesidades de una empresa.

Apliquemos el principio de la dignidad al problema de la rehabilitación. La idea es que la sociedad, a través de los mecanismos legales, establece un fin a las personas que han cometido delitos que es el de rehabilitarlas.

Puede ser que este fin social sea compartido por las personas que han sido condenadas penalmente, en cuyo caso no hay problema alguno. El problema surge cuando la persona condenada no comparte el fin social de rehabilitar. Si se acepta que es irrelevante la opinión del condenado, en términos teóricos, estaríamos retornando a las teorías utilitarias de la organización social. No importa la voluntad del individuo en tanto sea útil para la sociedad. Desde esta perspectiva, no tendríamos problema alguno. Pero resulta que las teorías utilitarias no se armonizan con la dignidad. De esto y con autoridad, J. Rawls, en su *Teoría de la Justicia*, se dedicó a demostrar en la primera parte del libro que el utilitarismo no es adecuado para tener una organización social justa. El fin de la sociedad no puede imponerse al individuo; en otras palabras, no puedo sacrificar a un individuo a pretexto de la utilidad de su sacrificio para la sociedad. Desde el análisis kantiano, la sociedad impone un fin y la persona es un medio para cumplir ese fin, pero la rehabilitación para el condenado no es el medio y peor el fin al mismo tiempo; luego, la rehabilitación atenta contra la dignidad. Estamos sugiriendo, entonces, que la rehabilitación sólo puede operar si es que está conforme con la voluntad de la persona rehabilitable. La primera y convincente argumentación en contra de esta primera conclusión es que la persona condenada está sufriendo las consecuencias por haber infringido una norma que socialmente se considera grave. Pero, esta persona podría argumentar que las consecuencias de la infracción se agotan, por el principio de legalidad, en la pena prevista en el tipo penal. Escuchemos un diálogo ficticio de dos personas que seguramente han leído a L. Ferrajoli:

- Te condeno, por haber delinquido, a que te vayas preso y a que, después de tu encierro, salgas como una persona útil para la sociedad –dice el estado, tuteándole al delincuente.

- Acepto su condena, Señor, me voy a la cárcel, pero no acepto que, además, usted me obligue a algo que no quiero –replica el condenado.

- La ley es la ley –enfatisa el estado.

- Pero la ley dice que, por hurtar, tengo que cumplir una pena de tres años y punto.

- En otro lugar distinto al código penal, encontrarás que dice que el fin del sistema es rehabilitar, y ese lugar es nada menos y nada más que la

Constitución, que quienes editan este tipo de libros dicen que es lo máximo y además es vinculante, rígida y nosequé cosas más, así que salado.

- Pero la misma Constitución dice que se respetan los derechos, y que éstos se derivan de la dignidad y que ustedes deben desarrollar nuestras capacidades. Lo cierto es que la pena establecida es la privación de libertad y, como dije antes, con todo el poco respeto que se merece, debo cumplir con lo establecido en la ley, por último, si se duda, como yo lo hago ahora, hay que resolver en favor de la persona y no del sistema o del estado. Punto.

En este ejercicio poco imaginativo de diálogo, en el que no sólo las partes conocen la Constitución sino también uno ejerce el derecho de resistencia, encontramos dos problemas. Escuchemos otra vez a los actores:

- Desde el análisis formal –argumenta el estado– tengo razón. El fin de la pena, que efectivamente no está en el código penal, está en la Constitución y, por la interpretación sistémica del derecho, se incorpora al derecho penal. El fin, además, es loable tanto para la persona como para la sociedad. Esto suena a un argumento utilitario, de acuerdo, pero esa apreciación es ajena al derecho y es propia de la filosofía, se respeta pero lamentablemente, por mi condición de garante, no me queda otra que ejecutar lo prescrito.

- Resulta, sin embargo de lo acotado por usted, que simplemente si quiero delinquiré, no quiero estar privado de libertad y, si logran condenarme, no quiero rehabilitarme. Nadie me ha prohibido hurtar y no lo podrían hacer porque tengo derecho a ejercer mi libertad como quiero, si no fijese que el tipo penal no comienza diciendo “prohibido hurtar” sino que establece las consecuencias de un hecho que libre y voluntariamente decido hacerlo; tampoco pierdo mi titularidad para ejercer mi libertad de movimiento cuando me encierran y por eso cuando me fugue no podrían sancionarme por ello; luego, en esta línea de pensamiento, tampoco podría perder mi libertad para decidir cómo quiero vivir antes o después de la cárcel. Así que le sugiero que vaya ponderando en estas terribles contradicciones de la Constitución y resolviendo a favor de las personas.

Sin duda este preso leyó a Ferrajoli y el estado a Bentham. Pero, más allá de escuchar a estos filósofos irreales, ¿Qué significa rehabilitar? ¿Cuál es el modelo de personas habilitadas? ¿Y habilitadas para qué? Y las respuestas a estas preguntas agravan el problema. Cuando uno piensa en los programas que existen de rehabilitación, uno podría concluir que la sociedad es un grupo de personas carpinteras, costureras, agricultoras, mecánicas, lo que no sólo no es cierto sino que estamos pensando en oficios marginales para gente obviamente marginal (y digo obviamente marginal porque ahí están todos los que deberían sino que están las personas más excluidas de la sociedad, y para esto recomiendo un libro que, en su momento, marcó mi vida jurídica, que se llama *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, del gran Alessandro Baratta (a quien tuve el gusto de algún día estrecharle la mano y hablar sobre Ecuador, en la universidad de Saarbrücken, donde el enseñaba y yo estaba de casualidad). Por otro lado, si todas las personas que cometen infracciones penales fueran unas deshabilitadas carpinteras, costureras u otras, tendría sentido el término. En la práctica la rehabilitación es una ficción a través de la cual impongo un fin vano, una vocación no deseada, un oficio marginal a personas que puede no interesarle ni servirle.

La sanción penal es la privación de la libertad, no está tipificada como sanción el impedir el libre desarrollo de la personalidad. Las personas condenadas (medios) son rehabilitadas para que la sociedad tenga paz y seguridad (fin). Las personas no tienen dignidad y por eso pueden rehabilitarlos al buen querer y entender de las autoridades penitenciarias. Esta última interpretación no se compadece con los derechos de las personas.

(2) El garantismo, según L. Ferrajoli, se asienta sobre dos grandes fundamentos conceptuales: 1. el principio de estricta legalidad, y 2. el principio de jurisdiccionalidad. Por el principio de estricta legalidad, los delitos, el procedimiento y las penas están predeterminadas por el sistema jurídico, y éstos son respetuosos de la Constitución. No se tolera, por ejemplo, tipos penales abiertos, procedimientos largos e inefectivos y penas desproporcionadas y discrecionales. Por el principio de jurisdiccionalidad, las autoridades que ejercen competencias penales deben verificar que los hechos existan y que esos hechos correspondan a los tipos penales establecidos en la ley.

En la fase de ejecución de penas se violan los dos principios. Las conductas de las personas que merecen premio para las rebajas de penas o castigo por el régimen administrativo de disciplina, están plagados de conductas que podrían considerarse como tipos en blanco; conductas tipo: “faltar el respeto a la autoridad”, “tener actitud hostil”, “no demostrar deseos de superación”; los procedimientos no tienen plazos determinados o simplemente no hay procedimientos; y las sanciones son discrecionales, que van desde la pérdida de las rebajas hasta el encierro en calabozos. De este modo se viola el principio de estricta legalidad.

Las conductas mantenidas en los centros de privación de libertad, que merecen sanciones, no son investigadas por una autoridad imparcial e independiente ni tampoco son verificadas mediante una resolución motivada. Los informes tienen parámetros subjetivos o basados en la simple no realización de actos considerados reprochables. Se tiene buena conducta por no haber demostrado mala conducta. Se tiene mala conducta por haber hecho algo que no está conforme con las categorías positivas de los guías o de los instructores.

Los principios enunciados, que son celosamente cuidados al momento de juzgar a una persona, son patéticamente descuidados al momento de ejecutar las sentencias condenatorias. Como que se entra a un régimen, en términos espaciales y materiales, de excepción. De pronto, las garantías no son efectivas ni vinculantes porque, simplemente, no son importantes y no tiene sentido aplicarlas.

(3) Las dicotomías son necesarias aunque odiosas. Necesarias porque ayudan a entender y, además, como solía decir mi profesor de lógica simbólica, parecería que es parte de la matriz conceptual del ser humano (por eso de que todo puede reducirse al p y no p). Odiosas porque –y éste es un defecto adquirido por haber leído algo de teorías sobre género y derecho– la vida parecería que no puede reducirse a una lucha de opuestos (en el caso de género es aquello de masculino y femenino, bueno y malo, positivo y negativo, yin y yan), sin términos medios y tan poco diversa. Sin embargo, por cuestiones teóricas, me justifico, conviene utilizar el lado de lo necesario. Toda esta introducción para decir que dos de mis autores preferidos utilizan categorías conceptuales dicotómicas. Uno de ellos Zaffaroni y otro el

ya tan mentado Ferrajoli. El primero, para valorar los sistemas jurídicos y políticos utiliza el paradigma del estado policía y estado de derecho, tanto en su clásica obra *Sistemas penales y derechos humanos* como en su último *Manual de Derecho Penal*; el otro paradigma es el de estado autoritario y democrático. Los primeros –policía y autoritario– no son aceptables en términos de los derechos humanos y los segundos –de derecho y democráticos– son a los que se debe pretender.

Entre las muchas diferencias que tienen los dos paradigmas, que no es del caso explicitar, nos interesa la concepción que se tiene de la persona y el delito. En los regímenes autoritarios, absolutistas, policíacos, se sanciona a la persona, que es lo que en la dogmática se denomina “derecho penal de autor”. No importa lo que haga la persona, tiene que ser sancionada: si no ha hecho algo, porque hay que prevenir; si ha hecho algo porque hay que reprimir. No sólo que no hay que cometer infracciones sino que no hay que parecer que se cometan, parafraseando aquella máxima patriarcal referida a las mujeres (la mujer del César no sólo tiene que ser honesta sino parecerlo). Atrás de esta teoría que es hartamente atractiva para las personas que se creen que jamás cometerían delitos y que son las que sienten la inseguridad ciudadana, existe una concepción intolerable desde los derechos humanos. Esa concepción intolerable se llama prejuicio y el prejuicio lleva a la discriminación.

Norberto Bobbio escribió un maravilloso ensayo traducido al español como “La naturaleza del prejuicio” (*Elogio de la templanza y otros escritos morales*), Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1997). En este ensayo, Bobbio describe el origen de las discriminaciones: a. Hay diferencias entre los seres, que no son buenas ni malas per se; b. A las diferencias se les otorga una valoración, que son buenas o malas según los valores de los grupos humanos, y c. Las diferencias determinan conductas discriminatorias. En lo que nos toca, hubo una escuela jurídica que se conoce como el positivismo penal, a través de la cual se llegó a clasificar a los delincuentes en función de sus rasgos y que tuvo una influencia enorme en lo que se denomina como el *darwinismo social*. En sociedad existen seres humanos que son diferentes, tanto física como culturalmente (punto a. de Bobbio), esas diferencias son valoradas, unas personas tienden a delinquir y delinquen y otras no (punto b), a las primeras hay que encerrarlas y a las otras hay que proteger de las primeras (punto c). Con esta lógica, que ha sido la

predominante en la historia del derecho penal, se ha sancionado a las personas por ser. Entonces, en el régimen nazi estaban en situación particular de vulnerabilidad los judíos; en la época del Ku Kux Klan, los afroamericanos; en nuestras sociedades patriarcales, racistas y adultocéntricas, las mujeres, los indígenas y los niños y niñas; en un régimen autoritario, los disidentes. Así se explica también que una sociedad que valora la libertad de mercado y el trabajo, se sancione a quienes se consideran vagos. De esta manera, una clase social, la más poderosa, se impone a otra, que es la marginal, la somete, la excluye y hasta la elimina. Intolerable desde los derechos humanos. Sólo por ejemplificar con un chiste popular el peso del prejuicio: un hombre blanco que corre es atleta, un hombre negro que corre es delincuente. Si esa idea está en la cabeza de un policía o un juez, ya se pueden imaginar las consecuencias.

Cuando se instituye el principio de igualdad y no discriminación, las personas no pueden ser penalmente sancionadas por ser sino por *hacer* algo que se considera penalmente como reprochable. Esto que suena y se enuncia de manera fácil es el gran salto cuántico de un modelo a otro. Las personas son irrelevantes para el derecho penal; los hechos delictivos sí importan. Entonces, un pobre, una mujer, un niño, un judío, un afroamericano, un indígena, no pueden ser sancionados por lo que son sino por lo que hacen, cuando su conducta está prevista en un código penal; de igual modo, un adulto, un hombre, un rico, un blanco, una persona que ejerce poder no son impunes por lo que *son*, sino que pueden también ser sancionados por lo que hacen. Acá el famoso axioma de la igualdad ante la ley. Esto se llama *derecho penal de acto*. Si ahora existe algún tipo penal de autor, éste, con el marco sustancial que brindan los derechos humanos reconocidos en la Constitución, sería inconstitucional y, por tanto, jurídicamente inválido. El derecho penal de acto va de la mano con el principio de lesividad. Todo acto juzgable tiene que producir un daño grave a un bien jurídico constitucionalmente relevante. Lo más seguro es que si no hay daño, estamos ante resquicios del derecho penal de actor.

El derecho penal vigente establece el derecho penal de acto. Los jueces y tribunales tienen prohibición de juzgar a las personas sino que deben juzgar la gravedad de los hechos. Este avance significativo en el derecho penal, sin embargo, no es parte de toda la lógica del sistema penal.

El derecho de ejecución de penas se basa, aunque nos cueste creer y sea fácil demostrar, en el derecho penal de actor. Existe una especie de desdoblamiento o esquizofrenia. La mitad del sistema penal es garantista y democrático y la otra mitad es represivo y policíaco.

Tan pronto como una persona es condenada y llevada a un centro de privación de libertad, el acto por el que se condenó a la persona se torna totalmente irrelevante y el actor se encontrará bajo estudio científico. Lo primero que van a hacer es clasificar a la persona según su *peligrosidad*, y entonces puede ocurrir el absurdo que la persona entra por el robo de un vehículo y se encuentre en el pabellón de máxima seguridad, o, al revés, de haber asesinado a sangre fría a alguien y estar en un lugar de mínima seguridad. Entra y se le clasifica. Durante la permanencia se va a valorar el comportamiento del individuo. Mientras mejor se porte, que quiere decir que mientras más se adapte al sistema de privación de libertad, tendrá una serie de privilegios y premios: rebajas de penas, prelibertad y libertad condicional. Si una persona no se adapta a la privación de libertad, que parecería desde mi perspectiva la más normal (¿quién vive encerrado en su cuarto, aula u oficina con felicidad?), tendría mayor tiempo de privación de libertad y no se le aplicaría el famoso régimen progresivo, sin importar –insistimos– el acto cometido por el que se le puso sentencia.

Extrañamente, el derecho penal de autor resucita, cobra vida, se lo aplica y nadie lo cuestiona. “Hasta la sentencia, señor delincuente, usted vive en un estado democrático y de derecho, con todas las garantías y es tratado respetando la igualdad y la prohibición de discriminación por la identidad; desde la condena, muy a nuestro pesar señor, usted vive en un estado policíaco, autoritario, racista, sin garantías y es tratado según el prejuicio dominante”.

Muchos descuidos de la teoría del derecho por parte de las personas que se consideran promotoras de regímenes respetuosos de los derechos. Un descuido lo hizo notar Bobbio cuando dijo que debemos apuntar a pensar en las garantías de los derechos y que Ferrajoli dijo que era un déficit en relación con los derechos sociales; otro descuido es el derecho de ejecución de penas. Hagan una prueba. Vayan a una librería de derecho y pregunten por los libros de derecho penal. En los estantes van a encontrar mil y una variación sobre todos y cada uno de los temas de la dogmática penal sustan-

tiva: el acto ilícito, los tipos, la responsabilidad, la antijuridicidad, las eximentes de responsabilidad, el delito informático, el derecho penal internacional; pero no van a encontrar o si los hay, contados, sobre la ejecución de penas.

La rehabilitación fue asumida como la forma única y, si hay otras, la más adecuada para atender a la persona condenada. Como se ha afirmado, la forma de abordar el problema de qué hacer con el condenado después de la sentencia, no sólo que es olvidada por la doctrina sino también por el estado y por la sociedad. ¿para qué pensar en la pena de alguien que no vale la pena? Esta pregunta no cabe desde los derechos y la respuesta que se ha dado no ha sido la adecuada.

(4) La gran obsesión del garantismo es disminuir los ámbitos de discrecionalidad de la autoridad en el ejercicio de su poder. La historia demuestra que mientras más discrecionalidad, más autoritarismo. Del mismo modo, se mide el poder por la amplitud del ámbito para tomar decisiones; a mayor capacidad de decidir y menos controles, más poder. La reacción del estado liberal frente al estado absoluto fue por el excesivo poder de la autoridad; de hecho, el principio de legalidad es un principio limitador de poder. En el ámbito penal, cada garantía penal responde a un abuso de poder. Veamos:

- No hay pena sin ley: las penas eran fijadas en función del humor de la autoridad.
- No hay pena sin procedimiento: el procedimiento era sumario.
- No hay delito sin ley: la autoridad definía, según su capricho, lo que era una infracción que merecía castigo.

Y así podríamos seguir con las garantías del debido proceso y con los demás principios del derecho penal.

La policía, el juez, el fiscal y el defensor están sometidos a la mera legalidad (código penal) y a la estricta legalidad (constitución, verdad procesal, responsabilidad del autor). El marco de acción -la cancha diría un deportista- está clara y necesariamente marcada; de lo contrario el juego sería tan arbitrario como lo es el ejercicio de la potestad penal de juzgar. Los actores

estatales que intevienen están sujetos, amarrados, determinados por los derechos, que les vinculan y les limitan. Los vínculos están dirigidos a maximizar los derechos de las personas privadas de libertad, y los límites tienen como objetivo minimizar las violaciones.

Esta lógica, extrañamente, desaparece en el régimen de ejecución de penas. La ley, en lugar de establecer vínculos y límites, otorga competencias. O sea, en lugar de restringir el poder, otorga poder. Las autoridades en la ejecución, no importa si son judiciales o administrativas, deciden cómo, a quién y cuándo dar privilegios. Así como en la época de los estados policíacos o autoritarios, los jueces de la inquisición y los policías tenían competencias para disponer de la libertad, integridad y hasta la vida de las personas sin mucho argumentar, motivar, justificar, así también en el régimen de ejecución de penas. Las autoridades otorgan certificados, papeles, porque, según su criterio médico o especializado, se merecen. No hay control garantista sino más bien controles burocráticos: importan los papeles no las personas.

Las personas privadas de la libertad, como en la peor época del positivismo penal, están al arbitrio de las concepciones “científicas” de médicos, psicólogos, pedagogos, burócratas y de su calificación profesional (ahí el poder).

El garantismo tiene que, a través de la lógica y del discurso de los derechos, imponer vínculos y límites. Las personas en la cárcel tienen todos los derechos humanos salvo el ejercicio de la libertad de movimiento y no deben ganarse privilegios.

(5) Finalmente, la rehabilitación no rehabilita. Se puede demostrar empíricamente que las personas no se rehabilitan por el hecho de cumplir una pena y que el sistema penal no puede ni podrá garantizar la rehabilitación de los condenados. Me parece haber leído en un libro de Elías Carranza denominado *El preso sin condena en América Latina* (que seguramente inspiró mi tesis doctoral que nada originalmente se intituló el “El preso sin sentencia” en Ecuador), una frase que resume el argumento de este acápite: es tan inútil enseñar a vivir en sociedad a una persona encerrándola, como inútil resulta enseñar a jugar fútbol a un equipo en un ascensor. Resulta obvio. Así como se suele decir que la mejor forma de curar las fobias es enfrentándolas, sólo se puede convivir en sociedad estando en la misma

sociedad. La cárcel tiene las características propias de un baño: es unisex, se encuentran las peores suciedades de los seres humanos, es siempre estrecho, es un lugar del que todos quieren salir lo más pronto posible, tiene limitadísimos servicios, no es adecuado para otras actividades que no sean evacuar lo que no se necesita, es de paso, no es bonito, no tiene infraestructura adecuada para vivir, uno se encuentra consigo mismo, para hacer para lo que fue creado hay que cerrar la puerta y poner seguro. La vida no es así y no puede ser así, como si una casa estuviera restringida a un baño y sólo en ese lugar se pudieran agotar las posibilidades de existencia. Hay un aforismo que dice que nadie da lo que no tiene. La cárcel, lugar de encierro “donde las penas tienen cobijo”, no puede enseñar a vivir en libertad.

Las estadísticas seguramente comprueban lo afirmado. Los índices de reincidencia son altos, las condiciones de vida en los centros de privación de libertad son inhumanas, existe hacinamiento, los programas de rehabilitación exitosos no son proporcionados por el estado y son marginales, y, como suele decir la gente, “son escuelas del delito”. Permítanme rememorar a dos personas que, creo yo, reflejan, en pocas escenas, la calidad de vida en la privación de libertad.

De mis años de estudiante cuando hice prácticas en la cárcel de la calle Ambato y que marcaron la opción preferencial de mi vocación jurídica hacia los derechos humanos (entré a la facultad de jurisprudencia con ganas de ser diplomático y por eso, además, aprendí idiomas; por suerte o por designio divino en mi tiempo libre de estudiante, que no era poco porque los profesores no asignaban lecturas, decidí hacer prácticas voluntarias en derecho penal). Recuerdo el caso de dos clientes: Jhonny Mina y David Espín. Jhonny Mina entró a la cárcel por tener en el talón de su pie un gramo de cocaína y fue condenado a doce años de reclusión mayor; David Espín estuvo cuatro años y seis meses por haber robado un reloj. En los varios años que trabajé en la cárcel pude ver cómo físicamente éstos iban degradándose y cómo se iban tornando cada vez más personas violentas. Ambos acabaron en el pabellón denominado de polillas. Jhonny me sorprendió un día cuando casi mata a puñaladas a un compañero de celda por haberle insultado a su madre (“hijueputa”, le habían dicho en un juego de cartas, “y eso no se puede tolerar pues Ramirito” –se me justificaba–); eso le costó el cambio de celda a una donde lo normal era resolver los proble-

mas a puñaladas. David hizo dos cosas que no puedo olvidar. La una fue poner sus excrementos en su cabeza para llamar mi atención un día; y la otra fue simular un ataque epiléptico para que lo llevaran al departamento médico y así tomar agua y acostarse un rato en un colchón. David también, el día que llegué con la boleta de libertad, me puso los pies sobre la tierra y me demostró lo irreal de la rehabilitación. Yo tenía la costumbre de dar un sermón moralista cuando llevaba la boleta de libertad (por su parte, mi madre solía tratar como gente importante a los liberados en su primer día de libertad dándoles un banquete en la mesa de comedor y con la mejor vajilla que tenía). Mi discurso decía algo así:

- David no te he cobrado un centavo y ¿sabes cuál es la forma de pagar por mi trabajo?

- No Ramirito, diga usted no más lo que hay que dar.

- La paga de mi trabajo es que me jures que no vas a volver a robar.

David, como nunca otra persona me había dicho antes (siempre me juraban que no iban a robar y, por supuesto, siempre me mintieron y yo siempre les creí), mirándome firmemente a los ojos, me dijo:

- Ramirito, míreme, míreme –bajaba con su mirada a sus zapatos, pantalones, camisa– esto que ve usted es todo lo que tengo en la vida, además de esta cicatriz en la cara y este color negro que me jode. Yo le prometo a usted no robar, salgo ahorita a buscar trabajo y le juro que no lo encuentro. Y déjeme preguntarle ¿si mañana a la noche no puedo conseguir trabajo, contésteme, qué hago?

No tenía respuesta y tenía algo parecido a las ganas de llorar. Dosis de realidad, pues.

- ¿Qué hago, Ramirito? Dígame, pues, ¿qué hago?... No me queda otra que robar.

De ahí en adelante nunca más volví a decir mi cantaleta del mandamiento que dice “no robarás” y más bien me atrevía a decir que, como

Robin Hood, sólo roben a ricos. De ahí en adelante, también tengo que reconocer, no tengo ningún reproche –salvo cuando lo hacen de forma violenta– con las personas que me roban cosas que no disminuyen en absoluto mi patrimonio ni mi forma de vida.

Todo este cuento para demostrar con dos historias de vida que el centro de rehabilitación no puede rehabilitar.

En “la casa del jabonero el que no cae, resbala”, como solían llamar a la cárcel, hay gente que cambia y para bien, pero esos cambios no se producen porque el sistema rehabilite sino por condiciones de carácter personal o por aprendizajes que surgen por lo terrible de la cárcel y no por su ambiente o sus programas rehabilitadores. Se dice que cuando se pierde lo que se tiene, se valora. Sería tan ridículo llamar a este cambio en ese espacio rehabilitador como apreciar de igual modo la experiencia de una persona que migra a otro país donde no tiene familiares ni amigos, se habla otro idioma y explotan. En ningún caso se justifica que el cambio se deba a un enunciado legal de rehabilitación, cuando el ambiente propicia exactamente un ambiente de vida ajeno al que se predica.

Comencemos a concluir.

La idea de la rehabilitación está reñida, por principio, a la concepción de dignidad. Con este sólo argumento bastaría para replantear la palabra y la forma de intervención después de la condena.

Si analizamos los derechos, que según unos se derivan del principio de dignidad, uno por uno constataremos que son violados o seriamente amenazados en los lugares de encierro. Pero el problema es más dramático si nos restringimos a los principios y derechos directamente aplicables al régimen penal. Ahí encontramos un mundo bicéfalo. Por un lado encontramos intolerables esferas de inobservancia del principio de legalidad y jurisdiccionalidad, y, por otro lado, encontramos cuidadosos desarrollos para su respeto. Esas esferas de irrespeto las encontramos al principio, cuando interviene el poder ejecutivo a través de la fuerza pública, y, al final, cuando el mismo ejecutivo interviene en la ejecución de penas. Urge igualar tanto la doctrina como la práctica particularmente en el segundo momento, que es lo que hemos tratado de describir.

Si hay un avance que destaca en el cambio de paradigmas, es aquel de haber superado en la dogmática el derecho penal de actor y pasar al derecho penal de acto. Sin embargo, toda la práctica y teoría desarrollada y aplicada (de modo deficiente además) en la ejecución de penas es puramente derecho penal de actor. Es como sucedía con los derechos de los niños y niñas ante las garantías del derecho penal aplicado para personas adultas, simplemente un régimen de excepción para los niños y niñas. Debemos universalizar los principios a todas las fases de la aplicación del derecho penal. La condena, para el derecho penal, no debe agotarse con la expedición de la sentencia sino con su cumplimiento bajo los límites y vínculos de los derechos.

En el contexto actual, entonces, en el que la ejecución no está protegida por el garantismo, consecuencia lógica, existe un margen amplio de discrecionalidad. De esto se deriva un margen también amplio de arbitrariedad. Ahí donde no hay derechos que contengan el poder, la arbitrariedad se desborda. Esto lo apreciamos en la calificación de las personas, la distribución de las celdas, el ingreso a los programas y en el reparto de los privilegios de las rebajas, prelibertad y libertad controlada.

Finalmente, y acá por supuesto que falta mencionar los estudios cuantitativos y cualitativos que se han hecho de las cárceles, pero he asumido que no hace falta porque en el sentido común de la gente está que los centros de rehabilitación son “mal llamados” así porque simplemente no funcionan. No conviene mantener una ficción que sabemos que en la práctica es terriblemente destructora de personalidades, de integridades, de familias, de vidas. Las ficciones en el derecho importan en cuanto son ideales que ayudan a apreciar realidades que develan prácticas que son deslegitimadoras. No conviene lo contrario: tener ficciones que en la teoría ni en la práctica funcionan.

Ante esto, algunas recomendaciones.

1. No debemos imponer un sistema que establezca un fin ajeno a la voluntad de los condenados. La idea de rehabilitación, que ya está en la Constitución, hay que entenderla no como la resocialización sino como el desarrollo de las capacidades de las personas para ejercer derechos y, como

en cualquier derecho, uno decide si se los ejerce o no. El sistema no debe imponer fines ni tampoco se puede direccionar la libertad de elección de las personas. Así como el derecho penal supone que libremente se delinque, debe suponer que libremente se escoge rehabilitar.

2. Los principios de legalidad y jurisdiccionalidad deben orientar también la ejecución de las penas. Por el primero, el régimen disciplinario, las faltas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones deben estar nítidamente descritas en la ley; no tipos abiertos ni en reglamentos. Por otro lado, la autoridad que juzga sobre las violaciones de derechos dentro de la ejecución debe ser independiente e imparcial y motivar sus resoluciones o sentencias.

3. Los ámbitos de discrecionalidad deben, para prevenir la arbitrariedad, reducirse al máximo. Para ello conviene que las penas de privación de libertad sean también las de restricción de libertad y que se establezcan en la sentencia, con relación directa al acto que provocó el juicio y la condena. El tribunal penal que condena debe determinar el tiempo de privación de libertad, el momento de la libertad condicional, el de la prelibertad y la libertad total. Esto tiene más sentido con hacer una reforma que disminuya sustancialmente las penas y las acciones que merecen penas. En la ejecución de penas, entonces, simplemente se cumple lo dispuesto por el juez y no se presta a manipulaciones de agentes administrativos, como tampoco condiciona una pena a una buena o mala conducta de los individuos.

4. Esto no significa que el estado deja de hacer programas para que ofrezca una mejor vida a las personas condenadas. Es algo así, perdonen la comparación, como los ambientes en los espacios de atención preescolar. El estado ofrece un ambiente para artes, ciencias, alfabetización, salud, educación formal... y la persona escoge si quiere o no. La simple motivación es el ánimo de ejercer derechos no de rehabilitarse.

5. Se dice que las personas están predeterminadas dentro de los cinco años de vida dependiendo de la nutrición, estimulación y afecto que reciben. De esto la psicología infantil y el mismo Freud ya se han dedicado a descri-

bir y a dar fórmulas de solución. Resulta ingenuo que se pretenda cambiar, y de la peor forma, a una persona en contra de su voluntad. Lo único que se puede hacer es privar de la libertad en las condiciones más dignas posibles.

En este punto, y para no cansar, tengo que terminar. Si alguien busca mayor profundidad tiene que referirse a la obra de Ferrajoli. Mi objetivo no era otro que provocar una discusión sobre la idea incuestionable de la rehabilitación y motivar a la lectura de *Derecho y razón*, en la que encontramos formas renovadas y ojalá más adecuadas a una época de neoconstitucionalismos, en la que los derechos son norte, estructura y sustancia del quehacer público y privado.

Razón jurídica o barbarie

Sobre la jurisdicción en la ejecución penal

Jorge Vicente Paladines Rodríguez

Sumario

I. Introducción. II. Entelequia entre comunidad y orden. III. La pena en la rehabilitación social. IV. Las grietas de la legalidad penal: la cárcel y la cuestión del encierro. V. Garantismo en la privación de la libertad. VI. El control de la legalidad. VII. Reflexiones finales: más allá de la pena. VIII. Bibliografía.

*En las prisiones no puede haber signos de impaciencia.
Hay que esperar siempre. Un portal es abierto cuando el
anterior ha sido cerrado. En las prisiones no debe haber
signos de impaciencia. Hay que esperar siempre...*
Palabras recogidas en la prisión de Carandirú, San Pablo-Brasil¹

1 Citado por Elías Neuman, *El Estado penal y la prisión-muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 135.

I. Introducción

La ejecución de la pena en el derecho penal condiciona el entramado del *ius puniendi* hacia el encierro de las personas. Las prisiones no hacen más que reflejar la discordancia entre derecho y realidad. De ahí que su posible solución pase por la implementación de políticas públicas tendientes a impulsar un sistema de garantías dentro del sistema de rehabilitación social.

En primer lugar, haremos referencia a la disonancia entre comunidad y Estado. Se trata de volver al debate de la génesis de la norma y su función en la comunidad. Para ello, será imprescindible recordar cómo el Estado fue tomando cuerpo en la sociedad hasta el punto de convertirla en una entelequia. La legitimidad del *ius puniendi* se va articulando de una manera simbólica, pero con efectos supremamente reales.

En segundo lugar, pasaremos revista a las principales teorías que fundamentan la pena, tanto en su función como en su legitimidad. Veremos cómo la pena no es el único recurso que tiene la sociedad para efectivizar un “juicio de reproche”. A su vez, será el momento en que discutiremos sobre el nacimiento y la implementación normativa de la ideología resocializadora, como máxima expresión de la *prevención individual*.

No es por demás, en tercer lugar, introducirnos en el submundo del encierro y la prisionización como estructuras ontológicas de la rehabilitación social. Será menester recordar al lector sobre la formación de modelos de privación de la libertad y la presencia de la criminología clínica como rectora de la rehabilitación social ecuatoriana. Las formas de castigo comulgan, entonces, bajo la lógica de la “recuperación de capacidades” de las personas privadas de la libertad.

Un cuarto punto, y como llegada de las explicaciones realizadas anteriormente, será la urgente inscripción de la tutela judicial efectiva en la fase ejecutiva de la pena. El Estado garante tendrá que convertir la dinámica de efectividad de derechos hacia la construcción de un Estado Constitucional del Derecho en la pena. No se trata de abandonar a las personas privadas de su libertad, sino, por el contrario, de asegurar que su real situación de encierro pase por la aplicación cierta de garantías. Se busca impedir la discrecionalidad ejecutiva después de la sentencia judicial condenatoria ejecutoriada.

Finalmente, como quinto ítem, señalaremos algunos tópicos importantes para la judicialización de la rehabilitación social. Nos referiremos a competencias que permitirán, a las *juezas y jueces de garantías penitenciarias*, supervisar la legalidad de la administración penitenciaria, dentro de una fase en la que se coloca al ser humano en estado de vulnerabilidad, tanto frente a la sociedad como al Estado.

De esta forma, a través del presente trabajo, estableceremos una relación histórico-crítica acerca de la dialéctica de la ejecución penal. No se colocarán remedos en iniciar segmentados debates acerca de cuestiones como el orden, la pena, la rehabilitación y la cárcel, para finalmente llegar al todavía *deber ser* de las garantías penitenciarias en el Ecuador. Sin duda, se trata de ver la realidad de la norma y la norma en la realidad, dentro de una comunidad que ha cedido al Estado la resolución de sus conflictos y la aplicación de sus sanciones.

II. Entelequia entre comunidad y orden

La pena ha sido un elemento *sine quanon* en el Derecho Penal, incluso, su propio nombre deviene de ella. Por medio de esta “categoría” se permitió observar las distintas vertientes de sus orígenes, desde cuando existía el asilo eclesiástico para los pueblos germanos, pasando por las ordañas –prueba de Dios–, hasta llegar al período de la venganza pública, en la cual la víctima u ofendido decidía por su propia cuenta el “hacer justicia”. Sin embargo, el Derecho Penal –“derecho a sancionar” o *ius puniendi*–, entendido como el conjunto de directrices normativas que revisten efectos coercitivos, nació cuando se endosó esa fuerza sancionadora al Estado, entelequia bajo la cual se organizó política y jurídicamente a la comunidad.

La primera expresión de comunidad política la encontramos en la *polis* griega, donde ciudadanía y “Estado” se fundían en las asambleas atenienses, sin posibilidad alguna de distinguir la frontera entre gobernados y gobernantes; por ende, entre lo que hoy se conoce como lo privado y lo público. Si un ciudadano no participaba en la polis se lo consideraba como un *idion* –idiota–, pues, para la Grecia del siglo V a. C., la administración del poder

devenía de la unidad entre ciudadanos y polis².

Los ciudadanos –*la polis*– contaban con potestades ejecutivas, legislativas y judiciales. La potestad de aplicar justicia –lo que hoy se conoce como jurisdicción– implicó también el conocimiento de asuntos que conllevaban la sanción a quienes desestabilizaron la pretendida organización social griega. El orden se encontraba tutelado por la misma comunidad. No obstante, si los ciudadanos en la asamblea emitían fallos judiciales, que, posteriormente, se consideraban como errados, respondían personalmente con los mismos efectos coercitivos que esgrimieron en su decisión.

Una especie de boomerang penal en donde de condenador se pasaba a condenado. Quizá era la primera vez en que la idea de comunidad no implicaba, necesariamente, la destrucción del “Otro”; una especie de aplicación del principio “juzga a tu prójimo como a ti mismo”³. La evidencia que la historia nos presenta se encuentra en el afamado juicio que describe Jenofonte, en el que resalta la defensa de Euríptolemo por medio de la cual se debatió la condena a muerte –apasionada e injusta– de algunos estrategas atenienses, la que después se revirtió sobre los ciudadanos que los juzgaron erróneamente⁴.

Sin embargo, no se podía hablar de Derecho Penal en la antigüedad –aunque se tenga la primera referencia “democrática” de jurisdicción. Los custodios del orden no tenían la garantía de hacer efectivas sus decisiones sin que éstas se reviertan contra ellos, como consecuencia de la falta de escisión entre el Estado y sus súbditos.

Es la Iglesia Católica la que cambia este panorama en el medioevo, cuando para mantener el orden se inculcaron una serie de postulados que evangelizaron a la comunidad por medio de la interpretación exclusiva de las *sagradas escrituras*. Nadie más podía acceder a ellas. El juzgamiento de quienes se atrevían a violar sus contenidos se llevaba a cabo por parte de tribunales encargados de catequizar a la comunidad. Se recoge, entonces, la idea de comunidad para relegarse en una institución, que, más tarde, sería secularizada en la entelequia Estado.

2 Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988, pp. 352 y 353.

3 Parafraseando el mandamiento “Amarás a tu prójimo como a ti mismo”.

4 Ver David Held, *Modelos de democracia*, 2da. ed, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 41-45.

La primera manifestación del derecho a sancionar, en este período, proviene de la referencia que nos brinda Zaffaroni, cuando en el siglo XV se redactó el afamado Manual de la Inquisición (1484), aprobado por el papa y redactado por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger. Se fundó el primer libro de las ciencias penales o criminales de la historia, bautizado con el título de *Malleus Maleficarum* –“El Martillo de las Brujas”–, cuyo contenido esencial contaba con la tarea de “culturizar” a la mujer –concebida como pecadora desde el libro del Génesis con Adán y Eva– por ser más proclive a la maldad⁵. Se desató todo un aparato de persecución y cacería que condujo a las afamadas “noches de brujas”, en las que se prisionizaron y condenaron a muerte a millones de mujeres acusadas de herejía, apostasía y masonería –brujería en general.

Una vez extraído el poder de la comunidad era necesario mantenerlo en quienes lo ostentaban en su nombre. Aquí aparece Maquiavelo, como el primer filósofo del poder, para quien la política se subsume a la noción de *buen gobierno*. Hay una separación entre moral y política. El gobierno se estructura como la habilidad del príncipe para controlar las tensiones provenientes de la comunidad. La concentración del poder es la neutralización del “Otro”, de quienes sencillamente desalentaban con su conducta a la armonía del orden. Así, Maquiavelo sostenía que:

Debe, por tanto, un príncipe no preocuparse de la fama de cruel si a cambio mantiene a sus súbditos unidos y leales. Porque, con poquísimos castigos ejemplares, será más clemente que aquellos otros que, por excesiva clemencia, permiten que los desórdenes continúen, de lo cual surgen siempre asesinatos y rapiñas; pues bien, estas últimas suelen perjudicar a toda la comunidad, mientras las ejecuciones ordenadas por el príncipe perjudican sólo a un particular⁶.

Las conductas desafectas al orden establecido por el gobierno van a complejizarse. Se niega a la comunidad una racionalidad propia y se la hace dependiente de la construcción de un sentido mayor: el Estado. Se repre-

5 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pp. 21-24.

6 Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, 15 reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 100.

senta a la comunidad para garantizar su propio orden. Las individualidades renuncian a su poder –por medio del pacto social– para endosarlo a un constructo protector que le brinde la posibilidad de no aniquilarse en su *estado de naturaleza*. Sin duda, estamos aludiendo a Hobbes, quien ve en el individuo, per se, la posibilidad de la guerra, del conflicto y de la conflagración al orden, cuando expresaba que:

*No fueron los súbditos quienes dieron al soberano tal derecho (a castigar); sino que limitándose a renunciar a los que ellos tenían, fortalecieron la capacidad del soberano (Estado) para hacer uso del suyo propio como le pareciese más conveniente para la preservación de todos*⁷.

El orden se sobrepone a la comunidad, dando paso a la sociedad. Así, para Weber, la comunidad es una relación social que se inspira en sentimientos subjetivos, mientras que la sociedad es una relación social que se inspira en la compensación de intereses por motivos racionales (de fines o de valores), o también de la unión de intereses de igual motivación. Como es de notar, la meta-racionalidad de la *acción social* se funda en los intereses, lo cuales son inyectados políticamente desde el Estado⁸. Por el contrario, Freud sostenía que la cultura –la racionalidad weberiana– no hacía nada más que reprimir los instintos, el deseo o la *libinidad* que todas las personas llevamos dentro. El orden es una especie de repetición que establece cómo y cuándo se debe efectuar determinado acto, en el que básicamente se presentan dos efectos de culpabilidad en el individuo: a) El miedo a la autoridad; y, b) El temor al super-yo –en los dos por el surgimiento de un ambiente represivo externo⁹.

A pesar de esta crítica, el Estado construyó su propia racionalidad por medio de la normativización del espacio público, donde emerge la Ley como la cualidad que expresa la lógica de ese orden¹⁰. Se cuestiona, enton-

7 Thomas Hobbes, *Leviatán*, 2da. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 249.

8 Max Weber, *Economía y sociedad*, 14ta. reimp., México, Fondo de la Cultura Económica, 2002, p. 33.

9 Sigmund Freud, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 87 y ss.

10 Si la Ley no es más que la envoltura del orden, ¿por qué no suspenderla para no violentar su esencia? La respuesta a esta pregunta llevó a Carl Schmitt a generar una teoría que buscó restituir el orden con la suspensión de la Ley, es decir, de lo que hoy entendemos como Derechos Humanos. Así, para el asesor del nazismo, la garantía del orden se encuentra en el *Estado de excepción*, como

ces, la posibilidad de si una sociedad puede convivir sin Ley, frente a la cual sus individuos resuelvan sus diferencias en ausencia del Estado. La cultura de la legalidad se forja de arriba-abajo como una forma de limitar la acción individual. A la sociedad no le queda otra salida que encontrar la validez del orden por medio de la representación del Estado, que en definitiva, cumplirá con la función de crear conductas –delitos– y establecer su respectiva sanción o *pena*¹¹.

La racionalidad del orden estatal se repite en las relaciones sociales¹². Son las instituciones del Estado las encargadas de restituir el orden a través del equilibrio de poderes entre el ejecutivo, legislativo y judicial. El Estado encarna a la comunidad, desde su organización hasta su castigo. Tienen la tarea de condenar a quienes, con su conducta, resquebrajaron el orden y, de sancionar en nombre de una comunidad que ahora se ha convertido en entelequia¹³.

III. La pena en la rehabilitación social

Una vez que la sociedad se organizó –o que sus problemas se resolvieran a través del Estado– jurídica y políticamente, el “juicio de reproche” al res-

la potestad que tiene el ejecutivo para hacer respetar el orden, aunque implique la ruptura del orden jurídico. Ver Carl Schmitt, *La dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1985. El dilema se presenta si el mantenimiento del Estado pasa por encima del mismo Estado de Derecho. Cfr. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, 2da. ed., Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2005.

11 Más tarde, Feuerbach enuncia la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Según Welzel, esta disposición expresa tres ideas: 1) Sólo una Ley puede declarar delito a una acción; 2) Sólo una Ley puede imponer una pena; y, 3) Sólo antes que la acción sea ejecutada. Ver Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11va. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 23.

12 Luhmann aparece en el vértice de la racionalidad weberiana. A través de la Teoría de los sistemas auto-poéticos salta a la vista una Teoría del poder en la que, sencillamente, desaparece el ser humano, pues éste pertenece a un ambiente o entorno lleno de complejidad, en otras palabras, al estado de naturaleza. Ver Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988, p. 173.

13 En nuestro país, esta paradoja se deduce de la frase sacramental *Administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley*, que emplea la administración de justicia para brindar fuerza resolutoria a sus fallos mediante el ropaje de representar a la sociedad política organizada, es decir, al Estado.

quebrajamiento del orden adquiere una rígida nomenclatura jurídica. Se habla de delitos y penas para imponer una visión jurídica a los conflictos sociales. A partir de la Revolución Francesa se van a presentar algunas variables de lo que ha de entenderse –y aplicarse– como *pena*, tanto en su legitimidad, como en su función y finalidad. Se pretende construir una polisemia de sentidos político-criminales, reapareciendo nuevamente el debate entre Estado y sociedad, en el que la pena sea el fin o el medio de un derecho que impida la reaparición del *estado de naturaleza*. Surge de esta forma la aparente dicotomía entre las *teorías absolutas* y las *teorías relativas* de la pena, en el marco de axiomas que pretenden legitimar un derecho sancionador al servicio de la comunidad, o de la norma –entelequia– que regula su convivencia.

Para las *teorías absolutas* –defendidas por la Escuela Clásica, que buscan la reafirmación del orden estatal u ordenamiento jurídico–, el Derecho Penal es un instrumento al servicio del ideal de *justicia*. La pena cumpliría con la función de “retribuir” el daño o lesión cometida culposamente. Se busca legitimar un derecho penal –derecho de penas– para producir un mal en el autor del delito¹⁴, es decir, reproducirlo en quien originó el mal. Se pretende “pagar un mal por medio de otro mal” por el hecho de haber usado indebidamente la libertad individual, en cuyo caso, el mal sería proporcional a los valores que se expresan social y políticamente en la comunidad.

Las teorías absolutas o retributivas (de represión) de la pena encuentran en Kant –fundamento ético– y en Hegel –fundamento jurídico– a sus principales defensores. El mismo Hegel construyó la *dialéctica de la pena*, al esgrimir que si el delito es la negación del derecho, la pena sería la negación del delito, es decir, la reafirmación de la norma. En palabras de Welzel esto sería como “*la retribución justa de la infracción culpable del derecho*”¹⁵. La justicia que pretende el Estado se verifica a través de la construcción de juridicidad en la comunidad, incluso en el espacio privado, como parte del fun-

14 Para Bacigalupo, existen argumentos a favor y en contra de esta teoría. En su favor encuentra el argumento de que la pena no sacrifica al individuo en nombre de la generalidad. En su contra sostiene que esta tesis se basa en argumentos empíricos e irracionales, a la vez que la aplicación de la pena es, en sí, ficticia, porque “*el mal de la pena se suma al mal del delito*”. Ver, Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 32.

15 Hans Welzel, *op. cit.*, p. 281.

damento ético-social que debe regir en los individuos por medio del respeto a los valores inyectados normativamente¹⁶.

Las *teorías relativas* (de protección), sostenida por el Escuela Positiva, pretenden afianzar, en cambio, un Derecho Penal en virtud de la *utilidad* pues, como dice Parma, intentan contestar a la pregunta de: ¿para qué sirven las penas?¹⁷ Comienza a aparecer la idea de *prevención*, es decir, del establecimiento de una preocupación social del delito futuro, desdeñándose de los hechos delictivos que se presentaron en el pasado. La conducta delictiva revela en el autor una fenomenología de futuras lesiones al ordenamiento jurídico. Se va abriendo paso a una teoría que construye en el derecho la función de utilidad social de la pena. De esta forma, se presentan algunas variables, aglomeradas positiva o negativamente, en las categorías preventivas generales o especiales¹⁸, que se presentan a continuación:

- a) *General positiva*: Obediencia social del derecho
- b) *General negativa*: Intimidación a la sociedad
- c) *Especial positiva*: Resocialización del delincuente
- d) *Especial negativa*: Neutralización del delincuente.

(a) La *prevención general* positiva observa en la lesión del derecho el daño a la generalidad de la comunidad. No importa el delincuente, sino la sociedad, en la que, en definitiva, repercute el mal ocasionado. El delito es el *daño social*, una vulneración al ordenamiento jurídico. Esta variable “preventiva” pretende construir una sociedad homogénea de individuos “normales” que respeten la ley. El método sería obtener un convicto educado,

16 Hay que aclarar que no por cometer un delito el autor pierde su *ethos*. La ética acompaña a la persona como la sombra a los seres humanos, sin distingo alguno entre quienes cometieron o no un delito. Existe por ende ética en quien delinque.

17 Carlos Parma, *Derecho Penal posmoderno*, Lima, Ara Editores, 2005, p. 129.

18 Para un mejor estudio de las variables de la prevención general y especial véase Fernando Tocora, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 66-77; y, Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 37-47.

suavizado y homogenizado de conformidad al establecimiento social. Se busca en el “desviado” o “anormal” un encauzamiento a imagen y semejanza de las normas establecidas en la sociedad.

(b) La *prevención general negativa* también tiene su centro en lo social. No obstante, esta variable busca intimidar al des-asociado por medio del castigo. Se trata de “ejemplarizarlo” mediante la amenaza de una pena, en cuyo castigo se escarmienta y advierte a los individuos en la sociedad acerca de la coerción de su posible desviación¹⁹. Por ello, Pettit expresa que: “*los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier*”²⁰.

(c) La *prevención especial positiva* persigue la recomposición ética del reo. Se mira al condenado como un enfermo, en el que la pena actuaría como la medicina que asegure su potencial curación. Emerge la idea de “correcionalizar” al delincuente a través del método del *tratamiento*, es decir, de transformar la personalidad de quien quebrantó con su conducta la norma. En este sentido, Franz von Liszt sostenía que la pena podía servir, además de *corrección*, para *intimidación* e *inocuidación* del delincuente. Se corregirá al delincuente capaz de corregirse; se intimidará al delincuente que no requiere corrección; y, finalmente, se inocuidará al delincuente que carece de capacidad de corrección, es decir, al delincuente habitual²¹.

(d) La *prevención especial negativa*, finalmente, pretende la neutralización o eliminación del delincuente. Busca aislar al reo de la comunidad, pues su sola presencia equivale el riesgo de contagiarla criminalmente. El ánimo de la comunidad sería anular al delincuente, como un ser al que se le niegan sus derechos por representar la descomposición o enfermedad social —el delito.

19 Esto me recuerda al escarmiento que Roma impregnaba sobre sus súbditos al negarles la posibilidad de una insurrección por medio de la crucifixión desde Capua de miles de esclavos liderados por Espartaco.

20 Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 204.

21 Este último criterio se aplica en países como los Estados Unidos de Norteamérica, donde sencillamente su Derecho Penal repulsa la reinserción social de los *delincuentes habituales*, imponiéndoles la afamada pena de “cadena perpetua”, esto es, una pena indeterminada cuyo fin es aislar al individuo de la comunidad. Sobre la referencia de von Liszt ver Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 34.

Ambas teorías –absolutas y relativas– comulgan en la ontología político-criminal de la mayoría de los Estados, en cuya ejecución penal se permite, a la vez, tanto la represión del individuo como la protección social por fuera del delincuente. De esta forma, Roxin elaboró una teoría complaciente con las teorías expresadas anteriormente –“unificación dialéctica”–, en la que la pena cumpliría una triple función: i) De prevención general, cuando la ley amenace con penas; ii) De retribución, cuando se aplique la ley penal; y, iii) De prevención especial o resocialización, cuando se ejecute las penas. La pena brindaría entonces el tratamiento al delincuente al percibirlo como una persona débil, pero sin dejar de considerarlo en su radio de libertad y responsabilidad, es decir, sin alejar el “juicio de reproche” en la imputación²².

Empero, el esquema recogido por los instrumentos de protección de Derechos Humanos sería el de la prevención especial, es decir, el de rehabilitación social. Para 1955, el mundo vería nacer las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, en las que se impregnan fuertemente la teoría relativa de prevención especial, y también, se incorporan los axiomas de la prevención general, como cuando en su Art. 58 expresa que:

El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de la libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Como se observa, la directriz universal para la aplicación de la pena es el *tratamiento* del delincuente. Sin embargo, esta tendencia no deviene gratuitamente en el seno de las Naciones Unidas. Para ello, hay que hacer un breve ejercicio de memoria y encontrar en la Escuela Positiva (Lombroso-Ferri-Garófalo) a su principal precursora. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, Cesare Lombroso relacionaba al crimen con la personalidad del delincuente, como una de las primeras formas que, posteriormente, impulsarían la estructura del *tratamiento* como pena²³. Para Lombroso, los rasgos de la

22 Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 34.

23 Recuérdese que para Cesare Lombroso el delincuente se clasifica en: a) delincuente pasional; b)

personalidad dividían a la sociedad en individuos proclives a delinquir y en individuos que encarnaban la ética. En este sentido, Del Olmo decía que:

Se comienzan a vislumbrar dos concepciones diferentes del hombre: el “normal” y el “anormal”. Al primero, como aceptaba el orden, se le vinculaba con el libre albedrío. El segundo estaba sujeto al determinismo. Es decir, el “anormal” se resistía al “orden” y delinquía porque era constitucional y psíquicamente inferior por razones ajenas a su “voluntad”²⁴.

El delito, para unas personas, deviene de su propia inferioridad moral, biológica y psicológica²⁵, dando paso a la estructura socio-jurídica de un *derecho penal de autor*²⁶. Los genotipos y fenotipos buscaban explicar en el derecho penal la raigambre individual del delito, por ende, de la pena. Paradójicamente, todas las personas que no se parecían, por su abolengo y por su clase, a los sectores homogenizantes –o dominantes si se prefiere decir– que representaba Lombroso eran, sencillamente, delincuentes. Se trata de la cuestión de ser y parecer delincuente ante la comunidad.

Esta tesis, sin duda, retoma del *darwinismo social* la escisión biológica de los seres humanos como entes sujetos a clasificaciones raciales²⁷. La clasificación o etiquetamiento, producto de la etiología criminológica italiana, se complementa en la fase penitenciaria con la adopción de la clínica como método de rehabilitación social, dando paso al nacimiento de una criminología clínica que tiende a reducir la *peligrosidad* del delincuente. La prácti-

delincuente ocasional; c) delincuente loco; d) delincuente epiléptico; e) delincuente loco-moral; y, f) delincuente nato –por tendencia congénita. Al respecto se debe ver el interesante estudio que Marchiori realiza sobre la “evolución” de la criminología. Ver Hilda Marchiori, *Criminología. Teorías y pensamientos*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 36.

24 Ver Rosa Del Olmo, *América Latina y su criminología*, 4ta. ed., México, Siglo XXI Editores, 1999, p. 31.

25 Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *op. cit.*, p. 49.

26 Por el contrario, sería *derecho penal de acto* el referirse al delito como un hecho que produce el resquebrajamiento de los bienes jurídicos penales, sin estimar la personalidad del delincuente. El derecho penal de autor puede ser abordado desde dos vertientes: a) Por un lado, la línea *espiritualista* considera que el delincuente es un pecador; y, b) Por otra lado, la línea *mecanicista* que encuentra en el delito la falla de un aparato mayor: la sociedad. *Ibidem.*, pp. 49-50.

27 Michel Wieviorka, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 29 en adelante.

ca de la clínica penitenciaria se verifica con mayor énfasis en las etapas curativas del delincuente, en la fase ejecutiva de la pena, como en las etapas de diagnóstico, pronóstico y tratamiento, que estructuran institucionalmente regímenes de seguridad mínima-media-alta o abierto-semiabierto-cerrado.

El Ecuador no ha superado la criminología clínica de raigambre lombrosiana, cuando en el Art. 13 del vigente Código de Ejecución de Penas asocia al *régimen progresivo* con la clasificación *biotipológica* del delincuente²⁸. ¿Qué quiere decir esto? Basta con reflexionar sobre lo mencionado en líneas anteriores para darse cuenta que nuestra ejecución penal considera al individuo como determinado moral, biológica y psicológicamente al delito. ¿Criminalización ex ante crimen? ¿Criminalización ex post cosa juzgada? Se trata de la aplicación de un abierto *derecho penal de autor* en la fase ejecutiva que reproduce, posiblemente, la misma estructura empleada en la fase procesal penal.

Si para nuestra legislación el delito se considera como una falla individual, no necesariamente la pena tiene que serlo al momento de “correcionalizar” al sujeto²⁹. Quizá en esta instancia comience a fallar el sistema penal en su conjunto, pues si una persona supuestamente ha lesionado un bien jurídico –o desafectado con su conducta a la norma–, lo cual se traduce en el causamiento de daño a una víctima, ¿por qué no se permite su directa resolución? Hulsman –al igual que Mathiesen y Christie– sostienen que los “delitos” no existen materialmente, son mitos o construcciones semánticas que responden a entequisas creadas por legislador –“no existe una realidad ontológica del delito”–, pues lo que en realidad se presentan son *problemas* o conflictos entre individuos o colectividades al interior de la sociedad³⁰. La genealogía de los males del sistema penal proviene, precisamente, de la confiscación del Estado a estos problemas, en los que las partes involucradas no pueden participar en la resolución de su propio conflicto, negándoles, incluso, su propia existencia jurídica, como en el caso de la víctima que el sistema acusatorio oral público la ha relegado simplemente al papel de testigo.

28 Art. 13.b, Código de Ejecución de Penas de la República del Ecuador.

29 Sobre si el sistema de rehabilitación rehabilita al delincuente, véase el artículo de Ramiro Ávila que obra de este libro.

30 Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología crítica y control social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Juris, 1993, p. 76.

El Estado, además de confiscar los conflictos de la comunidad, genera sus propios métodos de procesamiento y responsabilidad. Las personas con condena son tratadas como enfermos al procurárseles un sistema de rehabilitación que asegure a la sociedad el alejamiento de un “contagio criminal”. La criminología clínica se entremezcla con el racismo lombrosiano en legislaciones como la nuestra, que establece que:

A cada uno de los internos se le aplicará el expediente estandarizado, a nivel nacional, que contendrá los siguientes apartados: a) Datos estadísticos; b) Resumen procesal; c) Investigación socio-familiar; d) Estudio somatométrico y antropológico; e) Estudio medio; f) Estudio psicológico y psiquiátrico; g) Estudio del delito; y, h) Índice de peligrosidad³¹.

Hulsman reflexiona sobre el planteamiento de diversos métodos para la solución de los conflictos o “delitos”. En su ejemplo de los cinco estudiantes que conviven en un mismo departamento, Louk Hulsman clasifica las variables que pueden suceder en la composición del daño al momento en que uno de los estudiantes rompe el televisor común; así, por ejemplo, encontramos las siguientes posiciones:

- (a) Un miembro de esta pequeña comunidad estudiantil planteará la expulsión del compañero que arruinó el televisor;
- (b) Un segundo incitará que el compañero sea tratado por medios clínicos y psicológicos, con el objeto de rehabilitarlo (El Ecuador se sitúa aquí);
- (c) Un tercero propondrá que el compañero causante del daño indemnice o pague el televisor estropeado; y,
- (d) Un cuarto aprovechará la oportunidad para la conciliación entre todos los miembros³².

31 Art. 42, Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de la República del Ecuador

32 Este ejemplo es extraído del afamado libro-entrevista que Jacqueline Bernat de Celis le hiciera a Louk Hulsman, y publicado en 1982 bajo el nombre de *Peines Perdus*. Citado por Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, 1era. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 434.

La expulsión o confinación del estudiante al destierro o presidio no es la única salida. Tampoco el *tratamiento* penitenciario en el marco de la rehabilitación social. Las instituciones penales no hacen nada más que ocultar las diferencias naturales entre los ciudadanos, llevándolos, centrífugamente, a la lógica del *ius puniendi*. El Estado debe garantizar la composición del daño en la relación ofensor-ofendido. Por ello, Roxin sostiene que donde no es posible la despenalización, se pueden implantar métodos o alternativas a la condena judicial. Para este autor, Alemania ha dado un paso adelante con la aplicación de la *diversión*, consistente en el establecimiento de reales prestaciones en favor de la comunidad, cuyo efecto puede llevar incluso a la renuncia de la acción penal³³.

En la ontología del sistema penal –que estigmatiza y etiqueta clínicamente al individuo–, el proceso penal se desentiende de la fase ejecutiva de la sentencia, pero a cambio, confiere a manera de nombres, los estatus procesales del reo. Así, las personas sujetas a la investigación criminal podrán llamarse sospechosas, imputadas, acusadas o condenadas, como categorías bajo las cuales son atendidas en el “debido proceso”. Las categorías de sobreseído o absuelto constituyen la excepción, pues antes del sobreseimiento se es –aunque uno no quiera serlo– sospechado o imputado. De forma tal que el nombramiento, sin duda, es una forma del *ius puniendi* de “apropiarse” de la parte más débil del proceso penal: el reo.

La irracionalidad de la rehabilitación social –como pena–, ha conducido al manejo agencial –policial, fiscal y judicial– de sus praxis penales bajo la óptica de una política criminal de rehabilitación, desde el legislador que crea normas, hasta la administración de justicia penal que las aplica y hace aplicar. La pena también sufre una falta de existencia ontológica, pues en cualquier forma institucional que se presente, implica dolor o sufrimiento³⁴. Nils Christie afirmaba que la pena, aunque se presente en un Estado

33 Claus Roxin, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, p. 347.

34 Según Zaffaroni, haciendo alusión a Benveniste, el origen griego de pena era poné, que significa venganza –recordemos que el origen latín de pena es *poena*. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, “¿Qué pena!”, en S. Castro Zavaleta (coord.), *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Irapuato México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Círculo de Estudios sobre Criminología Crítica de América Latina y Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V., 1992, p. 57.

de Derecho, se funda sobre la intención deliberada de causar dolor sobre el penado³⁵, esto es, de devolver el mal por medio de otro mal, tal como manifestaban las teorías absolutas o retributivas. En la misma línea de deslegitimación del derecho penal, Zaffaroni dice que:

El concepto de pena no puede proporcionarlo ningún discurso legitimante y tampoco puede quedar en manos del legislador...El poder político hasta cierto punto, puede decir qué conductas somete a pena o cuáles no somete pena, porque es parte de su ejercicio en el marco del hecho de poder que ejerce el sistema penal, pero la agencia política no puede superar todo límite de irracionalidad e inventar la "pena" y la "no pena"...El legislador puede hacer muchísimas cosas, pero algunas no puede hacerlas y, entre éstas, no tiene poder para decir que lo doloroso no duele³⁶.

No es extraño un reaparecimiento de las teorías absolutas en la nueva dogmática penal. Günther Jakobs, conectado con la dialéctica hegeliana, sostiene que la pena lo que hace es restituir la confianza en la norma, que ha sido vulnerada por el actuar del delincuente³⁷. De esta forma, se cierra el paso a la concepción de un Derecho Penal que protege bienes jurídicos, construyendo una estructura jurídica en base de la confianza en la norma, en cuyo eje desaparece el individuo, sea como medio o como fin. Asombrosa tesis en la cual se amalgaman las teorías absolutas con las relativas, donde la rehabilitación se constituye en el medio que asegure un "mundo normativo" –ético– exento de sujetos a quienes se consideran como *peligrosos*.

35 Los mejores estudios, sin duda, de la aflicción de dolor por medio de la pena corresponden al noruego Nils Christie, citado por Gabriel Ignacio Anitua, *op. cit.*, p. 439.

36 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, 4ta. reimp., Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 208-209.

37 El principio de "confianza" es parte de la teoría jakobiana acerca de la imputación objetiva, pues para Jakobs, "...no es tan importante que en la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad..." Ver Jakobs, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, pp. 28 y 29. Sobre la relación entre Hegel y Jakobs véase Carlos Parma, *El pensamiento de Günther Jakobs*. El Derecho Penal del siglo XXI, 2da. reimp., Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pp. 29 y ss.

IV. Las grietas de la legalidad penal: la cárcel y la cuestión del encierro

El Derecho Penal moderno está adjetivado por la noción de prisión. La historia de la prisión como pena, y de la rehabilitación como método, es tan antigua que su relación viene casi de la mano³⁸. De hecho, la pena que produjo la modernidad es la correspondiente a la prisión, como la “*pena de las sociedades civilizadas*”³⁹. Antes que la cárcel se constituya en el *locus* de la pena, la humanidad tuvo que implantarla cuando se establecían condenas como la pena de muerte, mutilación o picota pública. La cárcel era el lugar transitorio de la pena; sin embargo, toma mayor fuerza cuando ésta se constituyó en fin. Un precedente de ello lo revelan las mazmorras ubicadas en los castillos o fuertes, así como las galeras que navegaban como “prisiones flotantes” por toda Europa⁴⁰.

El castigo corporal adquirió a fines de 1840 una importancia lucrativa para los países de noroccidente. A medida que se expandía el desarrollo mercantil por el mundo, la presencia de menesterosos y la necesidad de una fuerza de trabajo barata se convirtió en los principales referentes que se asociaron a la idea de des-orden. Los vagabundos perturbaban el orden social en las calles, mientras el ejército de desempleados amenazaba con desestabilizar la economía, de ahí la necesidad de “controlarlos” por medio de su confinación en depósitos humanos denominados como prisión. La construcción de cárceles fue imparable para fines del siglo XIX, y la pena privativa de la libertad en la modalidad más empleada para el castigo jurídico-social.

Jeremías Bentham ideó –de 1830 a 1840– un proyecto arquitectónico universal para el mantenimiento de las condiciones de encierro denomina-

38 Personajes como Tocqueville y Arendt se dieron tiempo de iniciarse en estudios acerca de las prisiones. Sin embargo, hay que ser tributarios con el polémico estudio que a mediados del siglo XVIII –1779– hiciera John Howard en *State of Prisons*, quien posteriormente planteará una urgente reforma carcelaria para Inglaterra y Gales, que más tarde conmovió de alguna forma al resto de Europa, aunque sus estudios terminaran con su vida mientras realizaba investigaciones en las cárceles rusas.

39 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002, p. 233.

40 Elías Neuman, *op. cit.*, p. 139.

do como el Panóptico, en cuyo seno se entremezcla la estructura carcelaria con el gobierno sobre los detenidos⁴¹. El poder ejecutivo se organiza alrededor de esta infraestructura, como microcosmos político en donde debe procurarse la reproducción del orden estatal. El Estado de policía de Wolf se traslada a estos pequeños espacios de soberanía, donde en ningún momento el Estado puede dejar de perder su control. Las personas apresadas se convierten en los enemigos del sistema, de ahí la necesidad de mantenerlas vigiladas bajo la contención de funcionarios públicos encargados de “aplicar la pena”. La burocracia del Estado se reproduce en las cárceles a través de un personal especializado –dirección, administración y guías carcelarios–, los que no pueden perder de vista en ningún momento a los convictos.

La cárcel adquirió la forma de casa de rehabilitación⁴², concepto mediante el cual se procura la “mejora” del delincuente para devolverle la dignidad perdida producto de la comisión del delito⁴³. Se trata de volver dóciles a los seres humanos considerados como *peligrosos* ante la sociedad mediante la institución del *tratamiento*, cuyo axioma es corregir el comportamiento del delincuente. Su suavización se da en el marco del tiempo, el cual determina su mejoría para la resocialización. Surgen las teorías “erre” para impulsar el *tratamiento*. La rehabilitación, resocialización o reinserción son categorías por las que obligatoriamente pasan los siguientes principios que enuncia Foucault:

(a) *Principio de aislamiento*, mediante el cual se procura intimidar al condenado, y a la vez, establecer una brecha con la sociedad en libertad. De ahí que la pena sea individual e individualizante, excluyendo al individuo en las prisiones por considerarlo como un ser “diferente” del resto de seres

41 El Ecuador se ha mantenido rezagado en cuanto a los avances de la modernidad. No obstante, inmediatamente después de construirse el primer Panóptico, Gabriel García Moreno construyó a los pocos años de su gobierno una prisión de similar infraestructura, que hoy en Quito se conoce precisamente como el “Ex penal García Moreno”. Sobre el Panóptico como mini-Estado ver *Ibid.*, p. 141.

42 Bajo esta óptica la cárcel comparte la misma estructura que los hospitales y los manicomios.

43 Para Mathiesen, la palabra “rehabilitar” viene del galicismo *re*, que significa retorno o repetición; y, del latín *habilis*, que significa competencia. De ahí que rehabilitación implique el “retorno a la competencia” Ver Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 61 y 64.

que integran la comunidad. Aquí se debaten los modelos de Auburn y Filadelfia. Bajo el modelo de Auburn se busca en la noche reducir al individuo bajo su propio silencio, aunque en el día tenga que compartir los horarios de comidas y baño. El modelo de Filadelfia trata de reducir al reo día y noche en su silencio, como un perenne aislamiento que funciona para distraerlo de la comunidad, incluso, de la que está inmersa en las prisiones.

(b) *Principio de trabajo*, que a parte del hecho de ver al delincuente como malhechor se lo considera como ocioso. Se trata de mantener ocupadas a las personas apresadas –detenido-obrero–, como parte de la fuerza productiva que exige el modo de producción, por ende, ajustarlas al aparato económico⁴⁴. En este sentido, no es por demás señalar que las cárceles comparten los mismos tópicos que las fábricas *fordistas*, donde se traduce el aislamiento infraestructural, pues siempre se ubican en la periferia de las ciudades; y, desarrollan condiciones de trabajo oculto, como parte de la no revelación de los “secretos de fábrica”. Melossi y Pavarini decían en este sentido que la fuerza de trabajo extraída en estas condiciones genera una sustracción violenta de plusvalía, un obrero sin retribución y un no propietario criminal⁴⁵.

(c) *Principio de temporalidad*, que expresa la duración del castigo, aunque quede en ciernes la respuesta a la pregunta de si: ¿existe una cuantificación científica de la pena de prisión? El tiempo se constituye en un elemento medidor de la pena. La prolongación del encierro como pena precede de la gravedad del delito, es decir, mientras más grave sea el delito, más años se aplicarán como pena. Sobre este principio, las Naciones Unidas han tratado de reducirlo por medio del *sistema progresivo*, según el cual la lógica de la rehabilitación circula en las fases de observación, tratamiento y prueba, dentro de un programa que procura colocar en cuestión la personalidad del delincuente⁴⁶.

44 Según Teresa Miralles, el trabajo en las cárceles presenta cualquiera de las siguientes características:

1) Escasez de instrucción laboral; 2) Imposibilidad de libre elección laboral; 3) Falta de estudios, o 4) Falta de encauzamiento laboral post-penitenciario. Ver Teresa Miralles, “El control formal: la cárcel”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico: Estado y control*, Vol. II, Bogotá, Temis, 1983, p. 109.

45 Para Melossi y Pavarini el aislamiento celular es un tipo de “control terrorista sobre el proletariado”. Ver Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI Editores, 1981, p. 11.

46 Michel Foucault, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

El aislamiento pretende disciplinar al delincuente. Esta práctica penitenciaria busca estandarizar al prisionero con los modales del orden, es decir, mediante métodos educativos de homogenización social. La educación y el trabajo van a estructurarse como los principales pilares del *sistema progresivo*. Surge un “derecho penal premial”, pues a medida que el condenado asimile los procesos educativos y laborales para provocar su rehabilitación –“retorno de competencias”–, su libertad corporal estará más próxima. De ahí que se instituyan los mal llamados “beneficios penitenciarios”⁴⁷, que buscan crear un régimen meritario para paliar la carga temporal del encierro.

Paralelamente, el sistema de rehabilitación social también tiene su propio sistema disciplinario. Aquí es donde se fortalece el aparato estatal por medio del ejecutivo, repitiendo sobre el prisionizado un esquema que busca sancionar su mala conducta. Las sanciones a las faltas disciplinarias aplicadas por la administración carcelaria son ilegítimas *prima facie*. No hay garantía de imparcialidad en su aplicación, ni defensa en la apelación de la misma. Por esta razón, como sostiene Miralles, la ideología del *tratamiento* se recluye a dos cuestiones:

- (i) Se somete el tratamiento a cuestiones reglamentarias; y,
- (ii) Se traduce el tratamiento a una clasificación y reclasificación del condenado⁴⁸.

La discrecionalidad disciplinaria somete aún más al prisionero al régimen del encierro. Decir que en las condiciones de encierro se vive “a pan y agua” no constituye de alguna manera una frase ahistorizada, es, por el contrario, un detalle más de la disciplinarización arbitraria de la cárcel. Aquello lo estudió Mathiesen para revelar algunas “directrices” –que el Dr. Sebastián

47 No se puede hablar de “beneficios penitenciarios”, pues todas las personas con condena por el hecho de sujetarse a una sentencia ejecutoriada se introducen inmediatamente en el *sistema progresivo*, el que mecánicamente debería conducir al prisionero hacia su reinserción social.

48 El Ecuador padece de la excesiva reglamentación de la ejecución penal. Sin duda, el principio de legalidad deviene de la organización de cada centro carcelario, donde la norma es creada por el funcionario público encargado de mantener el orden penitenciario. El Congreso Nacional ha permitido que el Consejo Nacional de Rehabilitación Social internalice su lógica de reglamentación en el orden del día para la formación de leyes nacionales.

Egbertszoon en 1595 recomendará para inculcar las diferencias entre el bien y el mal— en las que se estableció el siguiente sistema de faltas y de sanciones dentro de la prisión:

- 1) Pelear = pan y agua por un día
- 2) Maldecir = pan y agua por tres días
- 3) Insubordinarse = pan y agua por ocho días
- 4) Provocar daños materiales = pan y agua por catorce días
- 5) Provocar heridas = pan y agua por dos meses
- 6) Insubordinarse con malas palabras = pan y agua más calabozo por un mes
- 7) Negarse a trabajar = azotes más un mes en calabozo a pan y agua
- 8) Insubordinarse con heridas = azotes y seis meses en calabozo a pan y agua
- 9) Intentar evadirse = azotes más seis meses en calabozo bajo encadenamiento
- 10) Intentar evadirse con violencia = doble de pena que la anterior
- 11) Evasión = doble del tiempo de la pena
- 12) Negarse a trabajar por tercera vez = regreso al tribunal para ser castigado⁴⁹.

Cualquier cosa podía ser falta disciplinaria debido a la excesiva reglamentación del tratamiento, violando en la praxis el principio de legalidad. El control sobre el prisionero desaparece en las relaciones inter-presidarios. Aquí aparece la razón de la sobrevivencia y la ley del más fuerte. Los presidarios más audaces y con mayor construcción de redes van a imponer sus propias visiones del mundo —aunque éste se encuentre entre paredes. La economía de la droga genera una nueva organización social carcelaria, como *modus operandi* que introduce a todos los prisioneros bajo la lógica del comercio⁵⁰, adicción, intimidación y sobrevivencia, a pesar de que el Estado se coloque en posición de garante. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que:

⁴⁹ Thomas Mathiesen, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁵⁰ La cárcel condena al cementerio a quienes padecen enfermedades incurables y terminales como VIH.

El Estado, al privar de la libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce a una “institución total”, como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de auto-protección⁵¹.

La mano del Estado se invisibiliza para resolver las cuestiones de hacinamiento, precariedad y corrupción. Se suma a ello un problema de gravísimas consecuencias al debido proceso: el ingreso a la cárcel de personas sujetas a medidas cautelares personales como la prisión preventiva, es decir, de individuos que gozan –o que deberían gozar– del principio de presunción de inocencia. El sistema penal selecciona doblemente a las personas que van a ingresar a la cárcel, tanto en los bienes protegidos penalmente como en los individuos estigmatizados por la sociedad⁵². Zaffaroni decía en 1990 que el 65 por ciento de las personas encarceladas en América Latina eran aún procesadas, esto es, “presos sin condena”⁵³.

La informalidad en las condiciones de encierro, la falta de certidumbre en las instituciones penales encargadas de aplicar el principio de legalidad, y, la sobrepoblación carcelaria sin sentencia hacen del *sistema progresivo* un instituto difícil de efectivizar. Por eso Mathiesen sostiene que la construcción de las cárceles se convierte en un excelente negocio, pues éstas siempre se llenan, no dejan de recibir a nuevos prisioneros⁵⁴. La lógica del encierro termina por imponerse sobre las personas sujetas a medidas cautelares, por ello Concepción Arenal decía que: “*De la cárcel los buenos salen malos y los malos, un poco peor...*”⁵⁵.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictamen 31-99 del 19 de Marzo de 1999.

52 Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 362.

53 Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social. 1.- El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris, 1993, p. 67.

54 Thomas Mathiesen, *op. cit.*, p. 44 en adelante.

55 Elías Neuman *op. cit.*, p. 144.

V. Garantismo en la privación de la libertad

Tras la Segunda Guerra Mundial, varios Estados del mundo pactaron en sus constituciones la recepción ineludible del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁶, acogidos bajo la denominación –en algunos casos– de *derechos fundamentales*⁵⁷. Ésta fue la consecuencia de la llamada “Segunda ola de Democratización”, de donde partió el compromiso estatal de tutelar, de manera efectiva y cierta, los derechos de las personas.

A fines de los años setenta, la cultura jurídica italiana de izquierda –conectada con el pensamiento penal liberal– produce una serie de cuestionamientos a las denominadas “leyes de emergencia” promulgadas desde el Estado⁵⁸. En aquel entonces se implantaron políticas de seguridad que, entre otras medidas represivas, buscaban cerrar el paso a organizaciones políticas –como las *Brigadas Rojas*– en su lucha por tomar el poder. Aquellas legislaciones acrecentaron aún más el poder del Estado en detrimento de las personas; se suprimieron varios derechos fundamentales, como la libertad personal, a la que se divorció de su vínculo jurídico con un *debido proceso* legal.

Ante el palpable resquebrajamiento de los derechos de las personas por parte del Estado, se propuso una urgente y efectiva técnica normativa de protección de derechos fundamentales, que se la denominó, sencillamente, como *garantismo*. Se habla de garantismo para poner límites al poder –todos los poderes– del Estado –en materia penal al poder punitivo–; y, de fomen-

56 Se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos al: “*Sistema de principios y normas que regulan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto*” Ver Jiménez Piernas et al., citado por Carlos Villán Durán, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 1era. reimp., Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 85-86.

57 Esto se debe a que no todos los países incorporan en su bloque de constitucionalidad los Derechos Fundamentales como la suma de todos los Derechos Humanos sin jerarquización alguna.

58 Luigi Ferrajoli, “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, No 2, Buenos Aires, 2000, p. 41.

tar una cultura de profunda crítica al positivismo jurídico, que lleva en su seno el germen de su potencial invalidez: reflejo de la abismal diferencia entre normatividad y efectividad. A partir de este “control de efectividad” se trata de evitar arbitrariedades de tipo judicial o policial, como una *limitación del poder de la ley por parte de otra ley*⁵⁹.

El garantismo se funde en el Estado de Derecho, pues salta a la vista la concepción de una “autonomía” de los derechos fundamentales como pactos de *no agresión* establecidos en la Constitución. Se trata de cultivar un *derecho penal mínimo*, caracterizado por la aplicación de los principios adaptables a la “ley del más débil”, como lo es en el delito el ofendido, en el proceso el imputado y en la pena el condenado⁶⁰. Los derechos humanos actúan, tanto para limitar al poder punitivo –función negativa–, como para tutelar los derechos de las personas por medio del derecho penal –función positiva–⁶¹.

No se trata de esgrimir un derecho penal garantista, sino de traducir la cuestión penal en términos de derechos. En este sentido, Zaffaroni advierte en no adjetivar y confundir la relación entre derecho penal y garantismo, al decir que:

*Referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista*⁶².

El garantismo también se refiere al control que deben hacer los poderes públicos dentro de un sistema de pesos y contrapesos. De ahí que la privación de la libertad de una persona pasa por impedir que cualquiera de los

59 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 335.

60 *Ibidem.*, p. 109.

61 Alessandro Baratta, *op. cit.*, p. 299.

62 Eugenio Raúl, Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006, p 228. Se puede decir que el *garantismo* tiene tres vertientes: 1) Una primera surgida desde Baratta, quien parte de una visión “optimista” al ver en el garantismo la función de impulsar una mejor sociedad; 2) Una visión “reactiva”, de alguna manera, propiciada por Ferrajoli, para quien la irracionalidad manifiesta del positivismo jurídico debe ser contenida; y, finalmente, 3) Una visión “escéptica” adoptada por Zaffaroni, que trata acerca de la construcción de garantías sin dejar de negar la deslegitimación del Derecho Penal. Gabriel Ignacio Anitua, *op. cit.*, pp. 449-461.

poderes del Estado implemente, discrecionalmente, medidas tendientes a salvaguardar la defensa de su lógica en nombre de la sociedad. Ésta ha sido la praxis en el Estado de Derecho, en cuyo axioma prima la cuestión del Imperio de la Ley como la garantía que tiene la sociedad para paliar y controlar los abusos de los poderes. No obstante, bajo la égida de la Ley se ha internalizado en la privación de la libertad de las personas estructuras de poder de exclusiva participación del ejecutivo. Así lo entiende la legislación del Ecuador cuando le otorga al poder ejecutivo la administración de las cárceles, y dentro de ello, la tarea de “rehabilitar” al delincuente. No obstante que todas las instituciones del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial– actúan de alguna manera en la ejecución penal, desde el legislador que crea las normas, pasando por el poder judicial que las aplica, hasta el poder ejecutivo que las acata.

Si a la privación de la libertad se le impone la *razón del Estado*, la administración de justicia se desentiende de la ejecución penal. Su jurisdicción termina con la emisión de una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada. Se vierte sobre el detenido la lógica *ejecutivo-judicial-ejecutivo*, donde se lo regresa a la institución que precisamente lo ingresó al *ius puniendi*. El liberalismo inaugura una comunidad política sobre el principio de la libertad, aunque, precisamente, ésta sea menoscabada al pretender el mantenimiento del orden bajo la vestimenta de la pura legalidad, que impone sobre el detenido un ambiente de completa incertidumbre en cuanto al cumplimiento de sus derechos.

Zagrebelsky no se equivocó al relevar la diferencia entre Ley y Derecho. Aporta una interesante reflexión al descifrar el ideal –o la ideología– que está detrás de esta diferencia. Así, la Revolución Francesa codificó a los Derechos al circundarlos bajo la nomenclatura de Ley –véase el clásico ejemplo nacional del Art. 1 del Código Civil–, posición que trajo consigo un abordaje distinto de los derechos frente a otra Revolución como la Americana, desglosándose dos concepciones distintas para declarar y efectivizar los derechos⁶³. Precisamente, la vigente Constitución Política del

63 Ver Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 2da. ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 47-73. Quizá el trabajo más interesante, siendo el primero con respecto al mismo análisis después de los estudios de Tocqueville, sin duda, lo constituye el de Hannah Arendt, en el que se revela su asombro por la sólida formación de las instituciones que surgieron a la luz de la

Estado rompe con el paradigma puramente legalista que limita al poder judicial el ser solamente “boca de la ley”. Alude en su Art. 1 a un Estado Constitucional de Derechos en el que la *razón jurídica* prima ante la *razón del Estado*. Se trata entonces de la generación de un nuevo orden en el que el ser humano pasa a ser el fin y no un instrumento de la Ley.

De esta forma, si a una persona se la responsabiliza por la comisión de un delito, la efectividad del resto de sus derechos fundamentales no se clausuran. Por el contrario, al ser el encierro una institución de aislamiento con la sociedad, el cumplimiento de las garantías judiciales se activa por estar sujetos a un poder –ejecutivo– que no garantiza la plena efectividad de sus derechos. El Ecuador no ha sido distante del garantismo que se profesa. De hecho, la Constitución del 2008 introduce, en el ordenamiento jurídico de la ejecución penal, en la jurisdicción de garantías penitenciarias, cuando en su Art. 203.3 expresa que:

Las juezas u jueces de garantías penitenciarias asegurarán los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones.

Las juezas y jueces de garantías penitenciarias serían los funcionarios públicos que⁶⁴, perteneciendo a la Función Judicial, se encargaran de tutelar de manera efectiva los derechos de las personas privadas de su libertad⁶⁵. Se trata de ofrecer mayor certidumbre institucional para las personas apremadas –más aún por el hecho de no haber delitos inexcarcelables en nuestra legislación penal. Es una extensión del principio “no hay pena sin cri-

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Ver Hannah Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 225.

64 Aunque el esquema de este instituto se encuentre en el marco de la rehabilitación social, la estructura de garantías judiciales en la ejecución de la pena podría paliar, de alguna manera, los males de la ideología del *tratamiento*. En otras legislaciones se prefiere hablar de “jueces de vigilancia penitenciaria” o “jueces de ejecución penal”. El nombre *jueces de garantías penitenciarias* no representa mayor discusión cuando se tienen claras sus competencias.

65 El debate surge en cuanto a la protección de esta garantía, tanto en personas condenadas como en procesadas. Emerge el conflicto de las competencias del Juez de cognición vs. Juez de garantías penitenciarias.

men...ni pena sin jurisdiccionalidad”. Emerge y se supera entonces la discusión sobre si el debido proceso se clausura en cualquiera de los siguientes momentos:

- (a) Con la sentencia condenatoria ejecutoriada
- (b) Con la rehabilitación del condenado
- (c) Con la reinserción social del condenado

No cabe la menor duda de que bajo el citado precepto constitucional, el debido proceso –y las garantías judiciales insertas en él– se extienden a la fase de mayor vulnerabilidad de derechos, la ejecución penal. Como sostiene Bombini: “*Las regalas del debido proceso no ceden a partir del pronunciamiento de la sentencia*”⁶⁶. Esto se da porque los operadores de justicia colocaban antes mayor atención procesal a las etapas anteriores a la condena, olvidándose de la rehabilitación social. Se busca impulsar un derecho penal con la finalidad de provocar la inserción del reo en su comunidad, pero colocando suma atención al proceso de rehabilitación⁶⁷. Aquello constituye respetar el principio de legalidad bajo la óptica de un sistema de garantías, cuya esencia es proteger los derechos de la parte más débil de la ejecución penal: el condenado.

Este principio constitucional instituye en la rehabilitación social la *tutela judicial efectiva*. Así, para la aplicación de la judicialización en la ejecución penal se suman otros principios como:

- (a) *Principio de legalidad*
- (b) *Principio de dignidad humana*

66 Gabriel Bombini, *Poder judicial y cárceles en Argentina*, Buenos Aires. Ad-hoc, noviembre 2000, p. 172. Celso sostiene también que las reglas del debido proceso son parte de la etapa ejecutiva. Ver Leonardo César Celso, “La ejecución de las penas en el nuevo sistema procesal”, segunda parte, en Marcelo Alfredo Riquert, Pablo Adrián Cistoldi y Leonardo César Celso, *Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público, Nuevos roles y clases en el sistema procesal penal bonaerense*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 370.

67 El sólo hecho de hablar de régimen penitenciario –sistema de rehabilitación social– en el Ecuador, se asocian inmediatamente las marcas indelebles de la sobrepoblación carcelaria, la precariedad infraestructural y el orden social informal. Aquellas marcas que constituyen la ontología del encierro en el país.

- (c) *Principio de inmediación*
- (d) *Principio de defensa*
- (e) *Principio de plazo razonable*
- (f) *Principio de celeridad*
- (g) *Principio de publicidad*
- (h) *Principio de prohibición de doble juzgamiento*⁶⁸.

Como observamos, la privación de la libertad pasa, en primer lugar, por la indefectible extensión de las garantías del debido proceso. En segundo lugar, al ser constitucionalmente una fase en la que la sujeción de las personas produce un estatus de vulnerabilidad⁶⁹, las garantías son efectivizadas bajo el control del poder judicial, que vuelve *ex post* sentencia⁷⁰. Se termina con la tradición administrativa de la ejecución penal y se abre paso al control judicial que deviene ahora bajo rango constitucional.

VI. El control de la legalidad

En un sistema de garantías penitenciarias, la aplicación de las penas delega al poder judicial dos tareas: a) Una legal, en la que a través de la cognición o proceso se determinan los mínimos y máximos de la pena; y, b) Una judicial, en la que se realiza un control de las decisiones administrativas en la ejecución penal⁷¹. El radio de acción de las juezas y jueces de garantías penitenciarias se traduce, concretamente, al control de la legalidad en la fase ejecutiva de la pena⁷². Siendo así, se clasifican cuatro vertientes de competencias:

⁶⁸ Estos son algunos de los principios que informan al debido proceso. Véase Carlos Enrique Edwards, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 99 y ss.

⁶⁹ Ver Art. 52 de la vigente Constitución Política

⁷⁰ Nada hacía entender que la fase ejecutiva deje de ser un proceso. Con mayor razón la procesualidad se presenta bajo la forma de “tratamiento”.

⁷¹ Leonardo César Celso, *op. cit.*, p. 357. Cabría aquí aumentar el radio de acción de las juezas y jueces de garantías penitenciarias a los menores infractores.

⁷² El planteo de una posible reforma al Código de Ejecución de Penas se llevó a cabo por medio de la construcción del debate entre las abogadas Carolina Silva, María Belén Corredores, María Fernanda Álvarez y yo. A su vez, se participó en talleres organizados por el Ministerio de Justicia

- (1) Vigilancia en el cumplimiento adecuado de la sentencia.
- (2) Control de las resoluciones y actuaciones de la autoridad administrativa penitenciaria.
- (3) Sustanciación y resolución de las cuestiones suscitadas durante la ejecución de la pena.
- (4) Garantía de los derechos de las personas en la fase post-penitenciaria.

(1) *Vigilancia en el cumplimiento adecuado de la sentencia.*- Dentro de estas competencias se encuadrarían las siguientes atribuciones:

- a) Traslado de personas con condena a otros establecimientos, básicamente, a otros recintos carcelarios del país, sea por motivos de cercanía familiar, sea por padecimiento de enfermedades graves e incurables, o por la inminencia de asistencia neuropsiquiátrica.
- b) Revisión del cómputo de la pena establecida por los jueces de cognición o de proceso, para corregir eventuales errores de cálculo.
- c) Aplicación del denominado indulto judicial, que busca romper con la tradición monárquica de atribuir al poder ejecutivo funciones extremadamente discrecionales sobre cuestiones humanitarias, como el hecho de padecer enfermedades graves, incurables y terminales como cáncer o VIH⁷³.
- d) Unificación de las penas, en virtud del principio de absorción jurídica, cuando se emitan sobre un mismo reo varias sentencias condenatorias con variedades de penas y percepciones de modulación diversas⁷⁴.

y Derechos Humanos de la República del Ecuador, en los que participaron funcionarios de distintas subdirecciones de la misma entidad. Para una mejor ampliación del debate, se tomaron préstamos conceptuales de legislaciones como Alemania, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Guatemala, República Dominicana, Perú, Uruguay y Venezuela. Aquello no implicó trasladar disposiciones jurídicas extranjeras en el Ecuador, sino, simplemente, someterlas al debate.

⁷³ Lamentablemente esta potestad sigue estando en manos del Poder Ejecutivo.

⁷⁴ La modulación de la pena en el sistema judicial, al momento de imponer los mínimos y máximos, revelan las grietas de una falta de coherencia a nivel nacional, y el surgimiento de una notoria discrecionalidad, es decir, *decisionismo* puro.

- e) Concesión, denegación o revocatoria de institutos como la prelibertad, libertad condicional, etc⁷⁵.
- f) Disposición de medidas tendientes al resarcimiento civil de la víctima.

2) *Control de legalidad de los órganos administrativos.*- Son las competencias tendientes a resolver los incidentes promovidos, de oficio o a petición de parte –administración carcelaria, Ministerio Público, persona privada de su libertad o su abogado–, en cuyo fundamento se debata la aplicación de normas de protección para las personas privadas de su libertad. Podrían ser incidentes:

- a) Ubicación de las personas con condena en las unidades del sistema progresivo,
- b) Imposición de sanciones disciplinarias⁷⁶,
- c) Faltas y/o fallas en el funcionamiento formal y material del establecimiento,
- d) Aplicación de programas laborales y educacionales; y,
- e) Concesión o denegación de salidas transitorias.

La defensa, a su vez, extiende el ejercicio de su profesión a la ejecución penal. El abogado defensor se convierte en un defensor de derechos humanos, entendiendo que la defensa no se agota sólo con el asesoramiento y la representación, sino también con el trato digno del detenido, lo cual implica garantizar un cautiverio sin torturas, autoincriminaciones, y en general, cualquier forma de maltrato⁷⁷. La defensa podría actuar para los siguientes

75 Esto rompe con la tradición administrativa y discrecional de conceder o denegar estos institutos sin motivación alguna. Sin duda, se trata de la coexistencia del Estado sobre el Estado de derecho de la rehabilitación.

76 Sobre este tema hay mucho que hilar. La disciplinización de la vida carcelaria ha generado la aplicación de penas sobre las penas, establecidas al libre albedrío del reglamento que el ejecutivo asigna para determinados centros carcelarios.

77 Mario Luis Coriolano, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, p. 122.

objetivos: i) Intervenir en todos los incidentes de la fase ejecutiva; ii) Peticionar medidas más adecuadas para la reinserción social de su defendido; iii) Provocar la revisión judicial de decisiones administrativas; y, iv) Impugnar las decisiones de la jueza o juez de garantías penitenciarias que no se ajusten a Derecho⁷⁸.

3) Sustanciación y resolución sobre cuestiones suscitadas durante la ejecución de la pena.- Esta competencia supone la existencia de una audiencia oral –audiencia de observación– para los incidentes que ameriten la recepción de pruebas. Las resoluciones de las juezas o jueces de garantías penitenciarias podrían ser revisadas por una autoridad superior, sin dejar de recordar que la fase ejecutiva implica también la judicialización sumaria de los conflictos.

4) Garantías pos-penitenciarias.- Las juezas y jueces de garantías penitenciarias, en el marco de que la rehabilitación social que procura la reinserción social de las personas con condena, deben garantizar el estatus de liberado, sea que su ingreso al medio libre se determine por agotamiento de la pena o por cualquier otro instituto que implique la inserción como ser social a la comunidad.

VII. Reflexiones finales: más allá de la pena

La construcción de un nuevo orden en la ejecución penal supone un cambio en el manejo de las instituciones penales. El orden social ha sido representado –enteléquicamente– por el *ius puniendi*, en el que el poder ejecutivo toma la posta. La sanción a las conductas “desviadas” se debate al momento de imponer un Derecho Penal al servicio del Estado.

La incorporación de la *prevención individual* en nuestro ordenamiento jurídico supone la aplicación de una criminología clínica. Se devuelve el esquema social de un Derecho Penal cuya meta es curar al delincuente-enfermo, en el que ser rehabilitado es sinónimo de ser curado.

⁷⁸ Leonardo César Celso, *op. cit.*, p. 357.

Lamentablemente, no se pudo cambiar la noción de rehabilitación que se esgrime del Art. 201 de la Constitución del 2008. La oleada del *tratamiento* como pena aún no encuentra solución en nuestra fase ejecutiva de la pena.

La demanda de seguridad ha conducido a la política criminal del país hacia la caravana arquitectónica de construir más Panópticos. Se cree que a mayor número de cárceles menores índices de criminalidad. Grave ilusión con la que se pretende “recomponer las capacidades” a quienes el sistema penal ha decidido procesar. Elías Neuman tiene razón al decir que: *“Al encierro no se va a cumplir un castigo sino a ser castigado en forma diaria, continua y reparatoria”*⁷⁹. Aquello implica una implementación de políticas tendientes a encontrarse con un mundo sobrediagnosticado, pero poco considerado en los procesos de toma de decisiones.

En un Estado Constitucional de Derecho no debe entenderse al *ius puniendi* como un ejercicio ilimitado, sino restringido por las normas constitucionales⁸⁰. En este panorama desolador, de aplicación de una política y un *derecho penal de autor*, la actual Constitución pretende extender las funciones de la justicia. La institución de la jurisdicción de garantías penitenciarias se constituye en la contención del *ius puniendi* en su fase más cuestionada. Se trata de aplicar las garantías judiciales en sectores que durante décadas han sido relegados al silencio de sus derechos y conminados al decisionismo del poder ejecutivo, en el marco de la descomposición del ser humano llamado rehabilitación social.

El problema sigue siendo el orden, no en cuanto a su esencia, sino en cuanto a su apariencia, pues bajo este principio se articula un derecho cuyo fin es proteger al ser humano, pero que en su instrumentación prefirió instituir el poder sancionador del Estado. La solución es des-empoderar a esta entelequia, que en nuestro nombre apresa y recluye al ser humano a su peor degradación. Sabemos lo difícil de la cuestión del planteo, es abolicionismo a simple vista. Hasta mientras, para ser coherentes con el momento constitucional, debe establecerse el control de garantías en la ejecución penal de

79 Elías Neuman, “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en Ana Messuti y Juan Andrés Sanpedro Arrubla, *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 188.

80 Fernando Tocora, *op. cit.*, p. 177.

las cárceles sobre la base de la transformación de *jueces magistrados a jueces ciudadanos*⁸¹. Aunque el mejor establecimiento de respeto al ser humano sea aquel en el que las cárceles dejen de existir, por el momento, o tomamos el reto de la judicialización en la ejecución penal, o nos dejamos llevar por la barbarie...

VIII. Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, 2da. ed., Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2005
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, 1era. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006
- Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004.
- Bombini Gabriel, *Poder judicial y cárceles en Argentina*, Buenos Aires. Ad-hoc, noviembre 2000.
- Celso, Leonardo César, “La ejecución de las penas en el nuevo sistema procesal”, segunda parte, en Marcelo Alfredo Riquert, Pablo Adrián Cistoldi y Leonardo César Celso, *Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público, Nuevos roles y clases en el sistema procesal penal bonaerense*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- Del Olmo, Rosa, *América Latina y su criminología*, 4ta. ed., México, Siglo XXI Editores, 1999.
- Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero

81 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 574.

- Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, No 2, Buenos Aires, 2000.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002.
- Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- Held, David, *Modelos de democracia*, 2da. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 2da. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1993.
- Hulsman, Louk, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología crítica y control social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Juris, 1993.
- Jakobs, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988
- Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, 15 reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Marchiori, Hilda, *Criminología. Teorías y pensamientos*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Melossi Darío y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI Editores, 1981.
- Miralles, Teresa, “El control formal: la cárcel”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico: Estado y control*, Vol. II, Bogotá, Temis, 1983.
- Neuman, Elías, *El Estado penal y la prisión-muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.
- _____, “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en Ana Messuti y Juan Andrés Sanpedro Arrubla, *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 200.
- Parma, Carlos, *Derecho Penal posmoderno*, Lima, Ara Editores, 2005.
- _____, *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI*, 2da. reimp., Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

- Roxin, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.
- _____, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988.
- Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- Tocora, Fernando, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1era. reimp., Madrid, Editorial Trotta, 2006
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, 14ta. reimp., México, Fondo de la Cultura Económica, 2002.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11va. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Wieviorka, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006.
- _____, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- _____, En busca de las penas perdidas. *Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Buenos Aires, Ediar, 4ta. reimp., 2005.
- _____, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.
- _____, “Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social. 1.- El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris, 1993.
- _____, “¿Qué pena?”, en S. Castro Zavaleta (coord.), *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Irapuato México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Círculo de Estudios sobre Criminología Crítica de América Latina y Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V., 1992.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 2da. ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Bibliografía normativa

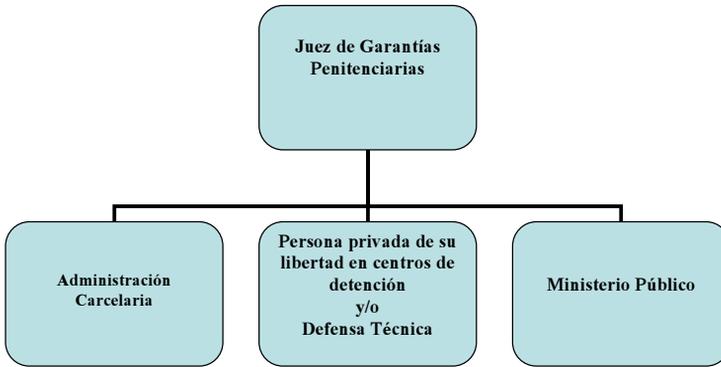
Código de Ejecución de Penas de la República del Ecuador.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictamen 31-99 del 19 de Marzo de 1999.

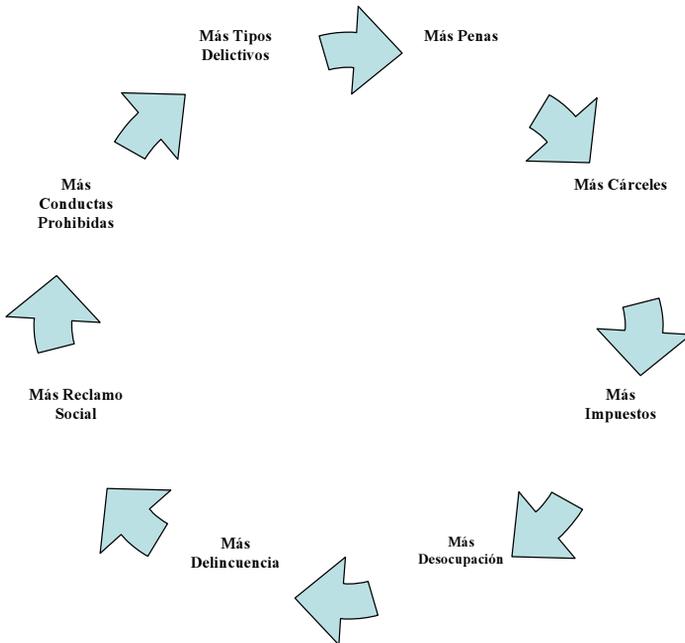
Constitución Política del Estado, vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, ONU.

ANEXO UNICO, GRAFICOS



Rehabilitación Social Circular



La pena privativa de la libertad y el sistema penitenciario *análisis de nuestra realidad*

María Belén Corredores Ledesma

Sumario

I. Introducción. II. La pena, sentido y justificación. 2.1. Crítica a la justificación de la pena. III. Sistema penitenciario. 3.1. Evolución. 3.2. Los modelos del sistema penitenciario. 3.3. Ejecución de la pena privativa de libertad. 3.4. La crisis existente en la ejecución de la pena privativa de libertad. IV. Sistema penitenciario en el Ecuador. V. Conclusiones y recomendaciones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando el estado de la cosas se vuelve incontrolable y revela insuficiente marco teórico, político y legislativo que intenta explicarlo y solucionarlo, se produce un resquebrajamiento del andamiaje que lo sostiene y la única manera de superar la situación es redefiniendo las teorías, líneas de acción y reglas existentes, o creando las faltantes para superar el déficit¹.

1 Véase Axel López y Ricardo Machado, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2004.

Este ejercicio de sinceramiento resulta indispensable, si realmente lo que se trata es de mejorar la situación penitenciaria en el Ecuador. Las políticas de estado, basadas en el populismo carcelario, nos han llevado a que la violencia siga aumentando rápidamente a pesar del incremento de las detenciones, se han inflado las penas demandando nuevas cárceles, soluciones que no han sido suficientes para lograr resultados positivos.

La sobrepoblación y hacinamiento responde a estas políticas penales y carcelarias adoptadas, la mala distribución de los recursos asignados, la violación sistemática de los derechos humanos, desigualdad social, violencia física y psicológica, drogadicción, son solo algunos de los tantos problemas que tenemos en las cárceles de nuestro país. Este cuadro sombrío ha sido objeto de varias denuncias internas y de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos.

Hemos dado un gran paso al reconocer, constitucionalmente, a las personas privadas de la libertad, guiados por el paradigma de los derechos humanos, dando nuevos lineamientos para una reforma integral y garantista.

En este contexto, el presente artículo pretende analizar a la pena privativa de libertad. ¿Cual es la justificación de la existencia de la cárcel? Buscaremos una respuesta, mediante un recorrido a esta institución, desde su surgimiento como pena dentro del marco del sistema penal moderno.

Analizaremos el cuestionamiento de la existencia de las cárceles que dentro del sistema penal ha concentrado los más duros reproches, tanto de aquellos que cuestionan sólo su falta de eficacia como los que cuestionan su existencia misma. Haremos una crítica a la organización de la nueva forma de penalización, la evolución de la sociedad y sus ideas, que han tratado de encontrar una solución al problema de la criminalidad, soluciones basadas siempre en las necesidades económicas, sociales y culturales.

Una vez conocidas las bases ideológicas que dieron nacimiento a nuestra actual realidad, estudiaremos la ejecución de la pena, las funciones que persiguen “rehabilitación y reinserción” y sus verdaderos resultados y problemas.

A partir de este estudio y análisis, nos detendremos a observar nuestro sistema penitenciario, la evolución e involución que ha tenido, basándonos en cifras reales, con la finalidad de tener una visión objetiva de la realidad penitenciaria que estamos atravesando.

Finalmente, plantaremos algunas reflexiones sobre la necesidad de una política criminal integral, dirigida a retomar la acción de un estado garantista en el espacio carcelario, buscando cambios desde la raíz del problema penitenciario.

II. La pena, sentido y justificación

La historia de las penas es, sin duda, mas horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos, porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas. Mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno². La crueldad de los antiguos ordenamientos se ve reflejada en la larga lista de las penas capitales previstas y practicadas, el incremento incontrolado del número de las ejecuciones capitales y de sus técnicas de ejecución, el ahogamiento, asfixia en el fango, lapidación, la rueda, desmembramientos, quema en vivo, la caldera, parrilla, el empalamiento, emparedamiento, muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido y otras; las hogueras levantadas contra los herejes y las brujas por la intolerancia y la superstición religiosas. Penas que se aplicaron incluso a las infracciones mas leves, como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, falsificación de monedas, herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares. Pero la ferocidad de las penas no quedó en el pasado, expresando casi siempre una adhesión y apoyo a la pena de muerte que en la actualidad se sigue aplicando.

Durante la estricta discusión sobre el castigo en el siglo XVIII, planteada alrededor del plano filosófico, político y sobre todo jurídico, el lenguaje del derecho significaba encontrar la frontera legítima al poder de castigar. Al hacer hincapié en el principio de legalidad y en la proporcionalidad entre los delitos y las penas, se advierte una primera justificación de la pena en la

2 Ferrajoli considera que no ha habido afluencia, desde los sufrimientos mas refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia. Luigi Ferrajoli, "Derecho y razón", *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Editorial Trotta, 2006, p. 386.

noción contractualista de Rousseau, para quien debía castigarse severamente al que se opusiera al derecho social, en tanto se había convertido en un peligroso “enemigo de la patria” al burlar sus leyes³.

En plena revolución industrial se le proporciona a la pena una justificación teórica en base a la utilidad pública entendida como felicidad. “La mayor felicidad para el mayor número”. La utilidad pública para Benthan “es la suma de los placeres individuales, restándole los dolores provocados”⁴. Creándose así una gesta, una doctrina que ya no es contractualista, por el contrario, es una doctrina liberal, democrática, volviendo nuevamente al organicismo social.

Se aplica la pena, cuando se ha cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Es decir, aplicamos el principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal, y que expresa no el fin, sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas: es un mal que corresponde a otro mal, es la consecuencia exacta de la violación de un supuesto jurídico, “no matarás”, “no robarás”, “no mentirás”, si lo haces, serás sancionado. De ella se llega, naturalmente, a la proporcionalidad entre el crimen y el castigo. También se asegura que la pena debe influir en los hombres para darles un mensaje y una lección que prevengan nuevos delitos⁵.

3 Anitua afirma que el poder de castigar ya no sería justificable como un atributo del más fuerte, o de quien estuviera legitimado para hacerlo por la tradición o el carisma y, por lo tanto, tuviera sentido esa fortaleza, sino que debería de justificarse como si ello fuera conveniente para la sociedad. En ello hay una clara impronta democrática aunque no del todo liberal. El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Y en este ideal también está insertada la posibilidad de reducción o eliminación de la violencia en el castigo. Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Primera reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 112.

4 Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Editorial Trotta, 2006, p. 385.

5 Sergio García determina que esta pretensión de castigo, aun cuando los estudiosos del castigo no coincidan sobre su verdadera eficacia intimidante, se observa que bajo este concepto se corre el riesgo de incurrir en injusticia, porque no se sanciona al criminal por lo que ha hecho, sino se le sanciona para que los demás, sus conciudadanos tomen nota del castigo y no delincan. En fin, el destinatario último de la pena es el pueblo, no el delincuente. Sergio García Ramírez, *Ensayo sobre el Sistema Penitenciario siglos XIX y XX*. <http://www.juridicas.unam.mx>

En el progreso de las ideas penales, se les atribuye además a las sanciones penales una función de rescate. Por ellas se recupera al penado, se le devuelve a la sociedad de sus semejantes, nuevamente capaz o competente por primera vez para convivir con ellos, sin poner en peligro la vida colectiva. En rigor, siempre se pretende “rehabilitar”, esto es “volver hábil” a quien no lo es con el objetivo de que pueda convivir razonablemente en la sociedad de los hombres comunes, “los normales”, los que no delinquen. Logrando así una teoría integral de la pena.

Además se le asigna a la pena un propósito defensor de la sociedad contra el delito, contra el delincuente. Motivo por el cual es importante la rehabilitación del delincuente porque se intenta preservar a la sociedad, logrando que no reincida para que ésta no padezca⁶.

2.1. Crítica a la justificación de la pena

Zaffaroni, en contradicción con las justificaciones que se han venido dando a lo largo del tiempo, considera que la pena, es un fenómeno político, sin ninguna finalidad de carácter racional; “lo hemos inventado nosotros como necesidad para legitimar el ejercicio de poder político verticalizador y corporativizador de la sociedad”⁷. Se mantiene la idea de que el sistema penal va a resolver problemas sociales, cuando éstos deben ser resueltos socialmente.

La pena no es sino una expresión de la violencia organizada y planificada del Estado en contra del ciudadano. Cuanto más altos y ambiciosos son los valores de justicia profesados y perseguidos por un ordenamiento, y cuanto más complejas y vinculantes son las garantías incorporadas a tal efecto, en sus niveles normativos superiores, tanto más amplia es la posible divergencia entre modelos normativos y prácticas efectivas y, por consiguiente, la tasa de ineficacia de las primeras y de invalidez de las segundas es mayor⁸.

6 Sergio García Ramírez, *Ensayo sobre el Sistema Penitenciario*, op.cit.

7 Zaffaroni considera que uno de los penalistas más creativos del siglo pasado que ha tenido América Latina es el brasileño Tobías Barreto, quien dijo “si alguien ha encontrado el fin de la pena, es porque ya ha encontrado también el fin de la guerra”. Eugenio Raúl Zafaroni, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 40.

8 Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Madrid,

Emerge un aspecto crucial en la penología y en la realidad en general de la cárcel de hoy: la diversificación entre las razones declaradas y las funciones reales de la pena. Si el tratamiento es presentado como justificación de la pena, como principio de su legitimación ética y cultural, nada en los hechos parece corresponder a ese principio. Lo único que se consolida, en cambio, son las instancias disciplinarias, de control interno en las instituciones, la ideología y la necesidad de punir, la aflicción, el perjuicio hacia quien ha infringido la ley, condenado y peligroso, el desprecio por aquellos que no tienen respetabilidad social, a partir de las condiciones de marginalidad de las que provienen, la venganza social, el desprecio por la persona reclusa.

Aún el hecho de que el único criterio residual de legitimación de la pena sea una apariencia de tratamiento, mientras resultan resueltos otros principios como la retribución y la prevención, podemos observar cuanto peso tienen los otros elementos sustanciales de hecho que hemos mencionado. Se manifiesta aquella paradoja que caracteriza, en general, tendencias de la institución carcelaria, ya que cuanto mayor sea la crisis de los fundamentos teóricos y filosóficos, en cuanto desentendidos de la evidencia de los hechos, tanto más la pena se endurece y prospera⁹.

La pena, liberada de la necesidad de justificarse y de legitimarse en base a principios que históricamente han constituido su fundamento, y una vez que haya sido demostrada la inaplicabilidad y la ineficacia de la misma, tiende a afirmarse que es un sufrimiento puro, un instrumento irrenunciable de disciplina social y de respuesta a las instancias de seguridad, como necesaria e irrenunciable venganza contra aquel que ha violado la ley. El “velo” del tratamiento también podría caer, para dejar definitivamente descubierto el “cetro” violento y vengador de la ley¹⁰.

Editorial Trotta, 2006, p. 280.

9 Alcira Daroqui y otros; *Voces del encierro*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Omar Favale, 2006, p. 12.

10 *Ibidem*.

III. Sistema penitenciario

Si se observan los derechos fundamentales de las personas, por una parte y la composición del sistema penal, por la otra, se advertirá, desde luego, que aquellos proponen la defensa de la vida y la libertad de los hombres, mientras éstos anuncian, con gran eficacia, el carácter autoritario o democrático de una sociedad política¹¹.

El sistema penitenciario ha alcanzado una sustantividad propia desde el momento en que la privación de la libertad, se convirtió en la pena por excelencia del Sistema Penal. Pena característicamente burguesa, la cárcel Luliana fue la primera que se construyó en Roma para infundir temor a la plebe¹².

3.1. Evolución

Ya desde el siglo XVIII se ha dado una gran importancia a la organización de las prisiones. Beccaria resaltó el hecho de que, más que el rigor en la pena, de lo que se trata es de asegurar su efectivo cumplimiento¹³.

Jeremy Bentham es el mejor referente del discurso que impulsó el nacimiento de una nueva forma de castigar, “la privación de la libertad” inherente a las transformaciones sociales y económicas. Esta privación se gene-

11 Sergio García, sostiene que, en su turno, el sistema penal, con todo el aparato que denominamos “justicia penal”, se dirige a preservar los bienes seleccionados en los derechos fundamentales y a resolver por qué, cómo, por quién y hasta dónde pueden ser reducidos o cancelados. Al primer propósito sirven los “tipos penales”, las “figuras delictivas”, y al segundo, las consecuencias jurídicas del delito, las sanciones, las penas y medidas. Sergio García Ramírez, *Ensayo sobre el Sistema Penitenciario siglos XIX y XX*. <http://www.juridicas.unam.mx>

12 La cárcel Luliana, llamada después Mamertina y descrita por Salustio y por Livio, según la leyenda, fue construida en Roma por el Rey Anco Marcio para infundir temor a la plebe, y más tarde ampliada por Servio Tulio. El emperador Zenón, estableció el carácter exclusivamente público de la reclusión carcelaria, prohibiendo cualquier forma de cárcel privada, y Justiniano reafirmó que nadie podía ser encarcelado sin una orden de los magistrados. Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Madrid, Editorial Trotta 2006, p. 390.

13 Dario Melossi, Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario*, España, Editorial Siglo XXI, 1980.

ralizó a lo largo del siglo XIX, y solo desde entonces, en todo el mundo occidental¹⁴. Fue el creador del Panóptico.

La prisión nace directamente justificada por las necesidades disciplina-rias. El pensamiento puritano es una de las fuentes ideológicas, el de la disidencia religiosa inglesa y estadounidense. La disciplina, el encierro y el ascetismo, como condiciones de orden y progreso espiritual, influyeron en el diseño del orden democrático y del sistema penitenciario en Estados Unidos. Tanto la desaparición de los castigos como la aparición de la prisión han sido explicadas como producto de la misma necesidad de existencia de la democracia liberal e igualitaria. El orden democrático sólo es posible con hombres responsables y, por tanto, éticamente irreprochables: auto-controlados¹⁵. La misión de las cárceles es la de convertir a los individuos en verdaderos ciudadanos, capaces de dialogar con sus semejantes; deberían ser, por tanto, “máquinas republicanas”, radicalmente distintas a los castigos del Antiguo Régimen.

3.2. Los modelos del sistema penitenciario

En un ámbito más estrictamente penitenciario, se comenzó por poner de manifiesto las enormes carencias de las cárceles: hacinamiento, ociosidad negativa de los presos, condiciones higiénicas y la contraproducente mezcla de hombres y mujeres, jóvenes y adultos, enfermos y sanos, ocasionales y habituales que en esa época se daban.

14 Tras las ceremonias represivas del Antiguo Régimen y del período de acumulación de capital, las necesidades de la revolución industrial provocarían un cambio en la forma de ejercer el control estatal a través de los castigos. Se buscaba una utilidad también con la pena, y esa utilidad estaría dada en el disciplinamiento de los grandes contingentes humanos explotados en las fábricas y privados de cualquier beneficio personal. Ésta también debería tener una traducción en el plano individual. El individuo supuestamente aumentaría su capacidad productiva a través de un entrenamiento de su cuerpo y alma. Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Primera reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 120.

15 Los estadounidenses creían que para conseguir tal cualidad moral no bastaba con el gobierno externo de la conducta, que puede ser coactivo, sino que habría que intervenir en el interior de la persona mediante la persuasión. Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Primera reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 120.

Así surgió la necesidad de organizar las nuevas instituciones, naciendo de este modo los diferentes sistemas penitenciarios. Los primeros sistemas se implantan en colonias de Inglaterra, extendiéndose después al resto de Europa. Los más destacados fueron:

- *Sistema Filadélfico Celular o Pensilvánico.*- Surge en el siglo XVIII bajo la influencia de los cuáqueros¹⁶. Las características eran el aislamiento total del interno y la orientación penitencial religiosa, lo que lleva a la presencia de problemas psiquiátricos¹⁷ y un alto índice de suicidios.

Cada convicto era destinado a celdas separadas donde debía residir en soledad hasta el fin de su condena. Esto era visto positivamente pues se evitaba la promiscuidad, que era señalada como la principal causa de los desórdenes en el interior de los lugares de encierro. Se impedía cualquier contacto del preso con el exterior, con otros presos e incluso con sus guardianes, a fin de obligarlo a permanecer con su conciencia y rendirle cuantas de sus actos reprobables. El aislamiento individual o celular confiaba la reeducación al contacto con Dios a través de la introspección y la lectura de la Biblia. Acompañaba a esta tarea reeducadora, una serie de obligaciones como el aseo personal y de la celda, la obediencia, el silencio y la ausencia total de actividad.

Este sistema se abandonó en USA., pero se exportó a Europa, donde se mantuvo durante todo el siglo XIX, sobre todo en los países nórdicos. Tuvo muchas críticas utilitarias, pues la arquitectura y el régimen se consideraban muy costosos. Pero las críticas aumentaron cuando los cambios económicos hicieron necesaria la introducción del trabajo productivo en la prisión.

- *Sistema de Auburn.*- Nació en la ciudad de Nueva York, donde se ubicó en 1918 la primera prisión con este sistema, en donde se incorporaba el trabajo y, por tanto, la rentabilidad de las prisiones aumentó. Las características de este sistema era el aislamiento celular nocturno, combinado con vida en común y trabajo durante el día, con una severa disciplina

16 Grupos religiosos que predicaban la no-violencia y buscaban evitar los vicios que dominaban la vida en las prisiones inglesas.

17 Gabriel Ignacio Anitua *Historia de los pensamientos criminológicos, op.cit.*, p. 132.

(castigos corporales) y un silencio absoluto¹⁸. A diferencia del celular, éste se implantó de forma generalizada en USA., empezando por la cárcel de Sing Sing, construida por los mismos presos de Auburn y conocida luego por sus castigos y rigor. Esta implantación tuvo poca incidencia en Europa, donde ya no se necesitaba la mano de obra carcelaria. No se pensaba que las condiciones de trabajo podrían servir para abaratar un sistema, en el que, de todas formas, había grandes confianzas depositadas para producir hombres disciplinados.

- *Sistema Progresivo*.- Nace en Europa, en la primera mitad del siglo XIX, pretendiendo materializar así las ideas resocializadoras¹⁹ que ya empezaban a surgir. El ideal rehabilitador era una moda que se imponía desde Francia, y que luego se aplicaría con otras ideologías como la de la socialización. Se pensaba que el individuo volvería a tener unas peculiares “habilidades”.

Se trató de obtener un sistema lo suficientemente flexible para el tratamiento de los condenados. La esencia de este sistema radica en distribuir la ejecución de la pena privativa de la libertad, en diferentes estadios o etapas, en cada una de las cuales se otorga al penado más ventajas y privilegios. Las etapas van desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional, y la progresión entre ambas se produce a medida que la evolución del preso es favorable, al igual que su rendimiento en el trabajo. El éxito de esta fórmula pretende radicar en los incentivos ofrecidos por la adaptación al ambiente penitenciario²⁰.

Este sistema sigue diferentes modelos en función del Estado que lo acoja. Se comenzó con la construcción de “cárceles modelo” como la de Pentonville en 1842, cuyo diseño arquitectónico inspiró a muchas prisiones

18 El que violara la regla del silencio era sometido a flagelación. *Ibidem.*, p. 132.

19 “re” partícula de la lengua francesa que quiere decir “volver a”. *Ibidem.*

20 Alexander Maconochie es el inspirador del sistema progresivo, quien como Director del Centro de Deportación de delincuentes peligrosos en la lejana Isla de Norfolk, cerca de Australia, instituyó en 1840 un régimen similar, al que llama “sistema de marcas”, basado en tres o cuatro períodos de progresiva disminución de las incomodidades de la vida encarcelada, el último cercano a la libertad y de recompensas a través de premios, sirvió imponer una disciplina más efectiva. Gabriel Ignacio Anitua, *Ibidem.*, p. 138.

que llevarán ese nombre en Barcelona, Buenos Aires, Lima, Bogota y Quito, con el fin de obtener un mejor resultado con la progresividad, manteniendo un control interno.

3.3. Ejecución de la pena privativa de libertad

La pena constituye el eje del sistema penal, y consecuentemente, el eje de la política criminal del Estado²¹. No se puede realizar un examen aislado de cada una de las disciplinas; debemos tener un enfoque totalizador: el *derecho material*; donde se tipifican las conductas y se prevén las sanciones, el *derecho procesal penal*; que permite y prevé los instrumentos para llegar a la pena, el *derecho de ejecución de penas y el derecho penitenciario*; sea que se los considere conjunta o aisladamente; donde se produce la realización estatal, es decir la efectivización de la pena²².

El derecho penitenciario se presenta como una de las partes mas significativas del derecho de ejecución, dedicado, exclusivamente, al conjunto de normas que regulan aquel complejo de relaciones jurídicas derivadas de la ejecución de las penas privativas de libertad, en tanto que el derecho de ejecución penal adquiere un contenido mucho más amplio, pues se ocupa de todas las consecuencias jurídicas del delito, incluyendo también a las penas de multa, de inhabilitación, las condenas impuestas en forma de ejecución condicional y las medidas de seguridad²³.

La ejecución de la pena privativa de libertad ha sido utilizada como una forma de control social que se encuentra formalizada. La finalidad que se le asigna es la de la corrección del reo en un sentido francamente disciplinario. Los beneficios y las reducciones de pena concedidos con las medidas alternativas, resultan de hechos condicionados, en el sistema de la pena fle-

21 David Baigún sostiene que esta formulación resulta válida tanto para sostener que la pena determina el sistema penal cuanto para la formulación contraria, es decir, que el sistema penal determina la pena. De lo que se trata es de entender que el abordaje del problema sólo puede ser realizado a partir de la consideración de pena y sistema penal como un objeto único. Véase David Baigún, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 25.

22 *Ibidem*, p. 27.

23 José Daniel Cesano, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2003, p. 13.

xible, a la buena conducta del reo, a su arrepentimiento, o a otros juicios de valor semejantes en torno a su personalidad.

Esta doble función de la pena, ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución, confiere, por lo demás, a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante. Se sigue una suerte de duplicación del trabajo judicial: la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito que se cometió, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución, en relación a la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolable²⁴.

Analizando las distintas fases que componen el sistema penal, se puede observar que las garantías emanadas del Estado de Derecho no gravan el mismo control en cada una de las fases; la actividad policial y la actividad penitenciaria se desarrollan con mucha más liberalidad, arbitrariedad, discrecionalidad y hermetismo, que la actividad propiamente judicial, donde menos garantías se establecen para el condenado. El mundo del derecho penitenciario se caracteriza por ser un mundo completamente diferente, ajeno a la realidad cotidiana de las prisiones, tanto es así que muchas veces se ha dicho “que la verdadera utopía del mundo de las cárceles es que las leyes simplemente se lleguen a cumplir”²⁵.

3.4. La crisis existente en la ejecución de la pena privativa de libertad

El sistema de penas trazado ha entrado en una profunda crisis. A esta crisis han contribuido múltiples factores²⁶; ni las penas pecuniarias, en las

24 Ferrajoli afirma que la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente por que el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante el curso de su aplicación. Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 408.

25 Borja Mapelli Caffarena, *Ejecución y proceso penal*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 57.

26 Luigi Ferrajoli considera que la creciente ineficiencia de las técnicas procesales, en todos los países evolucionados, ha provocado un aumento progresivo de la prisión provisional respecto del encarcelamiento sufrido en expiación de la pena; la acción de los medios de comunicación ha conferido a los procesos, sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social, una resonancia

actuales circunstancias, parecen estar en condiciones de satisfacer los fines que justifican el derecho penal: unas por demasiado aflictivas, las otras por demasiado poco, y tanto unas como otras por ineficaces, y peor aún, contraproducentes.

La cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la “privación de un tiempo abstracto de libertad”²⁷. Es una institución antiliberal, desigual, atípica, lesiva para la dignidad de las personas. Ha conservado muchos elementos de aflicción física, que se manifiestan en las formas de vida y tratamiento, que se dilatan a la largo de la duración de la pena. Además, se incluye una aflicción psicológica; la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de la sociabilidad y de afectividad y, por consiguiente, de identidad.

En los últimos años, se han dado varios discursos que ponen únicamente énfasis en el ámbito penitenciario; absteniéndose de la consideración de todo el sistema penal, creando más contradicciones de las ya existentes, tanto en el ámbito externo como en la esfera interna.

En el ámbito externo se refleja en la antinomia de los fines de la pena que denuncia la contraposición entre la pena corta dictada por los jueces y la finalidad de la resocialización que se proclama como paradigma del tratamiento. O en la pena excesiva, cuando ya la resolución resulta innecesaria o ya ha sido lograda. Desde el punto de vista interno, reparemos en que los reglamentos penitenciarios ponen mayor énfasis en la peligrosidad de los antecedentes que en los objetivos de la reeducación y, además, el interno está sometido a las pautas internas de la cárcel con mayor adhesión que a las pautas reglamentarias, es decir, coloca en primer término el respeto por las normas de la subcultura carcelaria que las reglamentaciones oficiales²⁸.

pública que a veces tiene para el reo un carácter aflictivo y punitivo bastante más temible que las penas. El cambio de las formas de criminalidad, que se manifiestan en el desarrollo del crimen organizado y, por otra parte, una micro delincuencia difusa, ambos ligados al mercado de la droga, en fin aspectos que hace intolerables para la conciencia jurídica dominante, no sólo las penas feroces sino también las penas privativas de la libertad demasiado largas, comenzando por la cadena perpetua. Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Madrid, Editorial Trotta 2006, p. 410.

27 *Ibidem.* p 413.

28 David Baigún, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 27.

El autogobierno que nace del vacío de la autoridad legítima y del desconcierto que de eso proviene, estimula el tráfico de influencias, la disputa por el control, las muertes anunciadas, las masacres que llenan las pantallas de los medios masivos de comunicación.

El cuestionamiento que se le formula a la pena de prisión, ha dado paso a una propuesta abolicionista de la que se llega a afirmar que se encuentra en una línea paralela a la criminología crítica y que los movimientos contra la esclavitud han sido los precursores del abolicionismo. Responde a un grito desesperado de mirar la realidad del deterioro de una institución total como es la cárcel y su entorno, una depurada violencia abierta o larvada que surge como consecuencia del cumplimiento de la pena de prisión²⁹. La ideología de la cárcel de cumplir con una función de rehabilitación, resocialización, readaptación, es contradicha con la realidad, pues no se conocen con certeza tratamientos con resultados positivos que impidan la reincidencia.

La relación cárcel y sociedad es de exclusiones; quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido). Toda técnica pedagógica de reinserción del detenido choca con la naturaleza misma de esta relación de exclusión, no se puede excluir e incluir al mismo tiempo³⁰.

La crítica constante que se presenta a esta función rehabilitadora de la pena privativa de libertad es la de “cómo enseñarle a vivir en libertad a alguien privado de la libertad”. El discurso estatal es contrario a la realidad que se vive en las cárceles, que constantemente está en una posición de superioridad a la persona que se tiene que “re” socializar, “re” personalizar, “re” educar, porque el resto es socializado, educado, personalizado, lo que crea una discriminación³¹.

29 Alfonso Zambrano Pasquel afirma que el velo de la verdad es sistemáticamente rasgado para mostrarnos la cara del terror y de la miseria de una cárcel, cuyo “éxito” puede ser medido por su sobrevivencia. Si ni en los países centrales o del primer mundo al final del siglo XX pueden ser absorbidos sus costos, menos aún en los periféricos; un ejemplo de su estado actual puede apreciarse cuando los presos mas pobres de la cárcel de la ciudad boliviana de Potosí, optaron por salir a las calles con escolta policial para mendigar ante la falta de recursos de ese centro de reclusión. Véase Alfonso Zambrano Pasquel, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 20.

30 Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, primera reimpresión, Buenos Aires, Editores Argentinos Siglo XXI, 2004, p. 196.

31 Zaffaroni, sostiene que el fin de la ejecución de la pena se ha cubierto, se ha anestesiado, se ha pre-

Para algunos autores este abolicionismo demanda un proceso mediato, y otros consideran que debe aplicarse a largo plazo, pero estas propuestas nos llevan a una reflexión hacia la búsqueda de un derecho penal mínimo o de última ratio.

Uno de los méritos de la criminología crítica ha sido, deslegitimar al sistema penal como reproductor de desigualdades e injusticias sociales. Baratta, considera que se dio un salto de paradigma “salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología, sobre todo en la superación del paradigma etiológico, que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida naturalísticamente como teoría de las causas de la criminalidad”³².

Se ha analizado la realidad carcelaria en sus aspectos psicológicos, sociológicos y organizativos. “La comunidad carcelaria”, la “subcultura” de los modernos centros de detención, en un balance realista, han tornado vana toda tentativa de realizar tareas de socialización o reinserción por medio de estos centros. Ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorables a su estable integración en la población criminal³³.

IV. Sistema penitenciario en el Ecuador

El sistema penitenciario del Ecuador viene atravesando un proceso de crisis institucional. La pena privativa de la libertad busca el inducir a no come-

tendido anestesarlo, para que los operadores de la ejecución de la pena no tengan mala conciencia, con un discurso re-socializador, re-personalizador, re-educador, todas las ideologías “re” que se han inventado. Eugenio Raúl Zafaroni, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 40.

32 Se estudia la criminalidad y el control, considerados como un solo proceso social, surgido dentro de los mecanismos de la definición políticos y jurídicos de una organización social determinada. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, primera reimpresión, Buenos Aires, Editores Argentinos Siglo XXI, 2004, p. 166

33 Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos test de personalidad, han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste. Los estudios de este género concluyen que la “posibilidad de transformar a un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir”, y que “el instituto penal no puede realizar su objetivo como institución educativa”. *Ibidem.*, p. 196.

ter delitos y la rehabilitación y reinserción de presos a la sociedad. Sin embargo, nuestras cárceles perfeccionan y reproducen la violencia. La reincidencia y la nula reinserción lo confirman.

En los últimos años, las políticas de Estado definidas, como la implantación de la Ley de Drogas en 1990, asumiendo la estrategia antinarcóticos definida por los Estados Unidos a inicios de los 80 y, posteriormente, la eliminación en el año 2002, de los mecanismos de excarcelación que se habían venido implantando, han ocasionado, en materia de cárceles, un incremento de su población. La sobrepoblación y el hacinamiento son la respuesta a estas políticas establecidas sin un estudio real y razonado de nuestro sistema penitenciario, de nuestra realidad económica y social.

El mayor número de personas, a nivel nacional, han reportado ser detenidas por delitos relacionados con: estupefacientes y drogas (34%) y contra la propiedad (30%). Sin embargo, en cada región hay variaciones: así en la Sierra, el porcentaje de personas privadas de la libertad, acusadas por delitos de estupefacientes y drogas alcanza el 45%, delitos contra la propiedad el 19%, delitos contra las personas el 15%. En la región de la Costa, los delitos contra la propiedad alcanzan el 39%, los delitos de estupefacientes y drogas el 26% y delitos contra las personas el 16%. En la región Amazónica los delitos sexuales alcanza el 28%, los delitos contra la propiedad el 27% y delitos de estupefacientes y drogas el 19%³⁴.

Las posibilidades de excarcelación dependen de la anuencia del Ministerio Público, la investigación policial se ejerce sin control alguno, logrando que el promedio de presos sin condena sea del 45 por ciento del total de los internos³⁵.

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Penitenciaria³⁶ consagra teórica y normativamente la individualización de la pena y del tratamiento, el régimen progresivo en la fase de ejecución³⁷, de la clasificación

34 Datos obtenidos del Censo social y demográfico penitenciario del Ecuador, presentado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad de Defensoría Pública Penal, realizado por Santiago Pérez. 24/jul/2008.

35 *Ibidem*.

36 Publicada en el R.O. 282 de 09 de julio de 1982.

37 Alcira Daroqui considera que sobre todo aquello que viene oficialmente activado como tratamiento progresivo para la reinserción, es decir al sistema de calificaciones y de las definiciones, es apli-

biotipológica delincencial³⁸, el estudio interdisciplinario de la personalidad del recluso, la ubicación poblacional de los internos, la prelibertad y la libertad controlada, y la asistencia de los liberados.

En teoría, se destaca la presencia de psiquiatras y trabajadores sociales, pero en la realidad existían hasta el año 2006, 130 trabajadores sociales y ningún psiquiatra³⁹.

Estructuralmente, el Sistema Penitenciario está compuesto por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social (CNRS), encargado de definir las políticas de Estado en materia de rehabilitación social; y la Dirección Nacional de Rehabilitación Social (DNRS), organismo dependiente del Consejo Nacional y constituye la unidad ejecutiva superior de la política penitenciaria. Instituciones que tienen toda la facultad de decidir qué política implementar al interior de las cárceles, toman decisiones sin un control.

Este discurso oficial y legal tiene a la readaptación como su fin prioritario, tratando de legitimar el sistema, pero choca con nuestra realidad que, constantemente, la rechaza perdiendo toda credibilidad y todo valor en el campo criminológico, porque la base fáctica resulta de una inconsecuencia. Como habíamos anotado anteriormente ¿Cómo se puede aprender a vivir en libertad, donde no hay libertad?; constituye una utopía irrealizable.

Una parte de la sociedad cree erróneamente que la única salida es agravar las penas, eliminar los beneficios a la persona privada de la libertad, ide-

cado en base a la regularidad del comportamiento y a las sanciones disciplinarias sufridas. Tal sistema deviene, por lo tanto, en un potente instrumento de control y de condicionamiento sobre el comportamiento del recluso, como también de discriminación sobre la duración efectiva y sobre la intensidad aflictiva de la pena. Así aquello que debería servir a la reeducación no solo se vacía de funcionalidad y de sentido, sino que además se transforma en instrumento de control disciplinario, de arbitrio, y de ulteriores vejaciones a los detenidos y detenidas. Alcira Daroqui y otros, *Voces del encierro*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Omar Favale, 2006, p. 32.

38 Áxel López manifiesta que carece de sentido y resulta cuando menos anticuado, pensar en un individuo delinquiendo independientemente de la influencia de lo que lo rodea, a menor o mayor distancia, trasgrediendo como producto de sus taras psíquicas y aún físicas, abstraído del influjo social y merecedor del aislamiento como solución. Dicha cuestión fue prevista hace más de 50 años atrás en las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos". Sus normas repudian la exclusión social como consecuencia de la aplicación de la pena. Áxel López y Ricardo Machado, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2004. p. 40.

39 Jorge Nuñez Vega, *La crisis del Sistema Penitenciario en el Ecuador*, Programa Estudios de la Ciudad, FLACSO, Sede Ecuador, 2006.

ología que nos lleva a incumplir la justificación que tiene la privación de la libertad, la de proporcionar al reo una verdadera inserción a la sociedad.

Con las políticas improvisadas de los gobiernos que han querido tranquilizar a la población penitenciaria, que se acostumbró a recurrir a los paros para obtener recursos y atención, se ha querido dar una falsa ilusión del avance del régimen penitenciario ecuatoriano hacia la humanización, ampliación y modernización de la cárcel, lo cual no es cierto. La construcción de más cárceles no es respuesta a un sistema totalmente precario e injusto.

El paradigma de un régimen carcelario indolente ha sido constante en el Ecuador, caracterizado con un reclutamiento penitenciario de personas alejadas del manejo de los medios de producción, de los sectores menos favorecidos que son estigmatizados y despersonalizados hasta el punto de llegar a la pérdida de la autoestima⁴⁰. La pena se establece de acuerdo a la posición socioeconómica del castigado, cuando el condenado tiene poco que perder por su situación de pobreza, la cárcel aparece como pena ideal.

El nivel de instrucción de la población privada de la libertad se concentra en los niveles primarios y secundarios de educación, donde se concentra el 86% de la población, solamente el 9% de la población ha accedido a una educación universitaria o medio superior. Casi, en su totalidad, se encontraban trabajando (92%), en actividades como: trabajadores no calificados de ventas y servicios, agricultores y trabajadores calificados de cultivos, conductores de automóviles, taxis y camionetas, en el grupo de mujeres una actividad importante era el servicio doméstico⁴¹.

La prisionalización en el Ecuador nos ha llevado a una educación interna en las cárceles “para ser criminal y la educación para ser un buen deteni-

40 Alfonso Zambrano, considera que la única respuesta legítima frente al aumento de la criminalidad y de cualquier plan de política criminal en el que deben estar coludidos una reforma sustancial del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, depende de los progresos que se logren para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de la calidad de vida. Alfonso Zambrano Pasquel, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994, p. 94.

41 Datos obtenidos del Censo social y demográfico penitenciario del Ecuador, presentado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad de Defensoría Pública Penal, realizado por Santiago Pérez. 24/jul/2008.

do⁴². La relación entre la autoridad institucional y las personas reclusas no se realiza a través de un sistema de castigos y recompensas determinado normativamente, sino que se funda en un conjunto de prácticas informales, conocidas y reconocidas por ambas partes, que son las que permiten gestionar la institución carcelaria. La manera como se regulan las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aun los relativos a las necesidades sexuales) en la comunidad carcelaria, favorece la formación de hábitos mentales inspirados en el cinismo, en el culto y el respeto a la violencia ilegal.

Tenemos prisiones gobernadas por la corrupción, donde se paga por la lealtad; se compra el paso a determinadas áreas; la ubicación de lugares más cómodos; la habitación para la visita conyugal, los exámenes criminológicos; los servicios médicos, odontológicos y psiquiátricos; las llamadas telefónicas, liberación de sanciones, traslados, y mucho más. Se utiliza agujeros oscuros e insalubres como celdas de aislamiento. La presencia permanente de alcohol y drogas, familias que habitan con los internos, asignación de privilegios a un determinado grupo de reclusos, ausencia de criterios legales para la imposición de sanciones, cuotas al personal de custodia. El régimen de tres especies de normas; las leyes o reglamentos, las reglas definidas por los custodios, y el manual interno de conducta de presos, creando un divorcio entre las normas y la realidad penitenciaria. Éstos y muchos más que podemos seguir nombrando son uno de los tantos problemas y realidades que existen en nuestras cárceles, problemas que son conocidos por todos, pero ningún gobierno ha topado el tema en su agenda de trabajo de manera responsable y objetiva, buscando cambiar la situación, no taparla o esconderla, tomando decisiones políticas apresuradas.

La historia de nuestras cárceles es la justificación de la pena que tanto se critica, de una justificación imposible, de la cual surgen varias ironías: al castigo se le llama pena, al encierro privación de la libertad y al sometimien-

42 Para Alessandro Baratta, influye particularmente el hecho de que la jerarquía y la organización informal de la comunidad carcelaria está dominada por una minoría restringida de criminales con fuerte orientación asocial, que, por el poder y, por lo tanto, por el prestigio que gozan, asumen la función de modelos para los otros y pasan a ser al mismo tiempo una autoridad con la cual el personal del centro carcelario se ve constreñido a compartir el propio poder normativo de hecho. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, primera reimpresión, Buenos Aires, Editores Argentinos Siglo XXI, 2004, p. 196.

to de miles de personas a la degradación y al sufrimiento, reforma del hombre para su reinserción social.

La cárcel ha contado con la protección de los muros para hacer invisibles sus prácticas legitimando su existencia a base de la ignorancia de muchos y de la complicidad de otros. En especial de aquellos que dentro del sistema penal determinan selectivamente qué delitos se persiguen, quiénes serán capturados y quiénes serán privados de la libertad, refiriéndonos a la articulación entre las instituciones legislativas, policiales y judiciales.

Lo que nos lleva a plantearnos la necesidad de una política criminal integral, pasando de la búsqueda de recomendaciones preventivo-represivas de tipo reformistas a propuestas alternativas que permitan la transformación del sistema económico político, un cambio en la estructura social.

Debemos enfocarnos en que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos por lo que debemos utilizarlo como la última *ratio*, logrando así una tendencia a la descriminalización de la mayoría de las conductas que implican un bajo costo social, y la criminalización, por excepción, de aquellas identificadas con los grupos de poder. Lo más importante es determinar una función político criminal del principio de culpabilidad como limitante del abuso de poder estatal, y de distinguir claramente las penas de las medidas de seguridad⁴³.

V. Conclusiones y recomendaciones

Nos resulta interesante, al finalizar nuestro breve estudio de los sistemas penitenciarios, cómo una institución tan cuestionada desde su nacimiento, que no cumple con sus objetivos y funciones previstas, se mantiene, se conserva y, sobre todo, se expande.

El propósito de los varios estudios que se han realizado sobre el tema, siempre han sido hacer visible, transparentar y penetrar a través de sus muros, la realidad, para que la sociedad ecuatoriana la conozca y se preocu-

⁴³ Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho penal, criminología y política criminal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 61.

pe por lo que está pasando, pero lamentablemente nos enfrentamos ante la concepción de que las presos y presas son el “residuo social”.

De cara a la realidad que estamos viviendo en las cárceles de nuestro país, debemos plantearnos la necesidad básica de una política pública integral, dirigida a retomar la acción del estado en el espacio carcelario, lo que hasta la actualidad ha permanecido en un estado de desgobierno e ilegalidad. Esta política debe tener un enfoque social y demográfico al proceso de rehabilitación social, de tal manera que exista una estrecha relación entre situación procesal, caracterización socioeconómica y condiciones de rehabilitación social. Los aspectos de pobreza, exclusión, discriminación y racismo.

Además, se debe lograr una política criminal alternativa para la democratización del derecho penal. Este proceso tendrá como aliados a las personas que intervienen, a las personas privadas de la libertad, sus familias, empleados y trabajadores penitenciarios y la sociedad, que tiene que comprender que en las cárceles está el fruto de su propia indolencia.

La problemática de la criminalidad ha planteado varios discursos, existiendo una marcada tendencia a buscar la consolidación de un derecho penal mínimo, garantista y liberal, con una menor utilización de la pena de prisión. Se busca un derecho alternativo y democrático, en el que las garantías constitucionales se irradian al proceso penal respetándose el principio de inocencia, el de la igualdad de la ciudadanos ante la ley, se proscriben tratamientos procesales de excepción, se busca la garantía del derecho a la defensa, respeto a la legalidad y la judicialidad de la prueba, la intermediación del juez con las pruebas.

La reducción del numero de internos, racionalizando la utilización de la pena privativa de libertad, despenalizando conductas de bajo costo social, introduciendo hipótesis en las que el juez pueda optar por penas alternativas a la prisión, ampliando las posibilidades de libertad provisional para los procesados de bajos recursos económicos y ensanchando los límites dentro de los cuales se puede obtener una condena condicional o una conmutación de la pena, son algunas de las soluciones que se han venido planteando como respuesta a este sistema penitenciario, ineficiente sin resultados positivos, pero lo más importante no son las ideas, son el implantarlas como política de estado como solución a una problemática que ha venido creciendo y desbordándose con el pasar del tiempo.

La propuesta a una reforma integral del sistema penal debe buscar la ilegitimidad de cualquier forma de diferenciación en la ejecución penal, la inadmisibilidad de cualquier forma de flexibilidad o de incertidumbre en la duración de la pena; y lo intolerable de cualquier actividad pedagógica o correctiva en la expiación de la pena.

Excluida cualquier finalidad de enmienda o disciplinaria, lo único que se puede y se debe pretender de la pena es que “no pervierta” al reo, es decir que no reeduce pero tampoco deseduce, que no tenga una función correctiva pero tampoco una función corruptora, que no pretenda hacer al reo mejor, pero tampoco peor⁴⁴.

No se necesitan actividades específicas diferenciadas y personalizadas, es necesario que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda; que en todas las instituciones penitenciarias esté previsto el trabajo, no obligatorio, sino facultativo, junto al mayor número actividades colectivas, de tipo recreativo y cultural: que en la vida carcelaria se abran y desarrollen espacios de libertad y sociabilidad; que se promueva la apertura de la cárcel, encuentros conyugales, permisos, licencias, no mediante la distribución de premios y privilegios, sino distribuidos como derechos iguales para todos.

VI. Bibliografía

Libros

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Primera reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Baigún, David, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, primera reimpresión, Buenos Aires, Editores Argentinos Siglo XXI, 2004.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 410.

- Bruno, Antonio Horacio y Martínez Pérez, Guillermo, *Biopsiología general y criminal*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2003.
- Daroqui Alcira y otros, *Voces del encierro*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Omar Favale, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, *Teoría del Garantismo Penal*, Octava Edición, Editorial Trotta, 2006.
- Kent, Jorge, *Sustitutos de la prisión, penas sin libertad y penas en libertad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- López, Áxel y Machado, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2004.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Ejecución y proceso penal*, Jornadas sobre Sistema penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994.
- Melossi Dario y Pavarini Máximo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, España, Editorial Siglo XXI, 1980.
- Zafaroni, Eugenio Raúl, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología, Aproximación desde un margen*, Buenos Aires, Editorial Temis, 2003.
- Zambrano Pasquel Alfonso, *Sentido y justificación de la pena*, Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1994.
- Zambrano Pasquel, Alfonso, *Derecho Penal, criminología y política criminal*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1998.

Instrumentos legales

Código de Ejecución de Penas, R.O. 282 de 09 de julio de 1982.

Censos

Pérez, Santiago, Censo social y demográfico penitenciario del Ecuador, presentado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Unidad de Defensoría Pública Penal, 24-jul-2008.

Internet

Barros Leal, César, *La ejecución penal en América Latina y el Caribe: realidad y desafíos*, www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

García, Ramírez Sergio, *Ensayo sobre el Sistema Penitenciario siglos XIX y XX*.
<http://www.juridicas.unam.mx>.

Núñez Vega, Jorge, *La crisis del Sistema Penitenciario en el Ecuador*.

Las rebajas de la pena en el sistema de rehabilitación social

Gustavo Peñafiel y Javier Peralta

Sumario

I. Introducción. II. Rebajas de la pena en el sistema de rehabilitación social. III. Sistemas de rebajas de la pena en otras legislaciones. IV. Rebajas de la pena en el Ecuador. V. Voces de personas privadas de libertad sobre la rebaja de la penas: 5.1. Una mirada desde otra óptica. 5.2. Percepciones de las personas privadas de libertad en torno a la rebaja de penas. VI. Reflexiones finales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Las rebajas de penas en la rehabilitación social es un tema que genera polémica en muchos sectores de la sociedad. Voces a favor y en contra se levantan en torno al tema, por ser una concesión demasiado amplia para unos y por ser un incentivo muy importante para las personas privadas de libertad para otros.

Por esta razón, este artículo busca realizar un análisis de las rebajas de pena dentro del sistema penitenciario, analizar su aplicación en nuestro país, los diferentes enfoques y mecanismos de aplicación en otras legislaciones y, fundamentalmente, aborda los criterios, ideas y comentarios sobre el

tema, expresados por las personas privadas de libertad, quienes, en forma directa, valoran su utilidad, ventajas y aporte de ellas en la rehabilitación social de las personas sentenciadas penalmente.

Es importante que, a partir de esta lectura, se desarrolle una amplia discusión sobre el tema, se valoren los factores positivos y negativos de la aplicación de las rebajas de penas y se estudien los mecanismos para hacerlas más efectivas, técnicas, reales y posibles con el objetivo de que se conviertan en una herramienta importante para lograr el objetivo de la rehabilitación social y la reinserción social de las personas privadas de libertad.

II. Rebajas de la pena en el sistema de rehabilitación social

La Constitución de la República del Ecuador establece que, “el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad.”¹.

Para aportar al cumplimiento de este objetivo, se han establecido las rebajas de las penas como un instrumento de motivación, recompensa y beneficio para las personas privadas de libertad. Estas rebajas consisten en la disminución del tiempo que la persona permanecerá privada de su libertad.

Cuando una persona es declarada culpable por los tribunales penales respectivos, se le aplica una sentencia de prisión o de reclusión, que consiste en la imposición de la sanción de privación de la libertad por un tiempo determinado de años o meses, según lo dispongan las leyes penales sobre la base de la sana crítica de los jueces que conozcan la causa.

La rebaja de penas no implica una modificación de la sentencia como tal. Es la reducción del tiempo de ejecución de la misma como un beneficio establecido por la ley para las personas privadas de libertad que cumplen, adecuadamente, con las normas disciplinarias internas de los Centros

1 Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, Art. 201.

de Reclusión; o que se esfuerzan en su participación en los programas educativos, laborales, sociales, religiosos y mantienen buena conducta en su período de internamiento.

Esta reducción de la pena se la va ganando el sentenciado dependiendo de los méritos y la dedicación en la participación en los programas de tratamiento que se desarrollan en los centros de rehabilitación social.

Foucault, en su obra *Vigilar y castigar* hace referencia a la concesión de rebajas de penas como un mecanismo para mantener la vigilancia de los prisioneros y hacer más fácil el control que se ejerza sobre ellos. Foucault analiza cómo la reducción de la pena es un mecanismo para mantener la esencia de la prisión y lograr, a través de los incentivos, mejorar la conducta de los prisioneros dentro del sistema.

En su obra, Foucault desarrolla un recuento de la reducción de la pena en el proceso de funcionamiento y consolidación de las cárceles francesas desde el siglo XVII y señala:

Pero la prisión excede la simple privación de la libertad de una manera más importante. Tiende a convertirse en un instrumento de modulación de la pena, un aparato que a través de la ejecución de la sentencia de que se halla encargado, estaría en derecho de recuperar al menos en parte su principio naturalmente, la institución carcelaria no ha recibido este "derecho" en el siglo XIX ni aun todavía en el XX, excepto bajo una forma fragmentaria (por la vía indirecta de las libertades condicionales de las semilibertades, de la organización de las centrales de reformas) pero hay que advertir que fue reclamado desde hora muy temprana por los responsables de la administración penitenciaria como la condición misma de un buen funcionamiento de la prisión y de su eficacia en la labor de la enmienda que la propia justicia le confía²

Foucault sostiene que la modificación de la pena se la aplica a su ejecución y no a la sentencia, ya que de esa manera perdería el objetivo correctivo de la sentencia en la transformación del recluso.

2 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno editores, trigésima cuarta edición, 2005, p.247.

Así en cuanto a la duración del castigo, que permite cuantificar exactamente las penas, graduarlas de acuerdo con las circunstancias y dar al castigo legal la forma más o menos explícita de un salario, pero corre el peligro de perder todo el valor correctivo si se fija de una vez para siempre al nivel de la sentencia. La longitud de la pena no debe medir el “valor de cambio” de la infracción; debe ajustarse a la transformación “útil” del recluso en el curso de su pena, no un tiempo-medida, sino un tiempo finalizado, más que la forma de salario, la forma de la operación³

El reducir la pena de acuerdo a la evolución del sentenciado en su proceso de readaptación al medio social del cual fue su contradictor, potenciaría disminuir los efectos de la detención sobre la persona.

Así como el médico prudente interrumpe su medicación o la continúa según que el enfermo haya o no llegado a una perfecta curación, así también, en la primera de estas dos hipótesis la expiación debería cesar en presencia de la enmienda completa del condenado, ya que en este caso toda detención se ha vuelto inútil y por consiguiente tan inhumano con el enmendado como vanamente onerosa para el Estado⁴

Foucault analiza cómo la reducción de la pena debe considerar al sujeto en cumplimiento de la condena, dejando por fuera la relación crimen-delito y enfocándose, positivamente, en el proceso de cambio del infractor.

La justa duración de la pena debe, por lo tanto, no solo con el acto y sus circunstancias, sino con la pena misma, tal como se desarrolla concretamente. Lo que equivale a decir que si la pena debe ser individualizada, no es a partir del individuo-infractor, sujeto jurídico de su acto, autor responsable del delito, sino a partir del individuo castigado, objeto de una materia controlada de transformación. El individuo en detención inserto en el aparato carcelario, modificado por él o reaccionando a él⁵

3 *Ibidem*, p.247

4 A Bonneville *Deslibération Préparatoires*, 1846, página 6, citado por Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno editores, trigésimo cuarta edición, 2005, p.248

5 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno editores, trigésimo cuarta edición, 2005, p.249

Esta autora analiza además cómo el desenvolvimiento de la pena está directamente en manos de quienes administran las prisiones, para hacer efectiva la acción de ella sobre los reclusos.

Si el principio de la pena es realmente una decisión de justicia, su gestión, su calidad y sus rigores deben depender de un mecanismo autónomo que controla los efectos del castigo en el interior mismo del aparato que los produce. Todo un régimen de castigos y de recompensas que no es simplemente una manera de hacer respetar el reglamento de la prisión sino de hacer efectiva la acción de la prisión sobre los reclusos.⁶

Con gran sentido crítico sobre la esencia de las prisiones, Foucault ve en la modificación de la pena un mecanismo para mantener el orden en ellas. Sin embargo, el ámbito de la reducción de pena no debe circunscribirse en un aspecto meramente disciplinario y más bien se lo debe potenciar como un medio para motivar la participación de las personas privadas de libertad en los procesos educativos, laborales y ocupacionales, en general, que aporten al proceso de rehabilitación social de ellas.

III. Sistemas de rebajas de la pena en otras legislaciones

En diversas legislaciones a nivel mundial se han establecido las rebajas, reducción o redención de las penas como mecanismo de motivación y parte del proceso de rehabilitación social de los condenados.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁷, señala en su regla 66 que:

El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo

6 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno editores, trigésimo cuarta edición, 2005, p.249.

7 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

En la misma regla numerales 1,2 y 3, determina que:

Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud física y mental, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación. 2) Respecto de cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración que ingrese en el establecimiento, se remitirá al director cuanto antes un informe completo relativo a los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Acompañará a este informe el de un médico, a ser posible especializado en psiquiatría, sobre el estado físico y mental del recluso. 3) Los informes y demás documentos pertinentes formarán un expediente individual. Estos expedientes se tendrán al día y se clasificarán de manera que el responsable pueda consultarlos siempre que sea necesario.

En las Reglas mínimas se pide establecer mecanismos que incentiven a las personas privadas de libertad a trabajar por su rehabilitación social, estipulando para ello que en cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento⁸.

Estas Reglas, que constituyen un compendio de líneas de tratamiento de las personas privadas de libertad, disponen establecer determinados privilegios que motiven la rehabilitación social, traducándose en normas de reducción de penas aplicadas en diferentes sentidos por las legislaciones nacionales

8 *Ibidem*, regla 70.

El Reglamento Penitenciario español⁹, en su Capítulo II, artículo 202, establece beneficios penitenciarios a los cuales los describe como aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. Dentro de los beneficios penitenciarios se establece el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

En México encontramos que la Ley de normas mínimas para la readaptación social de sentenciados del Estado de Quintana Roo¹⁰, en su capítulo V, posibilita la remisión parcial de la pena, establecida para el caso de los sentenciados por delitos no considerados por la ley como graves; se otorgará el beneficio de la remisión parcial de la pena cuando el recluso haya prestado trabajo por un tiempo equiparable a la mitad de la pena impuesta, además de haber observado buena conducta, participar regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revelar por otros datos que sean determinantes para la efectiva readaptación social.

La rebaja de penas para las personas sentenciadas por delitos considerados no graves es de la mitad de la sentencia impuesta. En esta ley se hace también una diferenciación en el otorgamiento de rebajas de penas según el tipo de delito por el que se encuentran privados de libertad las personas sentenciadas. En el caso de los sentenciados por delitos graves se aplica la reducción de penas exigiendo que se haya cumplido un mínimo de las tres cuartas partes de la pena impuesta.

Por su parte, la Ley del Régimen Penitenciario de la República de Guatemala¹¹, respecto a las rebajas de penas establece que pueden redimirse las penas de privación de libertad impuestas en sentencia firme, mediante la educación y el trabajo útil y/o productivo, a razón de un día por cada dos días de educación o trabajo útil y/o productivo, o uno de educación y uno de trabajo.

Se establece también una redención especial de la pena para las personas privadas de libertad que presenten certificados de aprobación de ciclos

9 Reglamento Penitenciario español, aprobado mediante Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero.

10 Ley de normas mínimas para la readaptación social de sentenciados del Estado de Quintana Roo, publicada el 31 de Octubre de 1976.

11 Ley del Régimen Penitenciario de la República de Guatemala, publicada mediante decreto 33-2006.

especiales de alfabetización o conclusión del ciclo primario en el centro penal, reconociéndoles, en forma suplementaria, una rebaja de noventa días en el cumplimiento de la pena.

En Chile, en cambio, para los grupos activistas en Derechos Humanos las rebajas de penas carcelarias son un premio para quienes han cometido delitos en lesa humanidad, por lo que sostienen que el Estado chileno ampara a quienes han vulnerado los derechos de miles de chilenas y chilenos en la época de la dictadura.

La Comisión Funa de Chile ha realizado una publicación denominada *No a la rebaja de penas, ¡Basta a la impunidad!*, en la cual señala lo siguiente:

En el Chile de hoy, cualquier acción que ponga en peligro la tan invocada propiedad privada es considerada como una falta que debe ser castigada “con mano dura”. No así el cometer crímenes contra la humanidad como la tortura, el asesinato y la desaparición de personas, realizados con el único propósito de infundir el terror que paraliza cualquier intento de reacción frente a los abusos cometidos, que les permitió mantenerse por largos años en la más cobarde impunidad e imponer el modelo económico, social y político que rige hasta nuestros días. Otra vez el Poder Judicial se hace cómplice de estos asesinatos, otorgándoles rebajas a las penas dictadas por ellos mismos y privilegios que ningún ciudadano común posee, amparándose en la mala memoria y en la indiferencia social.¹²

Este rechazo que se da hacia las rebajas de pena en Chile tiene fundamentalmente una visión política en contra de la impunidad de personas que cometieron graves violaciones a los derechos humanos y que buscan utilizar este mecanismo para reducir su tiempo de internamiento, con muchos más privilegios que el resto de personas privadas de libertad, dentro de la política de perdón y olvido que buscan imponer sectores afines con la dictadura que aún mantienen influencias en sectores de la sociedad y justicia chilena.

Estas miradas generan un amplio debate y reflexión sobre los diversos procesos políticos de cada Estado.

12 Comisión Funa (Chile), Disponible en: <http://www.funachile.cl>, (visita: 5 de septiembre del 2008).

En general, los países que aplican rebajas de penas en sus legislaciones penitenciarias, lo hacen sobre la base del registro individualizado de las actividades que realizan las personas privadas de libertad, la valoración de la disciplina, la participación en actividades educativas y laborales, constituidos como pilares del tratamiento hacia la reinserción social de los penados y el otorgamiento de porcentajes de reducción de la pena en relación a la participación en las actividades que se desarrollan en los centros de reclusión.

Es importante recoger las experiencias positivas de estos países e incorporarlas a la legislación nacional en base a la realidad particular de nuestro país. La reducción de un porcentaje de la condena cuando se ha aprobado un nivel educativo como está establecido en la legislación de Guatemala y el otorgamiento de un indulto especial para aquellos que han cumplido actividades permanentes y especiales hacia la consecución de su rehabilitación social como en el caso español, son experiencias a valorar para su aplicación en Ecuador.

La existencia de excepciones para determinados delitos es un asunto complejo, por que si bien existen delitos que generan gran alarma social y la sociedad exige mayor rigurosidad en la sanción, también se debe tomar en cuenta que excluir a un grupo importante de personas de este beneficio, es discriminatorio e incide en segregar a una parte de la población penitenciaria de la motivación hacia su participación activa en los programas de tratamiento que se ejecutan en las cárceles.

Estos ejemplos de las legislaciones de Perú, España, México y Guatemala demuestran que, en general, los sistemas de rehabilitación social han establecido las rebajas de penas como un mecanismo válido para motivar la rehabilitación social de las personas privadas de su libertad.

IV. Rebajas de la pena en el Ecuador

Las rebajas de penas en el Ecuador han sido punto de debate y discusión sobre su efectividad y conveniencia para lograr la rehabilitación social de las personas sentenciadas penalmente y su incidencia en la seguridad ciudadana.

Mientras que para las personas privadas de libertad es una oportunidad de reducir el tiempo de reclusión en un centro carcelario, para algunos sec-

tores es una concesión inadecuada que posibilita que los “delincuentes” recuperen en un menor tiempo la libertad y se aumente los índices de inseguridad en la sociedad.

El segundo criterio fue el argumentado para que el Congreso Nacional del Ecuador resuelva, en enero de 2003, la eliminación de la reducción de penas conocida como el dos por uno. Desde 1996 hasta el 2003 se estableció una rebaja de penas de 180 días anuales, los mismos que se otorgaban de forma automática, calculando esta rebaja al total del tiempo de la condena, lo que significaba una reducción del 50 por ciento de la pena.

El bloque mayoritario del Congreso Nacional de esa época estaba conformado por sectores de derecha que, por lo general, han recurrido al endurecimiento de las penas y la limitación de derechos y garantías procesales como salida para criminalizar la pobreza y la exclusión social de grandes sectores de la población.

Acompañado de la instauración de la detención en firme como mecanismo para limitar la caducidad de la prisión preventiva, establecida en el Art. 24 numeral 8 de la anterior Constitución Política, el Congreso resolvió que las rebajas de pena se concederían en una proporción de 180 días cada cinco años.

Estas dos medidas fueron las responsables, en gran proporción, del excesivo crecimiento de la población penitenciaria, el aumento del hacinamiento carcelario, el incremento de la violencia intracarcelaria y los permanentes disturbios, motines y retención de visitas en varios centros de rehabilitación social.

Conscientes de la necesidad de generar un proceso de transformación profundo del sistema de rehabilitación social, la Asamblea Nacional Constituyente reformó los artículos 32 y 33 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social¹³, mediante mandato aprobado el 22 de julio del 2008.

Las reformas aprobadas por la Asamblea Constituyente establecen lo siguiente:

Art. 32.- Criterios para la concesión de rebajas.- La reducción de penas operará sobre un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y la colaboración activa del interno en su rehabilitación, que se demostrará

13 Las rebajas de pena aprobadas fueron publicada en el Registro Oficial R.O. 393-2S, 31-VII-2008.

por la participación en procesos culturales, educativos, laborales, de tratamientos de adicciones u otros. La reducción de penas podrá concederse hasta por un máximo del 50% de la pena impuesta al detenido y no procederá cuando los internos hayan sido sentenciados por plagio, asesinato, delitos sexuales, trata de personas, o por crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Sistema de méritos y su valoración será determinado por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social mediante reglamento que se expedirá para el efecto.

Art. 33.- Reducción meritoria de penas.- En todos los Centros de Rehabilitación Social deberá existir un archivo que contenga los expedientes individualizados por cada interno en el que se certifique los méritos acumulados durante su internamiento. Este expediente será público y de libre acceso para el interno y su defensor.

Una vez que el interno considere que su expediente contiene una evaluación de méritos que corresponda a una rebaja que de hacerse efectiva le permita salir en libertad, solicitará al juez competente la revisión de su caso y la concesión de la libertad.

El juez, so pena de las sanciones que correspondan por el retardo en la tramitación de estas peticiones, verificará que se cumplan los requisitos formales para la concesión de la libertad y la concederá o negará de ser el caso. Su resolución deberá ser emitida en el plazo de cuarenta y ocho horas tras la recepción de la petición.

La resolución que niegue la rebaja de la pena podrá ser apelada ante la sala correspondiente de la Corte Superior.

Otorgar rebaja de penas meritorias es un avance muy significativo en las propuestas de cambio del sistema penitenciario ya que permiten potenciar el deseo de participación y respeto a las normas de convivencia de las personas privadas de libertad en los distintos centros de rehabilitación social.

En este sentido, el Consejo Nacional de Rehabilitación Social expidió el Reglamento para la concesión de rebajas de pena por el sistema de méritos¹⁴, en cuyo artículo 1 señala lo siguiente:

¹⁴ Expedido en el Registro Oficial N° 434, del 26 de septiembre del 2008.

El presente reglamento establece un sistema de méritos para la concesión de rebajas de pena.

Será aplicado a todos los internos e internas, en adelante denominados personas privadas de la libertad, desde el momento de su privación de libertad y se efectivizará una vez que sean sentenciados y cumplan con los requisitos establecidos en este reglamento.

El sistema de méritos es el conjunto de actividades y los mecanismos y parámetros de evaluación, reconocidas por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, para permitir a las personas privadas de la libertad beneficios de reducción de su pena. El sistema de méritos para la reducción de la pena operará dentro de cada centro de rehabilitación social en base a la evaluación permanente y progresiva del interno.

Este reglamento determina los objetivos, parámetros y evaluación de los programas de rehabilitación social, define los procesos de rehabilitación social susceptibles de rebajas de penas y el procedimiento a realizarse para la concesión de las mismas.

El reglamento establece la necesidad de realizar un expediente individual para cada persona privada de libertad, en el cual se lleva un registro de las actividades educativas, laborales, deportivas, culturales y de tratamiento de salud física y mental en el que participan, para la obtención de su reducción de penas. Cada seis meses, los departamentos de diagnóstico de los Centros de Rehabilitación social deben dar a conocer al Director del Centro y a la persona privada de libertad, las rebajas de pena que han obtenido por las actividades realizadas. Este mecanismo ha permitido impulsar la participación de los sentenciados penalmente en las diferentes actividades que realizan en los centros de rehabilitación social y mejorar las relaciones de convivencia intracarcelarias.

V. Voces de personas privadas de libertad sobre las rebajas de la pena:

5.1. Una mirada desde otra óptica

*La cárcel no es el edificio, es la relación de los internos*¹⁵

El momento político que vive actualmente el Estado ecuatoriano en la óptica del sistema penitenciario es muy favorable para todas las personas privadas de libertad puesto que se está creando un verdadero Sistema de Rehabilitación Social en el país.

Históricamente, la lógica de un Estado tradicional ha impuesto modelos verticales que no han coincidido con las exigencias de los actores del sistema de rehabilitación social; por el otro lado, la lucha constante de organizaciones no gubernamentales, familiares y amigos de las personas privadas de libertad por defender sus derechos, ha exhortado al Estado a iniciar la construcción de un nuevo modelo político en torno al marco constitucional, legal e institucional.

Estos cambios generan expectativas pero también fortalecen al sistema de rehabilitación social. Existen críticas, comentarios y un análisis más profundo de nuestra realidad penitenciaria, a diferencia de otros países que mantienen políticas en administración penitenciaria distintas a las nuestras.

La visita de expertos internacionales al Ecuador para intercambiar criterios sobre la administración penitenciaria, ha generado interés entre los actores del sistema y discusión sobre el tema de la rebaja de penas.

El inglés James Haines, experto en Administración Penitenciaria, quien visito el país en el mes de octubre del 2008, manifiesta que ve un progreso y desarrollo en las cárceles del Ecuador, considerando que una alternativa que tienen las personas privadas de libertad para salir de las cárceles con más agilidad, es la rebaja de penas. Él explica.

Es importante ofrecer programas y también conseguir un proyecto de desarrollo de competencias que aumentan la posibilidad de empleo una vez libe-

¹⁵ James Haines, experto Inglés en Administración Penitenciaria. Diario El Comercio, Quito – Ecuador publicado el 12 de noviembre del 2008 | 16H11 (GMT-5).

rados. Las investigaciones indican que los factores más importantes en la reincidencia ocurren si quebrantamos los vínculos familiares y si no ofrecemos la oportunidad de talleres. Si uno tiene un empleo, la necesidad de delincuencia disminuye, así que la rebaja de penas, vinculada a un programa de desarrollo de competencia, asegura más a la seguridad.¹⁶

Las rebajas de pena para las personas privadas de libertad y sus familiares, ha sido motivadora y reconfortante, excepto para las personas condenadas por violación, plagio y delitos de lesa humanidad que reclaman acogerse a este derecho. La sociedad ecuatoriana asumió la rebaja de penas sin muchas críticas a pesar de los debates sobre seguridad ciudadana.

5.2. Percepciones de las personas privadas de libertad en torno a la rebaja de penas.

“Imaginé que estaría aquí la vida entera. Ahora pienso en que voy a recuperar a mis hijos”¹⁷

En todos los centros de rehabilitación social, la mayoría de personas privadas de libertad consideran que la rebaja de penas les favorece, motiva e incentiva para reinsertarse a la sociedad.

A mediados de noviembre, a dos meses de haber establecido este nuevo reglamento de concesión de rebajas de penas, consultamos la opinión que sobre éstas tiene las personas privadas de libertad, quienes manifestaron lo siguiente:¹⁸

Fernando: “Las rebajas son un buen incentivo porque el interno toma conciencia y se preocupa por mejorar y salir adelante para tener una reinserción social y familiar.”

16 James Haines, experto Inglés en Administración Penitenciaria. Diario El Comercio, Quito – Ecuador publicado el 12 de noviembre del 2008 | 16H11 (GMT-5)

17 Ana, (27 años) Centro de Rehabilitación Social de Mujeres El Inca – Quito, Publicado el 22 de Octubre del 2008. Diario El Hoy.

18 Entrevista con Personas Privadas de Libertad, CRS N1 Quito, CRS N2 Quito, CRS N3 Quito, 07 de noviembre del 2008.

Robinson: *“Absolutamente, la rebaja de penas es un incentivo para la rehabilitación social y un motivo para el buen comportamiento de los internos en los Centros”.*

Hernán: *“Ayuda la rebaja de penas, más aún si son meritorias porque creo de esa manera uno aprende a cambiar de hábitos”.*

Marcelo: *“Ayuda porque los reclusos van a mejorar absolutamente su comportamiento”.*

Milton: *“La rebaja de penas reduce el incremento del delito y violencia dentro de cada Centro”.*

Héctor: *“La rebaja de penas, nos motiva porque abre la esperanza de salir lo más pronto posible de la cárcel”.*

Julio: *“Es correcto la rebaja de penas, porque múltiples estudios realizados en muchos países del mundo, establecen que las penas crueles, exageradamente prolongadas, lo único que generan son sentimientos de resentimiento social”.*

Juan: *“incentiva a que el interno tenga el deseo de superarse, ellas traen esperanza al individuo”.*

Luís: *“incentivan a los internos a dedicarse, últimamente a disminuido la violencia y extorsiones en este Centro de Rehabilitación”.*

Estos comentarios reflejan mucha esperanza para quienes cumplen condenas largas, pero también hay personas privadas de libertad que manifiestan que la rebaja de penas no sea excluyente, expresan a través de los siguientes comentarios:

Padre Carlos: *“Definitivamente la rebaja de pena estimula a los compañeros al trabajo y estudio; pero hay que luchar porque el beneficio no excluya a nadie por nada, es una medida justa y humana”.*

Gean Carlos: *“La rebaja de penas motiva el proceso de rehabilitación. Pero falta espacio físico para que más personas privadas de libertad participen en el proceso de rehabilitación social y que los demás delitos se acojan a las rebajas.”*

Stanley: *“Estoy convencido de que toda iniciativa en el proceso de rehabilitación es positiva, pero considero que falta incluir este beneficio a los otros delitos”.*

Frente a estos reclamos proponen algunas alternativas para fortalecer el sistema de rebaja de penas, hay quienes manifiestan:

Mario: *“Que el departamento de diagnóstico de cada centro se organice y mantenga estadísticas individualizadas de cada persona”.*

Tello: *“Que se estudie caso por caso y que se quite todo punto de palanqueo”.*

Carlos: *“Que se conformen veedurías integrada por internos, directivos y autoridades”.*

Luis: *“Que los departamentos que evalúan la concesión de rebajas, realicen un trabajo de campo y se implementen más alternativas para hacerse acreedores a dichas rebajas”.*

Los criterios emitidos por las personas privadas de libertad demuestran la importancia de la rebaja de penas en su motivación para participar en el proceso de capacitación laboral, estudio y tratamiento, a fin de dotar de las posibilidades para que se reintegren adecuadamente en la sociedad.

VI. Reflexiones finales

Cuando el Estado priva de la libertad a una persona, asume el deber de cuidarla, mantener su seguridad y procurar su bienestar. El Estado, durante el tiempo de reclusión de una persona, tiene como fin realizar un tratamiento

integral que permita dotar de conocimientos, y principios para facilitar su adaptación social, el desarrollo personal y la capacidad de proveer sus necesidades respetando la ley y la convivencia social. No existe una metodología o un sistema que garantice lograr la rehabilitación social de las personas que han sido sentenciadas penalmente, pero es necesario dotar de las condiciones para que puedan hacerlo. La inserción social, enmarcada en las normas y leyes establecidas, es una decisión personal de quien recupera su libertad luego de cumplir una condena.

En este sentido, las rebajas de pena se convierten en un elemento de motivación para que la persona privada de libertad participe en actividades productivas y educativas. En el desarrollo de estas acciones se aspira a que el sentenciado vaya definiendo un plan de vida acorde a las reglas sociales y logre adquirir conocimientos y capacidades para el ejercicio de actividades productivas legales al momento de recuperar su libertad.

Los funcionarios de los centros de rehabilitación deben apoyarse en la reducción de la pena, para lograr la participación activa de las personas privadas de libertad en los programas que se realicen.

Aún quedan algunos aspectos por mejorar en la aplicación de la ley y el reglamento para la concesión de rebajas de penas por méritos. Es necesario que se realicen los expedientes individuales de cada persona privada de libertad, para lograr un seguimiento y evaluación eficaz de la participación en las actividades educativas, laborales y otras que se realizan como parte del tratamiento integral.

Las condiciones de infraestructura existentes actualmente en la mayoría de establecimientos penitenciarios, limita el desarrollo de una variedad de actividades educativas y laborales que posibiliten la participación de la totalidad de los privados de libertad. Falta mayor iniciativa y creatividad de los departamentos de tratamiento de los centros para establecer permanentes actividades que orienten la ocupación del tiempo al interior de los centros. Los insuficientes recursos humanos y materiales limitan el desarrollo de un mayor número de actividades. Las autoridades de los Centros deben realizar la planificación y ejecución de programas y establecer el porcentaje de rebaja de pena que obtendrán quienes participen en ellas.

Es fundamental realizar una amplia discusión sobre la exclusión que se realizó en la concesión de rebajas de pena para personas sentenciadas por

delitos de plagio, asesinato, delitos sexuales y de lesa humanidad. Sin desconocer que son delitos de gran conmoción social, esta exclusión ha generado la existencia de privados de libertad de dos categorías, aquellos que pueden acceder a rebajas y aquellos que no, lo que genera discriminación al interior de los centros, conflictividad por parte de quienes no pueden obtener este beneficio hacia quienes se acogen, y desmotivación de un gran porcentaje de la población penitenciaria excluida de este beneficio.

Hacer que estas rebajas de pena sean generales, una mejor aplicación en el cálculo del porcentaje por cada actividad realizada y el impulso de una cantidad de actividades educativas y laborales que den oportunidades a la totalidad de la población de personas privadas de libertad, permitirá que este mecanismo potencialice el interés de insertarse positivamente a la sociedad por quienes cometieron un delito y se les da la oportunidad de enmendar sus acciones y ser actores importantes en la construcción de una sociedad justa, democrática y equitativa para todas y todos quienes vivimos en nuestro país.

VII. Bibliografía

- Constitución Política de la República del Ecuador, 2008.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, trigésimo cuarta edición, Siglo Veintiuno editores, 2005.
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
- Reglamento Penitenciario español, aprobado mediante Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero
- Código de Ejecución Penal del Perú, promulgado el 31 de julio de 1991, Decreto Legislativo N° 654
- Ley de normas mínimas para la readaptación social de sentenciados del Estado de Quintana Roo, publicada el 31 de octubre de 1976
- Ley del Régimen Penitenciario de la República de Guatemala, publicada

mediante decreto 33-2006

Registro Oficial R.O. 393-2S, 31-VII-2008

Registro Oficial N° 434, del 26 de septiembre del 2008

Diario El Comercio, Quito - Ecuador | 12 de noviembre del 2008 | 16H11
(GMT-5)

Comisión Funa (Chile), Web: <http://www.funachile.cl>, (visita 5 de septiembre del 2008).

Entrevista con Personas Privadas de Libertad, CRS N1 Quito, CRS N2 Quito, CRS N3 Quito, 07 de noviembre del 2008.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2008
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador

Referirnos al “neoconstitucionalismo” en una época de reforma normativa e institucional lleva implícito el deseo de un cambio de paradigma que supone abandonar el viejo modelo del “positivismo jurídico” para convertirlo en un “constitucionalismo” pero en un “constitucionalismo de derechos”, en el cual, las condiciones de validez de las leyes ya no son reductibles a su mera existencia o al seguimiento de los procesos formales de elaboración parlamentaria, sino a un modelo garantista en el cual los derechos humanos se convierten en límites y vínculos a la legislación. Bajo esta premisa, *Ejecución Penal y Derechos Humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad* es una obra que pretende demostrar como los derechos fundamentales de las personas deben configurar las características de un determinado sistema de ejecución penal y de privación de la libertad. Esperamos que este aporte de investigación contribuya a mejorar el debate que se genera alrededor de estas cuestiones y de esta forma orientar a las reformas normativas e institucionales vinculadas con la ejecución penal y la privación de la libertad. No todos los ensayos propuestos en esta publicación comparten criterios respecto de diversos temas. El propósito justamente es demostrar la complejidad que implica mirar a la ejecución penal desde la óptica de los derechos, pero a la vez, ese constituye nuestro mayor reto, repensar lo que hasta ahora ha sido considerado cómo válido en la Ejecución Penal y la privación de la libertad para darle el nuevo enfoque que supone un “constitucionalismo de derechos”.