

Revista de  
Derecho

# FORO

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional

## TEMA CENTRAL

# Garantismo penal y política penitenciaria

# Criminal Justice and Prison Policy

42

II semestre 2024

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Sede Ecuador  
Área de Derecho

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Julio-diciembre 2024 • Número 42

*Foro: Revista de Derecho* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *Foro* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

**DIRECTOR:** Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

**EDITORA:** Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

**EDITORA ADJUNTA:** Dra. María Augusta León, UASB-E (Ecuador).

**EDITOR TEMÁTICO:** Dr. Christian Masapanta Gallegos, UASB-E (Ecuador).

**COEDITORA TEMÁTICA:** Dra. Inés Olaizola Nogales, Universidad Pública de Navarra (España).

**COMITÉ EDITORIAL:** Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dra. Lilian Balmant (Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Rafael Lara (Universidad Pública de Navarra. España), Dr. Germán Pardo Carrero (Universidad de Rosario. Colombia), Dr. Fernando Serrano Antón (Universidad Complutense de Madrid. España), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

**ASISTENTES ACADÉMICOS-EDITORIALES:** Dr. Fausto Quizhpe Gualán y Ab. Sebastián Páliz Larrea.

**SUPERVISIÓN EDITORIAL:** Jorge Ortega. **DIAGRAMACIÓN:** Margarita Andrade. **CORRECCIÓN:** Grace Sigüenza.

**CUBIERTA: DISEÑO,** Raúl Pérez, **ARTE,** Edwin Navarrete. **IMPRESIÓN:** Marka Digital, Av. 12 de Octubre N21-247 y Carrión, Quito.



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

*Foro* es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*). Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

*Foro* es parte de las siguientes bases de datos: Aura, Catálogo 2.0 de Latindex, Dialnet, DOAJ, ERIH PLUS, LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas), Redalyc, REDIB, SciELO Ecuador, entre otros.

## Contenido

### Editorial

*Christian Masapanta Gallegos e Inés Olaizola Nogales* 3

### TEMA CENTRAL

#### **GARANTISMO PENAL Y POLÍTICA PENITENCIARIA**

Subvertir la selectividad penal. El desafío garantista para América Latina  
*Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín* 7

La cooperación internacional, clave para atender los problemas penitenciarios  
*Gladis Margot Proaño Reyes y Holger Enrique Proaño Reyes* 25

El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?  
*José Andrés Charry Dávalos* 41

Presunción de inocencia y privación de la libertad en el sentido del fallo  
*María Alexandra Ruiz Cabrera* 59

Población penitenciaria con discapacidad en el sistema jurídico peruano  
*Nuccia Seminario-Hurtado y Jainor Avellaneda-Vásquez* 75

Los servicios previos al juicio: respuesta al abuso de la prisión preventiva  
*Diego Alfredo Zalamea León* 97

El sistema penitenciario ecuatoriano. Sin luz al final del túnel  
*Janeth Patricia González Malla* 119

Traslados: la distancia y el olvido de los otros  
*Luis Hernán Altamirano Espinosa* 139

El diálogo social: la participación democrática de los trabajadores en prisión  
*Juan Pablo Quezada Astudillo* 155

LGBTIQ-fobia, una mirada a los delitos de lesa humanidad desde la diversidad sexual  
*Brayan Alexander Chávez Rivera* 173

### RECENSIONES

Fausto Quizhpe Gualán, *HACIA UNA ARQUITECTÓNICA DE LA FILOSOFÍA INDÍGENA*,  
por Raúl Llasag Fernández 190

María Augusta León Moreta y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, eds.,  
*DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO ECONÓMICO. PANDEMIA, ECONOMÍA DIGITAL  
Y OTROS FENÓMENOS A ESCALA GLOBAL*, por Luis Enríquez 192

Colaboradores 194

Normas para colaboradores 196

## Content

Preface  
*Christian Masapanta Gallegos and Inés Olaizola Nogales* 3

### CENTRAL THEME

#### CRIMINAL JUSTICE AND PRISON POLICY

Subverting Criminal Selectivity. The Guarantee Challenge for Latin America  
*Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín* 7

International Cooperation Key to Addressing Prison Problems  
*Gladis Margot Proaño Reyes and Holger Enrique Proaño Reyes* 25

The Private Person as Perpetrator of Embezzlement: Debate closed  
by the Constitutional Court?  
*José Andrés Charry Dávalos* 41

Presumption of Innocence and Deprivation of Liberty in issuing the Verdict  
*María Alexandra Ruiz Cabrera* 59

Prison Population with Disabilities in the Peruvian Legal System  
*Nuccia Seminario-Hurtado and Jainor Avellaneda-Vásquez* 75

Pre-trial Services: Responding to the Abuse of Pre-trial Detention  
*Diego Alfredo Zalamea León* 97

The Ecuadorian Prison System. No Light at the End of the Tunnel  
*Janeth Patricia González Malla* 119

Transfers: Distance and Forgetfulness of the Others  
*Luis Hernán Altamirano Espinosa* 139

Social Dialogue: Democratic Participation of Workers in Prison  
*Juan Pablo Quezada Astudillo* 155

LGBTIQ-phobia, a Look at Crimes against Humanity from Sexual Diversity  
*Brayan Alexander Chávez Rivera* 173

### REVIEWS

Fausto Quizhpe Gualán, *HACIA UNA ARQUITECTÓNICA DE LA FILOSOFÍA INDÍGENA*,  
by Raúl Llasag Fernández 190

María Augusta León Moreta and Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, eds.,  
*DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO ECONÓMICO. PANDEMIA, ECONOMÍA DIGITAL  
Y OTROS FENÓMENOS A ESCALA GLOBAL*, by Luis Enríquez 192

Collaborators 194

Rules for Collaborators 196

## Editorial

El derecho penal tradicionalmente ha sido asociado como el brazo fuerte sobre cual se asienta un Estado de derecho; en aquel sentido, es necesario limitar su poder punitivo, en aras de evitar su desbordamiento y, por tanto, la afectación a los derechos de los diversos sujetos procesales.

Por ello, surge el garantismo penal como una herramienta válida que permite la protección de los bienes jurídicos protegidos dentro de una sociedad, empero, respetando derechos y garantías que víctimas, procesados y operadores jurídicos poseen dentro de los ordenamientos jurídicos de los diversos países del orbe.

Dicha ideología, además, se transversaliza en las varias fases e instituciones del derecho penal, alcanzando gran relevancia la política penitenciaria y la ejecución de las sanciones frente al cometimiento de un ilícito, máxime cuando Latinoamérica es testigo vivencial de masacres carcelarias, en donde el rol de las instituciones estatales en cuanto a la protección de los derechos de personas privadas de libertad ha sido altamente cuestionado.

Mucho se ha criticado desde un populismo penal al garantismo, señalando equívocamente que aquel se constituye en un medio para la protección delincinencial, cuando este se constituye más bien en un mecanismo idóneo para la protección de todas las personas, colectivos y la naturaleza. En el presente número de la revista *Foro* se pretende deconstruir esta visión sesgada y mal entendida del garantismo hacia un entendimiento integral de sus postulados y su necesaria aplicación con especial énfasis en el contexto penitenciario.

En este número se abordan temáticas que analizan problemas actuales del derecho penal como la selectividad penal, en donde Adrián Alvarracín pretende subvertir dicha realidad en la búsqueda de una sociedad y un proceso más justo que garantice una igualdad de armas a la hora de enfrentar un proceso penal; en esa línea, Diego Zalamea aborda la problemática del abuso de la prisión preventiva mediante la propuesta de implementar los denominados servicios previos al juicio, como llamadas telefónicas al domicilio del procesado, visitas, informes de su actividad laboral, etc., siendo para el autor alternativas

viables para evitar el encarcelamiento de las personas, logrando de esta manera descongestionar el ya colapsado sistema penal ecuatoriano. Desde un enfoque dogmático, se debe destacar el artículo de José Charry, quien analiza el grado de participación de las personas particulares en la configuración del delito de peculado, tomando como base la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana.

En el contexto de los problemas asociados al sistema penitenciario, Janeth González nos brinda una visión panorámica del sistema penitenciario ecuatoriano y los complejos problemas que enfrenta, lo cual se ve complementado con el análisis de problemas específicos como la política de traslados de la población penitenciaria abordados por Luis Altamirano, quien reflexiona cómo estas directrices han generado el olvido de este sector poblacional; de la misma manera, Juan Pablo Quezada aborda la importancia de construir un diálogo social en donde se visibilice a quienes se encuentran inmersos en la realidad penitenciaria del país, permitiéndoles acceder a trabajos remunerados dentro de prisión. Además, autores como Gladis y Holger Proaño presentan una propuesta asociada con la cooperación internacional como un mecanismo que permita enfrentar el hacinamiento carcelario, así como asimilar experiencias comparadas positivas en el ámbito penitenciario.

Dentro de la región andina se destacan los trabajos de María Ruiz, quien desde la óptica colombiana aborda el principio de presunción de inocencia y su importancia al momento de fundamentar la decisión jurisdiccional en el ámbito penal; el artículo de Brayan Chávez muestra la afectación de los derechos de la comunidad LBGTIQ+, y cómo muchas de las acciones emprendidas en su contra se configuran como hechos punibles; y, desde la perspectiva peruana, el artículo de Nuccia Seminario-Hurtado y Jainor Avellaneda nos revela la situación que atraviesan los privados de libertad con discapacidad en ese país.

Finalmente, como editores temáticos de este número de la revista *Foro* del Área de Derecho de la UASB, Sede Ecuador, debemos resaltar la visión crítica con la cual los autores de este número enfrentan problemas constantes y comunes de la realidad penitenciaria de nuestra región, así como las posibles soluciones que se plantean mediante la irradiación de un garantismo penal concebido como un instrumento que permite la protección de los diversos actores que intervienen en un sistema penal democrático y justo.

*Christian Masapanta Gallegos e Inés Olaizola Nogales*

TEMA CENTRAL

# **GARANTISMO PENAL Y POLÍTICA PENITENCIARIA**





# Subvertir la selectividad penal. El desafío garantista para América Latina

*Subverting Criminal Selectivity.  
The Guarantee Challenge for Latin America*

**Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín**

*Docente, Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES*

Riobamba, Ecuador

ur.adrianalvaracin@uniandes.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0740-1152>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.1>

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 21 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Esta investigación constituye un planteo crítico-reflexivo cuya pretensión es dotar de legitimidad al derecho penal. Sus objetivos se basan principalmente en los aportes que la criminología crítica pueda informar al saber jurídico-penal a fin de que este pueda sustentarse en la dignidad humana, como un saber que propicia el bienestar de la sociedad latinoamericana. Debido a aquello, se utiliza el método polifacético de la crítica criminológica, que permite no solo observar la real operatividad del sistema penal, sino además transformar dicha realidad, deconstruyendo al penalismo latinoamericano. En ese sentido, se emplea la técnica de investigación documental para examinar diversos textos relacionados con la hipótesis propuesta. El objetivo es obtener información que contribuya a promover una potencial ruptura epistemológica en el ámbito de este conocimiento jurídico, especialmente en lo que concierne a sus objetivos fundamentales. Así, se establecen algunos aportes para que el derecho penal deje atrás su pasado de persecución hacia los excluidos, su ínsita selectividad penal, así como su indolencia ante las injusticias que perpetra el Estado a través del poder punitivo, todo lo cual es incompatible con las premisas garantistas, encaminándolo como un saber jurídico digno de llamarse *derecho* y, por tanto, destinado a perseguir crímenes de sistema o globales que afectan gravemente a nuestras sociedades contemporáneas.

**PALABRAS CLAVE:** derecho penal, selectividad penal, garantismo penal, criminología crítica, crímenes globales, penalismo, sistema penal, punitivismo.

## ABSTRACT

This research constitutes a critical-reflexive approach whose aim is to provide criminal law with legitimacy. Its objectives are mainly based on the contributions that critical criminology can make to criminal-legal knowledge so that it can be based on human dignity, as a knowledge that favors the welfare of Latin American society. Because of this, the multifaceted method of criminological criticism is used, which allows not only to observe the real operation of the penal system, but also to transform this reality, deconstructing Latin American penalism. In this sense, the documentary research technique is used to approach different texts on the hypothesis raised to generate inputs to promote a possible epistemological rupture of this legal knowledge regarding its purposes. Thus, some contributions are established for criminal law to leave behind its past of persecution of the excluded, its inherent criminal selectivity, as well as its indolence before the injustices perpetrated by the State through the punitive power, all of

which is incompatible with the guarantee premises, and to direct it as a legal knowledge worthy of being called Law and, therefore, destined to prosecute system or global crimes that seriously affect our contemporary societies.

KEYWORDS: Criminal law, criminal selectivity, criminal guarantee, critical criminology, global crimes, penalism, penal system, punitivism.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Construir un derecho penal *justo*<sup>1</sup> parecería algo improbable. Realizar tal empeño podría sonar más a un sueño inalcanzable que a una próxima materialización. Esto se debe a que el actual diseño del derecho penal contradice la noción de un saber jurídico que respete los mandatos convencionales y constitucionales. El derecho penal vulnera de manera flagrante los principios liberales establecidos por los padres fundadores de la filosofía penal del siglo XVIII. La mínima intervención penal, la última —y no— *prima ratio*, la proporcionalidad, así como principios elementales como el de igualdad ante la ley o la legalidad y máxima taxatividad penal, se han anquilosado como eufemismos en favor de una realidad indolente reproducida por el propio sistema penal, dentro del cual opera el saber jurídico-penal a través de los tribunales de justicia. No es un dato menor la selectividad penal, la cual no es otra cosa que la selección por estereotipos de las conductas consideradas delictivas. La selectividad penal permite sancionar lo que se es y no lo que realmente se comete. Esta cualidad inherente del sistema punitivo fue, en su momento, un importante

- 
1. Para definir lo *justo* en la esfera de lo jurídico seguimos la fórmula de Radbruch, que en otros términos indica: en aras de la seguridad jurídica, es imperativo que la ley prevalezca; sin embargo, cuando la ley resulta insoportable debido a su injusticia, debe ceder ante la justicia, ya que un sistema legal extremadamente injusto no puede considerarse verdadero derecho. Además, para poseer una naturaleza jurídica genuina, la ley debe respetar el principio de igualdad. Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974). Seguido de aquello, cuando las leyes son, en extremo injustas, piénsese en un sistema de leyes criminales, entonces deviene el ámbito de la negación del derecho (no derecho). En Eugenio Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal* (Montevideo: BdeF, 2014), 300.

descubrimiento para la comprensión del funcionamiento del sistema penal. Se elige sistemáticamente a aquellos que cumplen con un estereotipo, una etiqueta indeleble creada por la sociedad misma. Esta es una manera sutil de marginar y eliminar a quienes han sido marcados por la etiqueta. A este fenómeno no se le puede atribuir el término *derecho*.

Continuar con procesos de criminalización sobre personas estereotipadas equivale a establecer campos de concentración por vías jurídicas de aparente legitimidad. Para frenar estos abusos, la criminología de vertiente crítica proporciona datos de la real operatividad del poder punitivo al saber jurídico-penal, para que este pueda operar respetando la dignidad humana. Por justo se podría entender un saber que respeta las garantías fundamentales. Esto es, un derecho penal conformado para precautelar el interés colectivo frente al arbitrio de los poderes salvajes. Un saber jurídico-penal encauzado hacia los crímenes globales o de sistema.

Para esta tarea, la presente investigación de alcance teórico indaga a través del enfoque cualitativo aquellas premisas que deslegitiman al derecho penal, las cuales evidencian su incapacidad de precautelar los derechos de los individuos en sociedad. En esa senda, el método inductivo proporciona herramientas útiles por cuanto este permite “construir teoremas desde situaciones particulares y casos concretos, establecer regularidades, generalizar y pautar conclusiones”.<sup>2</sup> De la misma forma, se ha optado por la investigación documental referente a la deslegitimación del derecho penal y su contracara, la legitimación a través de la persecución de los delitos de los poderosos. Dicha técnica de investigación “es un procedimiento científico, un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema”.<sup>3</sup>

Así, se torna necesario acudir a los datos que entrega la criminología crítica implementando su método polifacético que no tan solo quiere conocer la realidad, sino que intentará transformarla. Entonces, “el método criminológico indefectiblemente ha de subrayar los derechos humanos, la dignidad personal, más que la legalidad”.<sup>4</sup> En ese sentido, se emprende la búsqueda por la legi-

---

2. Carlos Villabella, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, <https://n9.cl/iuarn>.

3. Alberto Morales, “Fundamentos de la investigación documental y la monografía”, Universidad de Los Andes, Venezuela, 2003, <https://n9.cl/oo2kn>.

4. Antonio Beristain y Elías Neuman, *Criminología y dignidad humana: diálogos* (Buenos Aires: Universidad, 2004), 59.

timación jurídico-penal mediante la indagación de los embates contra formas de violencia producidas por el propio sistema penal, enarboladas en los más de cincuenta años de la criminología crítica contra la real operatividad del poder punitivo, a fin de formular premisas innovadoras y audaces sobre la función legitimante del derecho penal.

Bajo estos postulados, las preguntas que guían este trabajo son: ¿Cómo se puede legitimar un derecho que produce y reproduce violencia? ¿El derecho penal está llamado a perpetuar la desigualdad a través del castigo? ¿Existen salidas a la deslegitimación actual del derecho penal dada su ínsita selectividad? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál sería la posible alternativa? Estas son las interrogantes que, como un ejercicio de mayéutica, intentan entregar otro cariz al derecho penal, en una era donde los mercados financieros, las trasnacionales y el capitalismo de la vigilancia dominan los escenarios políticos de los Estados en la región. Este aporte teórico sobre la justicia penal es una invitación a construir un saber jurídico-penal menos injusto, en sintonía con las necesidades sociales y comprometido con la dignidad humana.

## UN ¿DERECHO? PENAL EN SINTONÍA CON LA REALIDAD

El derecho se puede definir de distintas maneras, conforme la adhesión epistemológica a las variadas doctrinas sobre el asunto. El derecho, entonces, es un concepto y, por tanto, una construcción del lenguaje. El derecho trabaja con el lenguaje, lo cual no es un dato menor. Wittgenstein determinaba que el lenguaje crea una realidad.<sup>5</sup> Bajo esta lógica, el derecho no está exento de ser usado como un instrumento de opresión o de liberación. Dependiendo de la sociedad a la que se aspire, se puede elegir uno de esos caminos. Si se prefiere, se puede optar por la democracia o, en su lugar, por cualquier forma de autoritarismo. Nuevamente, el derecho produce una realidad a través del orden jurídico. En ese sentido, el derecho debe ser considerado como un devenir.<sup>6</sup> Por

- 
5. Wittgenstein traza una línea esencial para la comprensión del mundo. Para el filósofo, resultaría absurdo transgredir las reglas del lenguaje usual, porque este impide todo error lógico. En suma, se deben respetar las reglas del lenguaje en cuanto sus proposiciones representan la realidad. Christian Delacampagne, *Historia de la filosofía en el siglo XX* (Barcelona: RBA, 2022), 71.
  6. Rudolf von Jhering, *La lucha por el derecho* (Madrid: Dykinson, 2018), 55.

esa razón, el derecho, concebido para una democracia, no puede ser más que un instrumento de lucha. El derecho es lucha. Sin el derecho, considerado como la regulación de la fuerza, la sociedad simplemente decaería en barbarie. Porque el derecho puede y debe regular las asimetrías del poder. De allí su vital importancia para la sociedad. Quien tiene poder no recurre, no debería recurrir, a los tribunales, porque ejerce su poder. Al contrario, quien no tiene poder, alguien empobrecido, excluido, marginado, recurre a los tribunales para equilibrar la relación de poder. Esa es la función de todo juez o jueza en un estado de derecho, equilibrar las relaciones de poder. Por tanto, se podría establecer que el derecho, que opera mediante los tribunales de justicia, garantiza la convivencia pacífica de la sociedad. Garantiza, es decir, priman las garantías, los principios y los derechos establecidos en la Constitución. No más. No menos. Esa es una de las funciones primordiales del derecho.

Luego, el derecho penal es un saber jurídico. Esto quiere decir que pertenece a la esfera del derecho y que, por tanto, cuenta con principios y garantías básicas. También el derecho penal debe servir al fin primordial de garantizar la convivencia pacífica, impidiendo cualquier forma de violencia innecesaria por parte del poder. Entonces, para medir su legitimidad será necesario establecer si cumple con el respeto a la legalidad y si obedece a los mandatos constitucionales. Solo así se puede establecer si nos encontramos frente a un *derecho* o es simplemente venganza o mero punitivismo. De entrada, el derecho penal es el derecho desigual por excelencia.<sup>7</sup> Esto, porque el derecho penal opera dentro del sistema penal mediante las agencias judiciales que distribuye el bien negativo criminalidad de manera desigual.

Bajo estos postulados, el derecho penal se ejerce violentando flagrantemente el principio de igualdad ante la ley. El sistema penal, de manera perversa, detiene selectivamente a una ínfima cantidad de personas que en ocasiones son varias veces criminalizadas.<sup>8</sup> Este vendría a ser el discurso legitimador de todo el sistema penal. Por ello, es “completamente ingenuo creer que el verdadero poder del sistema penal se ejerce cuando sus agencias detienen, procesan y condenan a un homicida, por ejemplo. Ese poder, que solo se ejerce [...] en forma altamente selectiva y rodeada de amplia publicidad a través de los me-

---

7. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004), 169.

8. Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 30.

dios de comunicación social, es ínfimo comparado con el poder de control”.<sup>9</sup> Esto ya lo vaticinaba Foucault<sup>10</sup> cuando daba cuenta de que el ejercicio real del poder punitivo no se fija en el número de prisionizados, sino en el poder de control disciplinario sobre la entera población. En suma, la función disciplinaria del sistema penal “se ejerce al margen de la legalidad, en forma arbitrariamente selectiva, porque así lo planifica la misma ley, en razón de que la agencia legislativa deja fuera del discurso jurídico-penal amplísimos ámbitos de control social punitivo”.<sup>11</sup>

Como queda evidenciado, el poder punitivo es altamente selectivo. Siempre se dirige contra la persona que carga el estereotipo que atrae poder punitivo. Una de las investigaciones más trascendentes al respecto habla de una racialización punitiva,<sup>12</sup> compuesta por personas con un color distinto de piel —no precisamente el blanco—, quienes son seleccionados por el poder punitivo para poblar las cárceles de cualquier parte del mundo. Sobre este fenómeno altamente excluyente puede dar cuenta cualquier cárcel del país. Asimismo, el 59% de personas privadas de libertad se encuentran encarceladas por cometer delitos contra la propiedad y drogas.<sup>13</sup> Es decir, más de la mitad de las personas que se encuentran en las prisiones pertenecen a grupos desfavorecidos de la sociedad. Son precisamente los delitos de subsistencia y las mulas del narcotráfico los que componen ese porcentaje indolente de prisionización. De igual forma, la victimización también recae sobre las capas más desfavorecidas de la sociedad, al no poder costear los altos valores de la seguridad privada o porque las políticas públicas no se formulan en clave de inclusión.

En razón de lo descrito, sería inadecuado atribuir el adjetivo de *derecho* a lo que sencillamente es venganza. Entonces ¿qué se enseña en las facultades de derecho?, ¿cuál es el rol de los operadores de justicia ante un derecho penal deslegitimado? En las universidades de la región se enseña un derecho penal desfasado, anacrónico y poco atractivo. Ante este vaciamiento del saber jurídico, las campañas de ley y orden, de mano dura, son

---

9. *Ibíd.*, 28.

10. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002).

11. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 30.

12. Alejandro Alagia y Rodrigo Codino, *La descolonización de la criminología en América* (Buenos Aires: Ediar, 2019), 120.

13. INEC, “Censo Penitenciario Boletín Técnico n.º 02-2023-CP”, *Instituto Nacional de Estadística y Censos*, mayo de 2023, <https://n9.cl/k0xm6>.

las que diseñan la agenda de la política penal y de la política criminal, así como se trae de vuelta a la vieja peligrosidad de cuño lisztseano y lombrosiano. En esa línea, también aparece la legitimación idealista hegeliana del derecho penal con nuevos ropajes como el derecho penal del enemigo, donde el simple hecho de castigar —idealismo puro— reafirmaría alguna confianza en las instituciones y en el propio derecho.<sup>14</sup> Por ello, como enseña Zaffaroni, en la actualidad se tiende a “despojar a la pena de sus efectos preventivos para volver a una simple reafirmación hegeliana de la vigencia de la norma”.<sup>15</sup> Ninguna teoría de la pena de esta tradición autoritaria es comprobable empíricamente, sin embargo, se enseña sin estupor en las facultades de derecho latinoamericanas. Nadie puede comprobar que, encerrando a los más desfavorecidos, se producirá inmediatamente una sensación de confianza en las instituciones. Nada menos jurídico que depositar la confianza en una máquina de exclusión y venganza.

Se debe tener presente que “el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano”.<sup>16</sup> En esa senda, el derecho penal debe comprometerse con los derechos fundamentales, tomando en consideración que el “sistema jurídico penal es siempre expresión de los intereses de quien detenta el poder”,<sup>17</sup> lo cual influye en gran medida sobre los procesos de criminalización. No puede seguir siendo un engranaje de la espiral de exclusión que se ha detallado en estas breves líneas. Encerrar a los más débiles no puede ser una razón legitimante del uso del poder punitivo y la criminalización. Si se busca combatir —término nunca apropiado— el crimen, entonces la vía es otra. La criminalización de los actos de poder, de un poder político-económico tan sutil como el actual, pasa por reformular las bases mismas de lo que se entiende por derecho, especialmente cuando este atañe a los procesos de criminalización. Para tal tarea, el derecho penal debe permanecer informado por la ciencia criminológica que lo dota de realidad.

---

14. Alessandro Baratta, “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, *Revista Doctrina Penal* (1985): 1.

15. Raúl Zaffaroni, *Hacia dónde va el poder punitivo* (Santiago: Olejnik, 2022), 111.

16. *Ibid.*, 82.

17. Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010), 139.



## LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN ESCENA. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ANTE LA MACROCRIMINALIDAD ORGANIZADA

América Latina es la región más desigual del planeta, donde el 10% más rico acumula casi el 80% de la riqueza, en tanto que el 50% más pobre, tan solo el 1% de la riqueza.<sup>18</sup> Nuestras poblaciones viven con menos de 5,5 dólares al día. Para confirmar su desventajada realidad, basta revisar el coeficiente de Gini, que mide la desigualdad de los países.<sup>19</sup>

Así también, Latinoamérica es la región más violenta del mundo. En esa línea, pese a que América Latina representa solo el 9% de la población mundial, la región concentra un tercio de las muertes violentas,<sup>20</sup> lo que se traduce en que la región registraría más del 30% de los homicidios mundiales, todo esto en el contexto de la guerra contra las drogas y el crimen organizado. Por tomar a Ecuador como un doloroso ejemplo, las cifras de 2022 indicaron un incremento de muertes violentas de más del 80% con respecto al año anterior, registrando veinticinco muertes por cada cien mil habitantes; además de reflejarse un considerable incremento de violencia criminal en nueve países más de la región.<sup>21</sup> De esta forma, se puede establecer que la inseguridad ciudadana en la región ya no pasa por ser una *percepción de inseguridad*, sino que, al contrario, se ha vuelto una constante en la vida de las personas.

La respuesta que han brindado los Estados a esta problemática ha sido la falacia de la *mano dura*. Premisa según la cual, a mayor represión menor delincuencia, ha terminado por ser contraproducente e inclusive dañina para la propia sociedad, criminalizando los delitos de subsistencia y propiciando la violación a los derechos humanos.<sup>22</sup> La doctrina de mano dura se apoya en teorías como la de *tolerancia cero* o la de *ventanas rotas*, las cuales tienen su

- 
18. Karina Batthyány, “América Latina y el Caribe es la región más desigual del planeta”, CLACSO, 21 de abril de 2023, párr. 1, <https://n9.cl/qdi6m>.
  19. Statista, “Desigualdad en la distribución de ingresos basado en el coeficiente Gini en América Latina y el Caribe en 2021, por país”, 15 de octubre de 2023, <https://n9.cl/v2rlp>.
  20. Jorge Sahd K., Daniel Zovatto y Diego Rojas, eds., *Riesgo político América Latina 2023* (Santiago: Centro UC Estudios Internacionales CEIUC, 2023), <https://n9.cl/rqqnj>.
  21. Infobae, “Ecuador es el país latinoamericano donde más crecieron las muertes violentas”, 17 de enero de 2023, <https://n9.cl/3znu0>.
  22. Bernardo Kliksberg, “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”, *Nueva Sociedad*, n.º 215 (2008), ISSN: 0251-3552.

génesis en políticas de derechas, bajo la lógica de una *criminología de la vida cotidiana*,<sup>23</sup> las cuales, por su naturaleza, impulsan la degradación de la democracia porque criminalizan la pobreza. El discurso de estas políticas de mano dura es altamente seductor. Estas políticas enriquecen al sistema represivo vigente, tratando de entregarle legitimidad e inclusive una pretendida cientificidad.<sup>24</sup> Su valor se mide en relación con la coherencia interna que guardan con respecto a los discursos vindicativos reproducidos por los medios de comunicación masiva. Así, el discurso de mano dura se compadece con el sentimiento de venganza que impera en una sociedad violenta neurotizada. Y precisamente ese sentimiento de venganza se canalizará hacia el chivo expiatorio que, bajo la construcción de estereotipos, puede recaer en cualquier enemigo de turno creado para tal finalidad.

En esa línea, la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política; “contrapone a las clases trabajadoras, para aumentar el temor a la prisión y garantizar la autoridad y el poder de la policía”.<sup>25</sup> Ante esta vorágine de violencia —donde la peor parte la llevan los más desfavorecidos—, la sociedad queda seducida por los discursos de mano dura. La canalización de venganza se dirige contra grupos que han sido excluidos previamente en lo social y económico. Las cárceles se sobrepueblan de excluidos. Siempre los mismos. A quienes el propio Estado depara estas *fábricas de matar*. De esa manera se conforma una espiral de exclusión que termina en masacre. Basta mirar hacia Ecuador, para conocer la indolente actitud del gobierno ante las peores masacres producidas en toda la historia del país.<sup>26</sup>

Ante esta realidad, incrementar las cuotas de represión solo servirá para mantener la espiral de exclusión. Sin una política criminal dentro de una política pública es impensable descender los actuales índices de violencia que azotan a la región. Por ello, se mira hacia las garantías, lo cual es fundamental en todo Estado de derecho, pues permite formular en clave de prevención la política

---

23. Gabriel Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), 487.

24. Pavarini, *Control y dominación*, 50.

25. David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1999), 182.

26. Europapress, “La violencia en las cárceles de Ecuador entra en un círculo vicioso que deja ya más de 400 muertos en menos de dos años”, *Europa Press Internacional*, 26 de noviembre de 2022, párr. 3, <https://n9.cl/1vxbm>.

criminal de reducción de daños, que es lo que funciona.<sup>27</sup> En tanto, queda intervenir sobre el objeto de estudio que es el propio derecho penal, sobre sus fines manifiestos y sus ilusorias finalidades de la pena, cuya selectividad cobra la vida de personas vulnerables al poder punitivo. Por ello, se torna indispensable formular políticas que estimulen:

la autopercepción positiva y evitar la consecuencia de la fijación de roles, como también de asistir a las víctimas no solo del delito, sino también de las múltiples violencias del propio sistema penal, de compensar y evitar el deterioro [...] del personal policial, del personal penitenciario, de los jueces, de los abogados, del personal judicial, de las conflictividades familiares e institucionales generadoras de violencia.<sup>28</sup>

Una empresa de reinserción como la expuesta, no implicaría tan solo deparar un trato digno a las personas en contextos de encierro, sino también de contener y evitar al máximo posible la violencia que el propio sistema penal reproduce. No más vulnerables en las cárceles. Continuar encarcelando a los desfavorecidos es violencia sistémica dentro de la propia sociedad, lo que luego se traduce en elevados índices de inseguridad ciudadana.

En consecuencia, estos datos de la realidad comprometen sobremanera al derecho penal, en cuanto a su función limitadora del poder punitivo. Una exigencia que hace la criminología crítica al derecho penal es considerar la verdadera lesividad a los bienes jurídicos de la sociedad. No sería entonces adecuado para dotar de legitimidad del derecho penal continuar persiguiendo delitos de bagatela o criminalizando la pobreza, por cuanto aquello denotaría un vacío de lo jurídico en el ámbito de este saber. Al contrario, bajo el principio de lesividad,<sup>29</sup> el derecho penal está llamado a atender aquellos macodelitos

---

27. Al hablar de criminalidad económica organizada, la prevención pasa por diversos puntos que no precisamente tienen relación con la represión. Es más, la represión nunca funciona. En política criminal, puede resultar adecuado evaluar alternativas eficaces como intervenir sobre las causas por las que ciertos individuos forman parte de estas organizaciones criminales de naturaleza económica. Ver Andrea Castaldo, “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”, *Prudentia Iuris*, vol. 57 (2003), <https://n9.cl/kp479>.

28. Zaffaroni, *Hacia dónde va el poder punitivo*, 79.

29. El principio de lesividad, para Ferrajoli, es una garantía penal. Esto significa que el derecho penal debe castigar aquellas conductas que causen un daño —ofensividad— real a los bienes jurídicos y nunca las identidades o las condiciones personales. Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo foro penal*, vol. 79 (2012): 100, <https://n9.cl/yfxb52>.

que generan afectaciones graves a la sociedad en su conjunto. En ese orden de ideas, los delitos de los poderosos<sup>30</sup> son conductas altamente lesivas, considerando, asimismo, que esta clase de delitos económico-políticos serían irresolubles mediante otros métodos de solución de conflictos dada su incuantificable dañosidad.<sup>31</sup>

Cuando nos referimos a macrodelincuencia, se hace hincapié en los llamados crímenes globales o de sistema, los cuales abarcan diversas conductas lesivas, donde se hallan componentes económicos y políticos, los cuales “no consisten en unos comportamientos determinados, sino en un conjunto de actividades políticas y/o económicas, llevadas a cabo por una pluralidad indeterminada y a la vez indeterminable de sujetos”.<sup>32</sup>

Como se manifestó en líneas anteriores, esta criminalidad es altamente volátil, en el sentido de que sus conductas en muchas ocasiones superan la parsimoniosa elaboración de la dogmática penal. En otras palabras, el avance tecnológico global en materia financiera impide que la dogmática siga sus pasos. Así, se debe entender que el delito de cuello blanco es un crimen organizado, porque efectivamente se compone de diversos agentes financieros, corporativos, CEO, etc., los cuales son intercambiables, existiendo complicidad entre estos aparatos organizados criminales y el poder político, económico y financiero. Por esa razón, las víctimas también son diversas, dentro de las cuales se integran “consumidores, competidores, accionistas y otros inversores, inventores y empleados, así como contra el Estado en la forma de fraude de impuestos y soborno a funcionarios públicos. Estos delitos no son violaciones discretas

---

30. Zaffaroni y Días Dos Santos establecen varias conductas que podrían considerarse como crímenes corporados o de sistema por su inocultable dimensión macrosocial, tales como: estafas (como la de 2008), administraciones fraudulentas (endeudamiento astronómico de Estados), entre otras. En Raúl Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, “Bosquejo para una etiología de la delincuencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, vol. 6, n.º 1 (2021): 3-14, doi:<https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i1.102>.

31. Para Naucke, el delito económico-político “será aquel que es tolerado o incluso fortalecido por el propio Estado”. En esa línea, la acusación contra un ex-Primer Ministro de Islandia en 2010, por decisiones financieras erradas e imprudentes, tomadas por el gobierno, así como la crisis financiera desatada en 2008. Con una mirada audaz, Naucke establece que el derecho penal tiene por finalidad la protección de la libertad del individuo, donde el castigo —la pena estatal— se cimienta en la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos, consecuencia de decisiones económicas del poder. Wolfgang Naucke, *El concepto de delito económico-político. Una aproximación* (Madrid: Marcial Pons, 2015).

32. Luigi Ferrajoli, “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4 (2021): 7.

ni desapercibidas de reglamentos técnicos. Son actos deliberados y tienen una relativa unidad consistente”.<sup>33</sup> Si bien Sutherland puede considerarse anacrónico en la actualidad,<sup>34</sup> no es menos cierto que la premisa descrita anteriormente pueda servir para comprender la afectación que se produce con este tipo de conductas delictivas.

Como se ha sostenido, el daño social de esta clase de delitos es incuantificable, generando daños irreversibles sobre la sociedad en su conjunto, con la peculiaridad de que en ocasiones estas conductas no son consideradas como ilícitas.<sup>35</sup> De ahí la tarea que debe emprender el derecho penal y la criminología crítica que lo concibe como su objeto de estudio.<sup>36</sup> Los crímenes de sistema operan como crímenes contra la humanidad, violando los derechos humanos de la población.<sup>37</sup> De allí que estos *poderes salvajes* —en términos de Ferrajoli— han aparecido para ocupar la esfera pública, convirtiéndose en poderes económicos y financieros que desconocen los límites del derecho, imponiendo sus propias reglas e intereses a la política.<sup>38</sup> No sorprende, entonces, la desigualdad generada por el capital, los crímenes globales y el ejercicio de una violencia despiadada sobre las sociedades en todo el mundo.<sup>39</sup>

En este escenario, el derecho penal y la criminología crítica que controla los controles<sup>40</sup> no pueden volver a generar un *apartheid* gnoseológico, como antaño ocurrió con los crímenes de masa. Para conformar una ciencia integrada de derecho penal,<sup>41</sup> entonces debe existir un verdadero *diálogo entre saberes*. Un diálogo que propenda a una cultura de paz en el camino hacia una teoría

---

33. Edwin Sutherland, *Los delitos de cuello blanco* (Madrid: La Piqueta, 1999), 261.

34. Por ejemplo, el “*identikit* criminológico de Sutherland a propósito del delincuente del cuello blanco hoy es tan anacrónico como equivocado. La criminalidad económica (otro concepto excesivamente genérico) se basa en realidad en distintas dinámicas de comportamiento”. Castaldo, “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”, 16.

35. José Michilini y Nicolás Segura, “Criminología y globalización”, *Universidad de Extremadura* (2020): 683.

36. Alagia y Codino, *La descolonización de la criminología en América*, 369.

37. Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 410. Como bien relata el autor, los esposos Schwendinger proponían que al hacer criminología se debía optar por apoyar el lado de los dominados. Hacer de lo criminal un campo de lucha más extenso.

38. Ferrajoli, “Criminología, crímenes globales y derecho penal”, 8.

39. David Harvey, *Razones para ser anticapitalistas* (Buenos Aires: CLACSO, 2020), 39.

40. Lola Aniyar de Castro, “La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes”, *Revista Interferencias*, vol. 0 (2008), <https://n9.cl/pyfzc8>.

41. En el sentido que propone Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 35.

constitucional universal donde las futuras generaciones sean las encargadas de proyectarla y realizarla.<sup>42</sup> La incorporación de los datos de la realidad en la ciencia jurídico, penal es una tarea impostergable e ineludible por el peso de su propia historia. La ciencia integrada que hoy resulte de la advertencia efectuada en estas líneas será de gran utilidad para la consecución de los objetivos de legitimación del derecho penal, el cual debe servir a la clase excluida; para tal finalidad, la dogmática penal podría tomar en cuenta que:

A) Para los delitos económicos muy peligrosos bastará, para su incriminación, la comisión por imprudencia o negligencia. B) Se evitará, por medio de la legislación económica la elusión de la ley. En casos explícitos se castigarán estos casos. C) Utilizar la teoría de la complicidad y la figura del instigador. D) Descriminalizar [...] conductas que oscurecen la gravedad de la delincuencia económica. E) Proliferación y observación de las Reglas Mínimas internacionales para limitar el abuso del poder corporado trasnacional.<sup>43</sup>

Como bien enseña Gargarella, para quienes confiamos que el derecho puede y debe ser otra cosa, es decir, “quienes lo pensamos desde un punto de vista igualitario, y por tanto democrático, tenemos que reconocer que puede y debe trabajar en la dirección opuesta, esto es, a favor del empoderamiento legal de los más débiles y en contra de la impunidad de los más poderosos”.<sup>44</sup>

## CONCLUSIONES

El derecho penal debe ser puesto al servicio de las clases excluidas, a fin de dotarlo de legitimidad como saber jurídico. En ese sentido, la construcción de un derecho penal de garantías o liberal pasa por la observancia estricta del principio de lesividad, que exige un daño real a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad en su conjunto. Aquello permitiría reconducir el poder punitivo hacia los crímenes con contenido altamente lesivo, que específicamente se engloban en los denominados delitos de sistema.

---

42. Peter Häberle, *Sobre el principio de la paz. La “cultura de la paz”. El tópico de la teoría constitucional universal* (Ciudad de México: IIJ-UNAM/Ediar, 2022), 293.

43. Lola Aniyar de Castro, *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología* (Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982), 143-4.

44. Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2023), 88.

Subvertir la selectividad penal conlleva una reelaboración de la dogmática destinada a configurar la persecución penal hacia los delitos de sistema o globales y, a su vez, emprender un proceso de descriminalización de delitos de subsistencia. La criminología crítica aportaría los datos de realidad necesarios para la sistematización de este tipo de delitos, lo cual implicaría establecer una política penal que considere la lesividad de los crímenes de sistema como su base operativa, con la consecuente creación de normas jurídicas que propendan a la consecución de tal finalidad.

El saber jurídico penal en su tradición milenaria ha sido usado como instrumento de las clases dominantes, lo que ha implicado procesos de criminalización excluyentes, siempre selectivos y sesgados. En la actualidad, los procesos de criminalización deben corresponderse con la realidad de nuestros pueblos y dirigirse a combatir los crímenes de los poderosos a fin de evitar la impunidad y garantizar el bienestar colectivo.

El derecho penal debe conducir, como todo *derecho*, a la convivencia pacífica de la sociedad latinoamericana. Para ello, debe guardar correspondencia con las garantías fundamentales, destinando la sanción penal hacia conductas lesivas que ponen en riesgo la vida e integridad de naciones enteras.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alagia, Alejandro, y Rodrigo Codino. *La descolonización de la criminología en América*. Buenos Aires: Ediar, 2019.
- Anitua, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- Aniyar de Castro, Lola. “La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes”. *Revista Interferencias* (2008). <https://n9.cl/pyfzc8>.
- . *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982.
- Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- . “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. *Revista Doctrina Penal* (1985).
- Batthyány, Karina. “América Latina y el Caribe es la región más desigual del planeta”. *CLACSO*, 21 de abril de 2023. <https://n9.cl/qdi6m>.

- Beristain, Antonio, y Elías Neuman. *Criminología y dignidad humana: diálogos*. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- Castaldo, Andrea. “La naturaleza económica de la criminalidad organizada”. *Prudentia Iuris*, vol. 57 (2003). <https://n9.cl/kp479>.
- Delacampagne, Christian. *Historia de la filosofía en el siglo XX*. Barcelona: RBA, 2022.
- Europapress. “La violencia en las cárceles de Ecuador entra en un círculo vicioso que deja ya más de 400 muertos en menos de dos años”. *Europa Press Internacional*, 26 de noviembre de 2022. <https://n9.cl/1vxbm>.
- Ferrajoli, Luigi. “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”. *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 4 (2021): 7.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . “El principio de lesividad como garantía penal”. *Nuevo foro penal*, vol. 79 (2012). <https://n9.cl/yfxb52>.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002.
- Gargarella, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2023.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1999.
- Häberle, Peter. *Sobre el principio de la paz. La ‘cultura de la paz’. El tópico de la teoría constitucional universal*. Ciudad de México: IIJ-UNAM/Ediar, 2022.
- Harvey, David. *Razones para ser anticapitalistas*. Buenos Aires: CLACSO, 2020.
- INEC. 2023. *Censo Penitenciario Boletín Técnico n.º 02-2023-CP*. Instituto Nacional de Estadística y Censos. Mayo de 2023. <https://n9.cl/k0xm6>.
- Infobae. “Ecuador es el país latinoamericano donde más crecieron las muertes violentas”. *Infobae*, 17 de enero de 2023. <https://n9.cl/3znu0>.
- Jhering, Rudolf von. *La lucha por el derecho*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Kliksberg, Bernardo. “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”. *Nueva Sociedad*, n.º 215 (2008). ISSN: 0251-3552.
- Michilini, José, y Nicolás Segura. “Criminología y globalización”. *Universidad de Extremadura* (2020): 673-93.
- Morales, Alberto. *Fundamentos de la investigación documental y la monografía*. Mérida: Universidad de Los Andes, 2003. <https://n9.cl/oo2kn>.
- Naucke, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010.



- Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Sahd K., Jorge, Daniel Zovatto y Diego Rojas, eds. *Riesgo político América Latina 2023*. Santiago: Centro UC Estudios Internacionales CEIUC, 2023. <https://n9.cl/rqqnj>.
- Statista. *Desigualdad en la distribución de ingresos basado en el coeficiente Gini en América Latina y el Caribe en 2021, por país*. 15 de octubre de 2023. <https://n9.cl/v2rlyp>.
- Sutherland, Edwin. *Los delitos de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta, 1999.
- Villabella, Carlos. “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”. En *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. <https://n9.cl/iuarn>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- . *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: BdeF, 2014.
- . *Hacia dónde va el poder punitivo*. Santiago: Olejnik, 2022.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, e Ílison Dias Dos Santos. “Bosquejo para una etiología de la delincuencia”. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, vol. 6, n.º 1 (2021): 3-14. doi:<https://doi.org/10.47712/rd.2021.v6i1.102>.



# La cooperación internacional, clave para atender los problemas penitenciarios

*International Cooperation Key to Addressing Prison Problems*

**Gladis Margot Proaño Reyes**

*Docente, Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES*

Ambato, Ecuador

pg.docentegpr@uniandes.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-1653-5889>

**Holger Enrique Proaño Reyes**

*Abogado, Universidad Técnica Particular de Loja*

Loja, Ecuador

heproano@utpl.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0004-7341-6872>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.2>

Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 24 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

La presencia de agrupaciones del crimen organizado transnacional junto a otros aspectos en el contexto penitenciario y las condiciones de infraestructura y de dotación de los centros de rehabilitación social que se conjugan con la sobrepoblación que ocasiona el hacinamiento, se ubican como las principales causas de la crisis del sector penitenciario que ha traído como consecuencia situaciones de extrema violencia. La investigación realizada se enmarca en el estudio de la crisis carcelaria como un problema global, y tiene como objetivo realizar un análisis de la crisis penitenciaria en el Ecuador y la intervención de la cooperación internacional como un mecanismo para coadyuvar en asuntos de seguridad interna, especialmente mediante el apoyo a la lucha contra el crimen transnacional organizado, el cual se ha infiltrado en los centros de privación de la libertad. Mediante el empleo del método de análisis documental, se ha procurado el estudio de la situación carcelaria, la incidencia del crimen organizado y la necesidad de plantear soluciones en la esfera de la cooperación internacional; particularmente se describen los aspectos más relevantes del Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado Europa Latinoamericana (EL PAcCTO) procurando mostrar las posibles soluciones a la crisis descrita. Como conclusión, se muestra la relación existente entre distintos flagelos como la corrupción y la vulneración de los derechos humanos como aspectos que deberán ser atendidos.

**PALABRAS CLAVE:** cooperación internacional, prisión, corrupción, derechos humanos, derechos de los prisioneros, grupo desfavorecido, narcotráfico, hacinamiento.

## ABSTRACT

The presence of transnational organized crime groups, along with other aspects in the prison context, and the conditions of infrastructure and equipment of social rehabilitation centers, which combine with overcrowding, causing overcrowding, are the main causes of the crisis in the prison sector, which has resulted in situations of extreme violence. The research carried out is framed in the study of the prison crisis as a global problem, with the objective of carrying out an analysis of the prison crisis in Ecuador and the intervention of international cooperation as a mechanism to contribute to matters of internal security, especially by supporting the fight against transnational organized crime, which has infiltrated the centres of deprivation of liberty. Using the documentary analysis method, the study of the prison

situation and the incidence of organized crime and the need to propose solutions in the field of international cooperation have been attempted, particularly the most relevant aspects of the Assistance Program against Transnational Organized Crime Europe Latin America (EL PAcCTO) are described, trying to show the possible solutions to the crisis described. In conclusion, the relationship between different scourges such as corruption and the violation of human rights is shown as aspects that must be addressed.

KEYWORDS: international cooperation, prison, corruption, human rights, prisoners' rights, disadvantaged group, drug trafficking, overcrowding.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Cuando se emplea el término “cooperación internacional” se asocia a la colaboración prestada entre Estados, por distintos motivos y bajo una gran variedad de formas y modalidades. Sin embargo, desde la incorporación en la agenda internacional relativa a los asuntos de la seguridad, tanto interna como internacional de los Estados, se presentan acciones coordinadas contra el flagelo del crimen organizado transnacional, para el cual no parece haber limitaciones fronterizas, corrompiendo tanto a ciudadanos como a instituciones y entes públicos, incluidos todos los niveles de gobierno.

Este tipo de corrupción ha sido descrito por Gutiérrez<sup>1</sup> como un fenómeno que implica un sinnúmero de aristas, por lo que requiere que sean acometidas acciones que sumen esfuerzos de los diferentes actores en el escenario internacional para atacar y contrarrestar los embates de la delincuencia organizada transnacional, dentro de los cuales se encuentra no solo la lucha contra la corrupción, sino también la atención al narcotráfico, el tráfico de armas, la extorsión con ofrecimiento de un daño inminente así como de cualquier otro tipo de delitos como es el tráfico de mercancía ilegal.

---

1. Raúl Gutiérrez, “La cooperación internacional en torno a la protección de víctimas y testigos como mecanismo de combate a la delincuencia organizada transnacional”, *Iudicium*, n.º 2 (2017): 106, <http://bit.ly/47qkyrW>.

En el artículo publicado en 2014 por McDermott<sup>2</sup> se afirma que los grupos del crimen organizado corrompen a la vez que se insertan en ciertos elementos del Estado, especialmente las fuerzas de seguridad y del poder judicial, con el propósito de facilitar la realización de sus negocios ilícitos, que se encuentran relacionados con otros delitos como la extorsión y el homicidio, para lo cual incluso se encuentran dentro de los centros penitenciarios.

Sansó<sup>3</sup> menciona que los sistemas penitenciarios han enfrentado un conjunto de amenazas a su función, tanto interna como externa, y por vía de consecuencia se presentan como un factor de riesgo para la seguridad del Estado, especialmente amenazas provenientes de la criminalidad organizada, cuyo combate ya no puede estar al margen del ámbito penitenciario, puesto que se trata de un fenómeno presente en estos recintos, que requiere una correcta articulación y tratamiento de sus causas y efectos.

Todas estas prácticas delictivas han permeado el sistema carcelario en Ecuador en búsqueda de derroteros para ejercitar esas actividades criminales,<sup>4</sup> aunado a otros problemas como la sobrepoblación carcelaria, y las precarias condiciones de estos recintos, la ausencia de capacitación al personal de vigilancia penitenciaria, las bajas remuneraciones, que se han convertido en un asunto que trasciende el espacio local, para pasar a ser de interés de la comunidad internacional, y desde la perspectiva académica han atraído la labor de investigadores con el propósito no solo de documentar la crisis sino de indagar sobre sus causas y efectos.<sup>5</sup>

- 
2. Jeremy McDermott, “Cómo se cruzan el crimen organizado y la corrupción en Latinoamérica”, *InSight Crime*, 4 diciembre 2014, <https://bit.ly/3TjwmrY>.
  3. Daniel Sansó, “Inteligencia criminal y sistemas penitenciarios: algunas reflexiones”, *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 15 (2014): 99, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656536008>.
  4. Para lo cual resultan propicios los recintos penitenciarios. Jerson Pardo y Luis Maldonado, “Incidencia de los grupos de delincuencia organizada en la crisis carcelaria del Ecuador del 2019 a 2022”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 8, n.º 8 (2023): 2099, <https://bit.ly/3HgHjmZ>.
  5. Recientemente se pueden encontrar los siguientes estudios que abordan la temática de la crisis carcelaria en Ecuador: Ingrid Díaz et al., “Crisis del sistema penitenciario en Ecuador”, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2, (2022): 1479-87, <https://bit.ly/3TCPJwg>; Juan Arandía et al., “La crisis del sistema penitenciario del Ecuador y sus diferentes factores jurídicos”, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2 (2022): 1105-15, <https://bit.ly/41FEPHV>; Daniela Arcos et al., “Crisis en el sistema carcelario del Ecuador”, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2 (2022): 1426-37, <https://bit.ly/3HgHjmZ>.

## DESCRIPCIÓN DE LA CRISIS PENITENCIARIA: LA CORRUPCIÓN PENITENCIARIA COMO CAUSA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2022 (CIDH) sobre la situación de las personas privadas de libertad (PPL) en Ecuador<sup>6</sup> identifica un conjunto de causas de la crisis penitenciaria, encabezando la lista la falta de control efectivo de los centros penitenciarios por parte del Estado, que tiene como principal efecto que el control intramuros lo han venido ejerciendo las propias personas detenidas, se rigen en la práctica de “autogobierno”, que conduce a que las PPL se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad al igual que sus familiares que son extorsionados con sumas de dinero para mantener a buen resguardo a sus seres queridos bajo privación de la libertad.

La CIDH sostiene que este control es ejercido por grupos del crimen organizado que en algunos casos tienen vínculos con “bandas internacionales”, al tratarse de una problemática estructural del sistema penitenciario que refleja una progresiva e incluso significativa pérdida de soberanía estatal dentro de los centros de rehabilitación social. Los enfrentamientos de estos grupos criminales, en gran medida dedicados al narcotráfico, surgen como consecuencia de luchas por territorio tanto al interior como al exterior de dichos centros; hay que tener presente que el narcotráfico es un fenómeno delictivo que afecta no solo a Ecuador sino también a toda la región sudamericana.<sup>7</sup>

Esta situación también ha quedado expresada en el “Documento de Sistematización de la Primera Conferencia de Consenso en el Ámbito Penitenciario

---

ly/3RTnbNI; Miguel Martínez y Alejandro Martínez, “Déficit en la seguridad de los centros penitenciario en el Ecuador”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 7, n.º 2 (2022): 297-309, <https://bit.ly/3RZAqg0>; Freddy Crespo, “¿Nuevo régimen penitenciario? Privación de libertad y efectos del encarcelamiento en Venezuela”, *Boletín Criminológico*, n.º 193 (2020): 1-28, <https://bit.ly/48jC69B>; William Chará, “Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica”, *Estudios de Derecho* 78, n.º 171 (2021): 119-38, <https://bit.ly/3GgQ7bK>.

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad en Ecuador*, 21 de febrero de 2022, <https://bit.ly/3RgQYzm>.

7. *Ibid.*, 32.

en Ecuador”,<sup>8</sup> que revela la crisis del sistema penitenciario planteando escenario de lucha contra el crimen organizado, grupos señalados como protagonistas de la intensificación, durante 2021, de enfrentamientos violentos entre rivales, producto de los cuales alrededor de 300 personas han sido víctimas, situación que también atenta contra la paz social.<sup>9</sup>

Pontón<sup>10</sup> afirma que la violencia al interior de las cárceles ha sido un proceso creciente que no ha tenido freno. González y Armijos<sup>11</sup> describen cómo la crisis del sistema penitenciario en 2021 ha sido la consecuencia del desbordamiento de los límites de violencia, hacinamiento y condiciones deplorables de vida de las PPL, situación que en los años 2007, 2010, 2019 y 2020 llevó al Gobierno ecuatoriano a declarar en emergencia el Sistema de Rehabilitación Social, teniendo como base la vulneración de forma sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos e impidiendo garantizar los objetivos de la reclusión como es la rehabilitación y la no reincidencia.

Adicionalmente, Añazco y Moscoso<sup>12</sup> revelan que dentro de las causas que han dado lugar a la crítica situación carcelaria del país se encuentran la falta de atención a este sistema y de medidas que impidan el uso, manejo, creación y distribución de materiales que están prohibidos como armas y de sustancias psicotrópicas, provocando la desconfianza no solo de las PPL, sino también de las familias y de la ciudadanía en general.

La CIDH enfatiza en su informe la necesidad de garantizar efectivamente los derechos de las PPL, precisando que el Estado deberá ejercer el control efectivo de los centros penitenciarios, mediante las actividades de custodia ex-

- 
8. Fundación Esquel, EL PAcCTO y Unión Europea, “Documento de Sistematización de la Primera Conferencia de Consenso en el Ámbito Penitenciario en Ecuador”, 2022, <https://bit.ly/3QYjLay>.
  9. Antony Martínez et al., “Impacto de la violencia de los centros de privación de libertad en la sociedad ecuatoriana”, *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas* 7, n.º 2 (2022): 1403, <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v7i2.2391>.
  10. Daniel Pontón, “Las nuevas cárceles en Ecuador: un ecosistema para la reproducción del crimen complejo”, *Universitas-XXI: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 37 (2022): 174, <https://bit.ly/3v5z7Tt>.
  11. Janeth González y Henry Armijos. “La crisis penitenciaria en Ecuador: ¿un mal sin remedio?”, *Axioma: Revista de Docencia, Investigación y Proyección Social*, n.º 25 (2021): 66-72, <https://doi.org/10.26621/ra.v1i25.745>.
  12. Darío Añazco y Ruth Moscoso, “Crisis penitenciaria frente a la protección de derechos humanos”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 8, n.º 2 (2023): 2007, <https://bit.ly/3tsyZ03>.



terna de los recintos, y el control interno procurando el orden y la seguridad, para evitar la continua vulneración de sus derechos.<sup>13</sup> Las prisiones deberían ser entornos seguros para todos quienes permanecen, trabajan en ellas, y para los visitantes, por lo que ninguna persona debería temer por su seguridad física.<sup>14</sup>

Párraga<sup>15</sup> argumenta que las PPL requieren especial atención por parte del Estado, ya que se encuentran bajo su cuidado y protección, de lo que se desprende que existe una responsabilidad de garantizar mientras se encuentren en esa situación de custodia todos sus derechos.<sup>16</sup>

Aunque no se puede descartar una revisión de la situación normativa y la relación existente entre el sistema de prisiones y el sistema de justicia del país, tópicos que exceden el alcance de la presente investigación, resulta neurálgico destacar la situación estructural de los centros penitenciarios, que en su mayoría han sido construidos sin observar las orientaciones técnicas de planificación en este tipo de establecimientos, que tienen su fundamento en las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, liderado por la Oficina de las Naciones

- 
13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad en Ecuador*, 33.
  14. Salomón Montecé y Natividad Alcívar, “El sistema penitenciario ecuatoriano”, *Revista UNIANDES Episteme* 7, n.º extra 1 (2020): 677, <https://bit.ly/3NFfsyxy>.
  15. Vielka Párraga, “El rol del Estado ecuatoriano en el ejercicio efectivo de los derechos de los privados de libertad a la luz de la crisis carcelaria”, *Frónesis*, vol. 29, n.º 1 (2022): 30-49, <https://bit.ly/49QOKy8>.
  16. Gómez y Velandia sostienen que las PPL tienen una relación especial de sujeción frente al Estado producto de las condiciones de reclusión en que se encuentran, que conlleva a la imposibilidad de que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas propias de la materialización de una vida digna, por lo que es el Estado el llamado a cubrir esas necesidades. Alejandro Gómez y Rafael Velandia, “Crisis de la prisión en Colombia y derechos humanos”, *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º extra 25 (2019): 671, <https://bit.ly/3vHKGRI>.

“La responsabilidad estatal en la implementación de las medidas se sustenta en lo prescrito en el art. 676 del Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de que las personas privadas de libertad ‘se encuentran bajo la custodia del Estado’; ergo, este ‘responderá por las acciones u omisiones de los servidores que violen los derechos de los privados de libertad’”. Jorge Verdugo, “La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 39 (2023): 87-105, <https://bit.ly/40SaYM5>.

Para indagar más acerca de esta responsabilidad se puede revisar el artículo de Cristian Romero et al., “Responsabilidad objetiva del Estado ecuatoriano en las muertes ocurridas en los centros penitenciarios, mientras cumplían su pena o medida de privativa de libertad, desde el 23 de febrero de 2021 hasta la actualidad”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 7, n.º 12 (2022): 1228-65, <https://bit.ly/48c6L8X>.

Unidas de servicios para proyectos, establecida en Copenhague en 2016 y que, por lo tanto, no cuentan con la infraestructura ni los servicios necesarios para albergar conforme a derecho al número de personas que se deben atender.

La sobrepoblación junto a la falta de infraestructura e insumos resultan ser la receta para el hacinamiento, y como consecuencia la posibilidad de llevar a cabo un correcto tratamiento de rehabilitación social, tal como consagra tanto la Constitución de la República del Ecuador como el Código Orgánico Integral Penal y que resultan ser la base de las tareas del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores (SNAI).

Arrias et al.<sup>17</sup> destacan que el hacinamiento proveniente de la sobrepoblación como la principal dificultad del sistema carcelario del país, y que conduce a la generación de problemas de salud, de indisciplina y, por supuesto, violencia, entre otros que se presentan como una evidente violación de la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana. Ariza y Torres<sup>18</sup> enfatizan que el problema del hacinamiento tiene un lugar predominante en los debates acerca de las crisis penitenciarias, que se convierte en uno de los temas centrales en los estudios dedicados a la situación de estos centros y de las personas que ahí se encuentran cumpliendo una sentencia o trabajando.

Ramírez<sup>19</sup> afirma que la violencia carcelaria como fenómeno se presenta con características de ser complejo y multidimensional, a la vez que tiene lugar en la vida cotidiana de las PPL y del personal que trabaja en estos recintos, quienes deben aceptar las condiciones de vida limitantes, que se manifiestan principalmente en actos de violencia, secuestros y amenazas de muerte que se han normalizado dentro de las estructuras de reclusión.

Adicionalmente, entre las causas de la violencia carcelaria, la corrupción resulta ser medular al generar subsecuentes debilidades del sistema penitenciario y el quebrantamiento de los derechos no solo de las PPL sino de los trabajadores de este sistema y de la sociedad en general, que con horror observó terribles crímenes y que clama por una inmediata solución. Tal como sostiene

---

17. Julio Arrias, Betsabeth Plaza y Raúl Herráez, “Interpretación del sistema carcelario ecuatoriano”, *Revista Universidad y Sociedad* 12, n.º 4 (2020): 19, <https://bit.ly/3Ssk4wD>.

18. Libardo Ariza y Mario Torres, “Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”, *Revista Socio-Jurídicos* 21, n.º 2 (2019): 229, <https://bit.ly/3S5F0ba>.

19. Ramírez Stephanie, “Violencia y cárcel: una aproximación hacia la cultura entre muros desde el hacinamiento en Costa Rica”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 34, n.º 1 (2022): 276, <https://doi.org/10.15359/rldh.34-1.11>.

Passamano,<sup>20</sup> la corrupción en las prisiones conlleva un inminente peligro para la seguridad, por lo que resulta evidente que frecuentemente sea identificada como una de las causas de la crisis penitenciaria; esta situación ha sido denominada como “corrupción en el sector de la justicia penal”.<sup>21</sup>

Acerca de la definición legal de corrupción y específicamente la corrupción en el contexto penitenciario, no hay una denominación particular, debiendo incorporar en la conceptualización al conjunto de actos dentro de los que destacan el soborno de funcionarios públicos nacionales, defensores privados y el enriquecimiento ilícito.

Se identifican<sup>22</sup> dos características distintivas de la corrupción del sector penitenciario; por una parte, aquella que se corresponde a la subcultura de la prisión que la distingue de las otras áreas de la administración pública; y por otra parte, la vinculación entre la delincuencia dentro de los centros penitenciarios y las redes de criminalidad externas.

Las prisiones se presentan como estructuras en alto riesgo de ser presas del flagelo de la corrupción, especialmente por tratarse de una especie de caja oscura, con una marcada ausencia de transparencia, precipitando las conexiones entre los grupos criminales organizados y la falta de interés social, que crea el ambiente idóneo para la proliferación de los actos corruptivos, que se expresan en los siguientes aspectos:

1. Una cultura que ve con buenos ojos los actos de corrupción que tienen lugar en el sistema penitenciario. La sociedad civil muestra cierto desinterés en lo que ocurre en la realidad carcelaria, no obstante, la repercusión de estos hechos a toda la sociedad.
2. Deficiencia en el régimen laboral de los funcionarios del sistema penitenciario involucra no solo los salarios y demás prestaciones económico-patrimoniales, sino también el sistema de contratación y formación de los funcionarios del sistema penitenciario.<sup>23</sup> En el Ecuador se precisa

---

20. Mariagrazia Passamano, *Corrupción en el contexto penitenciario: medidas para contrarrestar la corrupción como elemento facilitador de la infiltración del crimen transnacional organizado*, Programa EL PAcCTO (2022): 1-25, <https://bit.ly/3Rbq4ZP>.

21. Jan Simón, “La corrupción en el sector de la justicia penal: perspectivas para una reforma institucional en América Latina”, *Derecho Penal y Criminología* 44, n.º 117 (2023): 95-147, <https://bit.ly/41QQhR9>.

22. Passamano, *Corrupción en el contexto penitenciario*, 14.

23. Tanto la ingobernabilidad como la corrupción e inestabilidad en la gestión institucional de los centros penitenciarios en el país se incorporan dentro de las causas de las situaciones

una escuela penitenciaria, solicitud que ha sido elevada al programa EL PAcCTO como parte de asistencia técnica.<sup>24</sup>

3. Carencia de procedimientos mínimos que conlleva a la arbitrariedad o aplicación del propio criterio de los funcionarios, desconociendo en el control de los actos dos principios vitales de la gestión pública: rendición de cuentas y transparencia.

UNODC describe la existencia de un vínculo entre la corrupción en el sistema penitenciario y los derechos humanos,<sup>25</sup> que deriva en un desmesurado impacto negativo en las personas que integran los grupos especialmente vulnerables, en este caso las PPL, y los actos de corrupción, puesto que para este organismo internacional se trata de un crimen que atenta contra el incremento económico y dificulta la mejora de las condiciones de vida,<sup>26</sup> disminuyendo con su presencia en todos los aspectos de la estructura del Estado, las oportunidades de inversión internacional.

Se puede inferir que existe ese claro quebrantamiento de los derechos humanos, no solo de la dignidad humana de las PPL sino también de todos los miembros de la sociedad, cuando se establece la relación entre los niveles más bajos de los presupuestos que toda persona necesita para su bienestar, que en palabras de Párraga<sup>27</sup> se corresponde a la vida y a la integridad personal, sin dejar de lado otros aspectos requeridos para la autorrealización del individuo tanto en su aspecto personal y material, en el lugar en que se encuentre la persona,

---

“anómalas” que desembocan en violencia. Víctor Zambrano y Christian Tamayo, “La comunicación interna en el clima organizacional del SNAI del centro de rehabilitación social masculino Manabí número 3 del cantón Sucre”, *Revista Científica Multidisciplinaria Arbitrada Yachasun* 6, n.º 11 (2022): 194, <https://bit.ly/3yX6t98>.

24. Fundación Esquel, EL PAcCTO y Unión Europea, *Forjando vínculos para la creación de un centro de formación penitenciaria en Ecuador*, 21 de julio de 2021, <https://bit.ly/47u3bXm>.
25. Vínculo que se manifiesta principalmente a través del quebrantamiento de los derechos básicos, como lo es el derecho a la integridad física, impidiéndoles a todas las PPL, y muy especialmente a aquellas que presentan mayor vulnerabilidad, que puedan desarrollarse en un ambiente sano. Rosa Henríquez, “Violaciones a los Derechos Humanos en el Centro de Rehabilitación Social de Personas Privadas de su Libertad (PPL) de Guayaquil”, *593 Digital Publisher CEIT* 8, n.º 5 (2023): 717, <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.5.1995>. En este mismo sentido, ver Sandra Jiménez, “La crisis sanitaria, de salud y alimentaria en el establecimiento penitenciario y carcelario de alta seguridad de Cómbita-Boyacá”, *Revista Criterio Libre Jurídico* 14, n.º 2 (2017): 100-6, <https://bit.ly/3z7L7G0>.
26. UNODC, *Corrupción en el contexto penitenciario en la República de Panamá, Opinión Técnica Consultiva n.º 004/2013* (2013): 6, <https://bit.ly/3Ge9CSk>.
27. Párraga, “El rol del Estado ecuatoriano en el ejercicio efectivo”, 34.

y que producto de actos de corrupción como los antes descritos pueden faltar, provocando un incumplimiento del deber de protección que tiene el Estado.

Pezo y Bellodas<sup>28</sup> alertan acerca de cómo la dignidad humana se encuentra en riesgo ante el constante quebrantamiento de los derechos fundamentales en los centros penitenciarios. En este mismo orden de ideas, Verdugo destaca que la base o fundamento de los deberes del Estado para la protección y garantía de los derechos de las PPL se deducen al advertir que es el propio Estado en el ejercicio de *ius puniendi* el que puede imponer decisiones sobre la libertad de las personas que han cometido delitos, por lo que se espera que sea el Estado quien garantice la seguridad de estas personas mientras cumplen su condena.<sup>29</sup>

## MANIFESTACIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN ASUNTOS PENITENCIARIOS

Se ha expuesto la situación de crisis en el sector penitenciario en Ecuador, así como el rol que tiene la corrupción y su relación con los grupos del crimen organizado transnacional en el quebrantamiento de los derechos humanos, no solo de las PPL sino de la sociedad en su conjunto. En este contexto, la cooperación internacional en el campo de la seguridad penitenciaria resulta ser primordial para la atención de la crisis penitenciaria que evidencia conexión simultánea y hasta en tiempo real con sus similares de otras ciudades y países, como se analizará en este punto.

La cooperación internacional EL PACCTO atiende tres mecanismos de cooperación: 1. policial; 2. la de los distintos actores del sistema de justicia; y, 3. propiamente la que atañe los asuntos penitenciarios, cuyo campo de acción se ha extendido a varios países del mundo; para solventar los problemas derivados de la crisis carcelaria, cuenta con la participación de una unidad técnica de la IILA, Organización Internacional Ítalo-latinoamericana, miembro observador de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Mediante la realización de la Conferencia de Consenso, instancia que buscó reunir a varios actores de la sociedad, para la presentación y análisis de

---

28. Omar Pezo y Carlos Bellodas, “Condiciones de hacinamiento penitenciario y el reingreso a los establecimientos penitenciarios del Perú”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 8, n.º 24 (2023): 373, <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i24.661>.

29. Verdugo, “La realidad penitenciaria en el Ecuador”, 92.

diversas recomendaciones sobre factores estratégicos, que son requeridos para abordar el tópicó de la corrupción y la crisis penitenciaria.<sup>30</sup>

Para la atención de estos temas, la Conferencia tiene como objetivo general contribuir al mejoramiento de la administración penitenciaria propiciando la seguridad y la eficiencia de los centros penales, lo cual redundará en una minimización de la infiltración de grupos del crimen organizado internacional.

Teniendo en cuenta que las políticas públicas se presentan como una forma para la resolución de problemas que atañen al sector público y que involucran a todos los miembros de la sociedad, Bonomi<sup>31</sup> sostiene que es a través de las políticas públicas que el Estado interviene para solucionar un problema reconocido como tal en la agenda gubernamental, y que en este caso corresponde a la crisis penitenciaria que conlleva, por una parte, se puede decir como causa la infiltración del crimen organizado; y por otra, que puede considerarse como efecto la vulneración de derechos fundamentales.

A este respecto Iturralde<sup>32</sup> enlista las tres obligaciones inexcusables de las políticas públicas: 1. el irrestricto respeto a los derechos humanos; 2. absoluta protección de esos derechos y su ejercicio, incluyendo la investigación, persecución y castigo de los posibles quebrantamientos; 3. generar acciones de protección y garantía de los derechos de los grupos que tradicionalmente están dentro de este segmento de mayor riesgo, como es el caso de las PPL.

La Conferencia de Consenso se identifica como un mecanismo para la materialización de la participación democrática y la incorporación de la sociedad civil en su conjunto, involucrando en forma directa e indirecta a sus actores; por lo que la Conferencia se presenta como una herramienta de facilitación con el propósito de encontrar un beneplácito político-social fundamentado en resultados ya obtenidos en el estudio y diagnóstico de la crisis penitenciaria, sus causas y efectos, que no solo afectan al Ecuador, puesto que se trata de un fenómeno a nivel global, que agobia la paz social y el desarrollo de la comunidad mundial.<sup>33</sup>

---

30. Fundación Esquel, EL PAcCTO y Unión Europea, “Documento de Sistematización”, 19.

31. Valeria Bonomi, “Políticas penitenciarias y derechos humanos en el primer gobierno del Frente Amplio. Ley de Humanización de Cárceles, un ensayo antipunitivista en el Uruguay de 2005”, *Fronteras* 14, n.º 1 (2020): 14-27.

32. Carlos Iturralde, “Importancia de la participación en el diseño de políticas públicas de rehabilitación social en Ecuador”, *Revista Economía y Política*, n.º 36 (2022): 24, <https://bit.ly/47Z2o09>.

33. Fundación Esquel, EL PAcCTO y Unión Europea, “Documento de Sistematización”, 20.

Al mismo tiempo, diagnosticar las necesidades del sistema penitenciario ecuatoriano, y así apoyar al proceso de la toma de decisiones sobre políticas públicas en materia de este complejo tema, y que se abordará en tres ejes temáticos: 1. instrumentos para combatir las estructuras del crimen organizado; 2. tratamiento para minimizar la sobrepoblación carcelaria y así evitar el hacinamiento; y, 3. diseño efectivo y eficiente de los recursos financieros y humanos requeridos en el sistema penitenciario.

Adicionalmente, la labor e importancia que reviste esta Conferencia de Consenso para afrontar la crisis penitenciaria es un paso más para atacar la corrupción, colocando en agenda un tema que requiere ser afrontado desde el nivel estratégico dentro de las políticas públicas sobre el sistema penitenciario. La intervención de altos funcionarios del poder judicial ecuatoriano en la Conferencia de Consenso ha puesto en relieve la necesidad de alcanzar la institucionalidad, la tan pregonada independencia judicial y el tan ansiado fortalecimiento de las instituciones democráticas como “una de las bases para superar la crisis carcelaria, el crimen organizado y la corrupción, para lo cual es fundamental el apoyo de EL PAcCTO”.<sup>34</sup>

## CONCLUSIONES

La investigación realizada ha dado cuenta, mediante la descripción situacional y el análisis de la literatura, de la violencia y horror que se vive en los establecimientos penitenciarios y que no es un escenario nuevo ni exclusivo del Ecuador. La presencia en distintos países desde hace mucho tiempo de la violencia carcelaria se debe a causas que van desde la deficiente infraestructura penitenciaria, la excesiva cantidad de PPL en un mismo recinto, el mínimo e incipiente personal de seguridad, la falta de tecnología en los accesos a esos sitios, hasta la presencia de actos de corrupción tanto dentro de los centros como fuera de estos. Sin embargo, en las últimas décadas a estas causas se le suma la penetración de los grupos del crimen organizado transnacional, que han hecho del control de las cárceles una actividad más dentro de su catálogo de actuaciones ilícitas, pero que le reporta tanto un espacio para actuar y planificar sus despliegues al exterior, como un ambiente propicio para la demostración de sus dominios, no solo a las bandas rivales sino también ante el poder del Estado.

---

34. *Ibid.*, 11.

Los enfrentamientos entre bandas criminales, y que también involucran a los agentes de seguridad del Estado (civiles, policías y militares) que tienen como víctimas directas todas las PPL que se encuentren en esos establecimientos, y como víctimas indirectas a sus familiares y a la propia sociedad, que vive atemorizada ante la violencia y los execrables crímenes propios de cárteles internacionales, requiere de una atención estructural del sistema, la cual a su vez amerita la participación y colaboración de organismos, instituciones y consultores externos al problema; es ahí donde la cooperación internacional es requerida, y más aún cuando esta cooperación se realiza con expertos en la materia que han transitado por experiencias similares, y que resultan ser un referente para la incorporación de esas experiencias en parte de las políticas públicas ecuatorianas con miras a minimizar a largo plazo las causas de la crisis.

## BIBLIOGRAFÍA

- Añazco, Darío, y Ruth Moscoso. “Crisis penitenciaria frente a la protección de derechos humanos”. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 8, n.º 2 (2023): 2003-27. <https://bit.ly/3tsyZ03>.
- Arandia, Juan, Daniela Núñez, Jeimy Quintero y Víctor Palacios. “La crisis del sistema penitenciario del Ecuador y sus diferentes factores jurídicos”. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2 (2022): 1105-15. <https://bit.ly/41FEPHV>.
- Arcos, Daniela, Yesica Naranjo, José Mera y Janneth Iglesias. “Crisis en el sistema carcelario del Ecuador”. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2 (2022): 1426-37. <https://bit.ly/3RTnbNI>.
- Ariza, Libardo, y Mario Torres. “Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”. *Revista Socio-Jurídicos* 21, n.º 2 (2019): 227-58. <https://bit.ly/3S5F0ba>.
- Arrias, Julio, Betsabeth Plaza y Raúl Herráez. “Interpretación del sistema carcelario ecuatoriano”. *Revista Universidad y Sociedad* 12, n.º 4 (2020): 16-20. <https://bit.ly/3Ssk4wD>.
- Chará, William. “Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica”. *Estudios de Derecho* 78, n.º 171 (2021): 119-38. <https://bit.ly/3GgQ7bK>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Personas privadas de libertad en Ecuador*. 21 de febrero de 2022. <https://bit.ly/3RgQYzm>.
- Crespo, Freddy. “¿Nuevo régimen penitenciario? Privación de libertad y efectos del encarcelamiento en Venezuela”. *Boletín Criminológico*, n.º 193 (2020): 1-28. <https://bit.ly/48jC69B>.



- Díaz, Ingrid, Keila Zabala, Wendy Jiménez y Jeyley Córdova. “Crisis del sistema penitenciario en Ecuador”. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º extra 2 (2022): 1479-87. <https://bit.ly/3TCPJwg>.
- Fundación Esquel. EL PAcCTO y Unión Europea. “Documento de Sistematización de la Primera Conferencia de Consenso en el Ámbito Penitenciario en Ecuador”, 2022. <https://bit.ly/3QYjLay>.
- . *Forjando vínculos para la creación de un centro de formación penitenciaria en Ecuador*. 21 julio de 2021. <https://bit.ly/47u3bXm>.
- Gómez, Alejandro, y Rafael Velandia. “Crisis de la prisión en Colombia y derechos humanos”. *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n.º extra 25 (2019): 673-711. <https://bit.ly/3vHKGRI>.
- González, Janeth, y Henry Armijos. “La crisis penitenciaria en Ecuador: ¿un mal sin remedio?”. *Axioma: Revista de docencia, investigación y proyección social*, n.º 25 (2021): 66-72. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i25.745>.
- Gutiérrez, Raúl. “La cooperación internacional en torno a la protección de víctimas y testigos como mecanismo de combate a la delincuencia organizada transnacional”. *Iudicium*, n.º 2 (2017): 106. <http://bit.ly/47qkyrW>.
- Henríquez, Rosa. “Violaciones a los derechos humanos en el Centro de Rehabilitación Social de Personas Privadas de su Libertad (PPL) de Guayaquil”. *593 Digital Publisher CEIT* 8, n.º 5 (2023): 711-32. <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.5.1995>.
- Iturralde, Carlos. “Importancia de la participación en el diseño de políticas públicas de rehabilitación social en Ecuador”. *Revista Economía y Política*, n.º 36 (2022): 21-32. <https://bit.ly/47Z2o09>.
- Jiménez, Sandra. “La crisis sanitaria, de salud y alimentaria en el establecimiento penitenciario y carcelario de alta seguridad de Cómbita-Boyacá”. *Revista Criterio Libre Jurídico* 14, n.º 2 (2017): 100-6. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2017.v14n2.1626>.
- Martínez, Antony, Pamela Guerrero, Jhonatan Mullo y Eduardo Hernández. “Impacto de la violencia de los centros de privación de libertad en la sociedad ecuatoriana”. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas* 7, n.º 2 (2022): 1399-409. <http://dx.doi.org/10.35381/raji.v7i2.2391>.
- Martínez, Miguel, y Alejandro Martínez. “Déficit en la Seguridad de los centros penitenciarios en el Ecuador”. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 7, n.º 2 (2022): 297-309. <https://bit.ly/3RZAqg0>.
- McDermott, Jeremy. “Cómo se cruzan el crimen organizado y la corrupción en Latinoamérica”. *InSight Crime*, 4 de diciembre de 2014. <https://bit.ly/3TjwmrY>.
- Montecé, Salomón, y Natividad Alcívar. “El sistema penitenciario ecuatoriano”. *Revista UNIANDÉS Episteme* 7, n.º extra 1 (2020): 676-94. <https://bit.ly/3NFsyxy>.

- Pardo, Jerson, y Luis Maldonado. “Incidencia de los grupos de delincuencia organizada en la crisis carcelaria del Ecuador del 2019 a 2022”. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 8, n.º 8 (2023): 2094-106. <https://bit.ly/3HgHjmZ>.
- Párraga, Vielka. “El rol del Estado ecuatoriano en el ejercicio efectivo de los derechos de los privados de libertad a la luz de la crisis carcelaria”. *Frónesis* 29, n.º 1 (2022): 30-49. <https://bit.ly/49QOKy8>.
- Passamano, Mariagrazia. *Corrupción en el contexto penitenciario: Medidas para contrarrestar la corrupción como elemento facilitador de la infiltración del crimen transnacional organizado*. Programa EL PAcCTO (2022): 1-25. <https://bit.ly/3Rbq4ZP>.
- Pezo, Omar, y Carlos Bellodas. “Condiciones de hacinamiento penitenciario y el reingreso a los establecimientos penitenciarios del Perú”. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 8, n.º 24 (2023): 369-93. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i24.661>.
- Pontón, Daniel. “Las nuevas cárceles en Ecuador: un ecosistema para la reproducción del crimen complejo”. *Universitas-XXI: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 37 (2022): 173-99. <https://bit.ly/3v5z7Tt>.
- Ramírez, Stephanie. “Violencia y cárcel: una aproximación hacia la cultura entre muros desde el hacinamiento en Costa Rica”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 34, n.º 1 (2022): 273-90. <https://doi.org/10.15359/rldh.34-1.11>.
- Romero, Cristian, Pamela Andrade y Jhoanna Bermeo. “Responsabilidad objetiva del Estado ecuatoriano en las muertes ocurridas en los centros penitenciarios, mientras cumplían su pena o medida de privativa de libertad, desde el 23 de febrero de 2021 hasta la actualidad”. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional* 7, n.º 12 (2022): 1228-65. <https://bit.ly/48c6L8X>.
- Sansó, Daniel. “Inteligencia criminal y sistemas penitenciarios: algunas reflexiones”. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 15 (2014): 98-111. <https://bit.ly/3OaRsoN>.
- Simón, Jan. “La corrupción en el sector de la justicia penal: perspectivas para una reforma institucional en América Latina”. *Derecho Penal y Criminología* 44, n.º 117 (2023): 95-147. <https://bit.ly/41QQhR9>.
- UNODC. *Corrupción en el contexto penitenciario en la República de Panamá, Opinión Técnica Consultiva n.º 004/2013* (2013): 1-23. <https://bit.ly/3Rbq4ZP>.
- Verdugo, Jorge. “La realidad penitenciaria en el Ecuador, sobrevivencia, descarte social de seres humanos o rehabilitación integral”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 39 (2023): 87-105. <https://bit.ly/40SaYM5>.
- Zambrano, Víctor, y Christian Tamayo. “La comunicación interna en el clima organizacional del SNAI del centro de rehabilitación social masculino Manabí número 3 del cantón Sucre”. *Revista Científica Multidisciplinaria Arbitrada Yachasun* 6, n.º 11 (2022): 190-205. <https://bit.ly/3yX6t98>.

## **El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?**

*The Private Person as Perpetrator  
of Embezzlement: Debate closed  
by the Constitutional Court?*

**José Andrés Charry Dávalos**

*Docente, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Quito, Ecuador

jacharryd@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5935-6210>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.3>

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 27 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

La Sentencia 1364-17-EP/23 de la Corte Constitucional aparentemente cerró la discusión sobre el alcance del art. 233 de la CRE en lo que respecta al peculado. Se afirma serían autores tanto servidores públicos como sujetos que no ostenten esta condición, independientemente de sus conductas. La resolución es insatisfactoria. En la misma no se confrontó si el contenido del precepto constitucional era suficiente para cumplir con la determinación que requiere la tipificación de una conducta. El debate no puede cerrarse sin alcanzar estos niveles de análisis. El objetivo de este artículo es desafiar esta decisión, presentando argumentos que no fueron considerados, y a través de estos, cuestionar las conclusiones alcanzadas. Desde la explicación de lo que es un *intraneus* y un *extraneus*, se plantea otras formas de interpretar el art. 233. Entre las alternativas, se selecciona la que se cree que guarda armonía con todo el sistema de normas. El art. 233 fija la necesidad de que en el peculado se sancione como autores a no servidores públicos y a privados, pero no es suficiente para ser aplicado directamente. Es el principio de legalidad el que cumple con el mandato de determinación. Finalmente, se resalta que la norma penal sí contempla supuestos donde pueden intervenir como autores personas sin la calidad de servidores públicos, casos en los que existe certeza sobre la conducta prohibida.

**PALABRAS CLAVE:** delitos especiales, intraneus, extraneus, peculado, autor, cómplice, responsabilidad por el hecho, principio de legalidad.

## ABSTRACT

Sentence 1364-17-EP/23 of Constitutional Court and article 233 of the CRE regarding embezzlement seems to be closed. It is stated that both public servants and the ones who do not hold this condition can be authors regardless of their conduct. The resolution is not acceptable as it did not confront whether the content of the constitutional precept was sufficient to comply with the determination required to classify a conduct. The debate cannot be closed without reaching these levels of analysis. The aim of this article is to challenge this decision with arguments that were not considered and can be used to question the conclusions reached. From the explanation of what an intraneus and an extraneus are, other ways of interpreting article 233 are proposed. Among the alternatives, the selected is the one that is believed to be in harmony with the entire system of regulations. Article 233 establishes the need to sanction to non-public and private servants as perpetrators of

embezzlement. However, it is not enough to be applied directly. It is the principle of legality that fulfills the mandate of determination. Finally, it is highlighted that the criminal law does contemplate cases where people without the status of public servants may intervene as perpetrators, cases in which there is certainty about the prohibited conduct.

KEYWORDS: special offense, intraneus, extraneus, embezzlement, author, accomplice, principle of legality, principle of liability for the act.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Mediante Sentencia 1364-17-EP/23, la Corte Constitucional del Ecuador<sup>1</sup> legitimó una aplicación judicial polémica sobre la calificación jurídica que merece una persona sin la calidad de servidor público<sup>2</sup> si interviene en un delito de peculado. La decisión concluye que una persona sin esta calidad puede ser autor del delito en aplicación directa del art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), pues, a su criterio, esto no lesiona derechos fundamentales, cumple con el espíritu constituyente y es el único modo de interpretar el precepto constitucional.

La Sentencia 1364-17-EP/23 valida lo que ha sido una posición constante de la Corte Nacional de Justicia que, dentro de varios fallos,<sup>3</sup> ha mantenido esta postura.<sup>4</sup> El fundamento de esta posición radica en que, teóricamente, el art. 233 de la CRE implica una comunicabilidad de las circunstancias del sujeto calificado al sujeto sin dicha calidad.

1. Respecto de la decisión existen votos salvados del juez Richard Ortiz y de la jueza Teresa Nuques.
2. El art. 233 refiere sobre la calidad de servidor público, delegados o representantes de cuerpos colegiados de las instituciones del Estado. Sin embargo, para no mencionar las tres variables de forma reiterativa, se hará alusión solo a la calidad de servidor público, entendiéndose que, cuando se menciona esta, se abarcan las otras dos variables.
3. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, “Sentencias”, en *Caso 175-2013*, 18 de octubre de 2013; *Caso 15281-2016-00444*, 7 de febrero de 2022; *Caso 17721-2017-00204*, 26 de enero de 2021.
4. En sentido crítico Jorge Zavala, *Peculado general y bancario* (Quito: Murillo, 2015), 136-43.

Este artículo pretende criticar la Sentencia 1364-17-EP/23 y con ello los fallos de la Corte Nacional del Ecuador. La decisión que va a ser analizada parte de varias premisas que se consideran equivocadas y que tienen como consecuencia una conclusión que, como se tratará de demostrar, guarda poca armonía con la norma jurídica suprema.

Para alcanzar el objetivo planteado, el artículo se estructurará de la siguiente forma: análisis del concepto jurídico *extraneus*, alcance del art. 233 de la CRE y aplicabilidad del art. 233 de la CRE en el delito de peculado.

## ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURÍDICO *EXTRANEUS*

Abordar el concepto jurídico de *extraneus* es fundamental para entender uno de los problemas en los que incurre la Corte Constitucional. Partir de lo simple, este concepto tiene sentido solo si entendemos lo que significa un delito especial, análisis al que realmente no se entra en la sentencia.

Los delitos especiales son aquellos que restringen el círculo de autores.<sup>5</sup> De hecho, en la evolución de esta institución en distintos ordenamientos jurídicos, no ha existido duda sobre este espíritu restrictivo,<sup>6</sup> al clasificar los delitos en comunes y especiales, según este dato en específico.<sup>7</sup>

En los delitos comunes puede ser autor de la infracción cualquier persona sin que requiera algún atributo o característica particular.<sup>8</sup> Entonces, el homicidio, el hurto o el abuso sexual son delitos comunes, puesto que el legislador ha previsto que cualquiera los puede realizar en calidad de autor. Cuando se hace referencia a delitos especiales, la autoría queda limitada solo a determinados sujetos, aquellos que sí cumplen con la condición fijada por la norma para poder merecer este calificativo jurídico.<sup>9</sup> Así, la ejecución extrajudicial, la concusión o el prevaricato son delitos especiales.

---

5. Víctor Gómez Martín, *Los delitos especiales* (Buenos Aires: BdeF, 2006), 16.

6. *Ibid.*, 5 y 6; Max Mayer, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 119.

7. Sobre la clasificación, véanse Francisco Muñoz Conde y Mercedes García, *Derecho penal parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 105; Diego Luzón Peña, *Lecciones de derecho penal parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 163; Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general* (Barcelona: Reppertor, 2011), 238.

8. Mayer, *Derecho penal*, 119.

9. Gómez, *Los delitos especiales*, 27; Mayer, *Derecho penal*, 119, 509.

En delitos especiales es usual que el legislador seguido a las palabras “el o la persona” fije esa característica especial que debe cumplir el sujeto activo del delito para ser calificado como autor. Son ejemplos de esto la utilización de las palabras “La o el funcionario”, o “Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional”. Pero esto no es una regla.<sup>10</sup> Lo correcto es analizar el tipo penal en su integralidad y determinar si existe una situación fáctica fijada por el legislador para que solo determinadas personas puedan ser autores de la infracción. Si se lee el delito de abuso de confianza daría la impresión de que se trata de un delito común. El tipo penal de las palabras “La persona”, sin asociar de forma seguida un atributo en particular. Sin embargo, este es un delito especial, pues para que una persona sea considerada autora del delito necesita haber recibido bajo cierta condición un encargo (dinero, bienes o activos patrimoniales), circunstancia que solo la cumplirán determinadas personas según el mandato recibido.

Este no es el espacio suficiente para analizar el fundamento por el cual existen delitos especiales. Sin embargo, conviene resaltar que, ya sea por una teoría de la norma especial,<sup>11</sup> del deber especial,<sup>12</sup> del dominio del hecho,<sup>13</sup> o cualquiera otra que se mantenga,<sup>14</sup> el fundamento siempre tiene como conclusión la restricción de quien puede actuar en calidad de autor.<sup>15</sup> Es importante agregar que la palabra autores engloba a todas las modalidades posibles de autoría. Esto implica que, quien no cumple con la condición de la norma para ser autor, no puede ser autor directo, mediato<sup>16</sup> o coautor,<sup>17</sup> pues las tres son solo modalidades del precepto general “autoría”.<sup>18</sup>

---

10. Gómez, *Los delitos especiales*, 28-9.

11. *Ibid.*, 69-73.

12. Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 386-8; y en Claus Roxin, *Derecho penal parte general*, tomo II (Madrid: Civitas, 1997), 179-80. En sentido similar, Joaquín Cuello Contreras, *Teoría del delito* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2021), 106; Adolf Merkel, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires: BdeF, 2014), 142-3.

13. Gómez, *Los delitos especiales*, 201-5.

14. Sobre otras posturas véase Armin Kaufmann, *Estudios de derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2013), 86-7.

15. Luis Gracia, *El actuar en lugar de otro en derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 496; Gómez, *Los delitos especiales*, 31.

16. Roxin, *Autoría*, 393-4.

17. *Ibid.*, 391.

18. Gómez, *Los delitos especiales*, 309.

Ahora, nótese que solo se ha hablado de la restricción del círculo de autores. Esto implica que sí puede haber otros intervinientes en la comisión de la infracción de un delito especial, aun cuando no ostenten la condición requerida por el tipo penal. En este caso, el aporte en la infracción de este sujeto que no cumpla la condición normativa no será en calidad de autoría sino de partícipe, cómplice u otro concepto, según las formas de intervención que se reconozca.<sup>19</sup> Para Ecuador, solo en calidad de cómplices.<sup>20</sup> Esto no es un dato irrelevante, pues han existido posiciones minoritarias de que el delito especial limita a todos los posibles intervinientes en la infracción.<sup>21</sup>

Entendida esta diferenciación entre delitos comunes y especiales, conviene analizar lo que significa este concepto de *extraneus*. Para ello, se debe agregar a la discusión su término binomio *intraneus*. Recordemos la definición de delito especial: “es la restricción del círculo de autores”. A partir de este significado, se puede dibujar un gran círculo donde solo podrán incluirse al interior de este, ciertas personas con una condición determinada. Habrá, entonces, personas fuera y dentro del círculo, será *intraneus* la persona que esté dentro, será *extraneus* la que esté afuera.

Entonces, será *intraneus* aquel que puede ser calificado como autor por cumplir con la condición prevista por el legislador y será *extraneus* el que puede intervenir en el delito en una calidad distinta a la de autor, pues no cumple con la condición fijada por la norma. De ahí que *intraneus* solo sea compatible cuando se refiere al autor, *extraneus* solo cuando hace referencia al cómplice—caso COIP—, *extraneus* no sea compatible con el término autor y que *intraneus* tampoco sea concordante con el concepto cómplice.

Con todo lo dicho, analicemos la forma en la que se expone este tema en la Sentencia 364-17-EP/23. Para esto, sería injusto limitarnos al párrafo 46, donde por única vez se utilizan los conceptos *intraneus* y *extraneus*. Espacio de la sentencia donde, además, se diferencian los conceptos correctamente. Lo justo es analizar las consecuencias que derivan de esta diferenciación en la sentencia.

En el párr. 40 la Corte Constitucional hace un análisis de que sería el círculo de autores según el delito de peculado del Código Penal en vigor a la época. No lo hace expresamente, pero en dicho espacio se analiza en específico quién

---

19. Enrique Gimbernat, *Autor y cómplice en derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2012), 222-9.

20. Zavala, *Peculado*, 147.

21. Ricardo Robles, *La participación en el delito* (Madrid: Marcial Pons, 2003), 220 y ss.



podía ser autor de la infracción por cumplir las calidades previstas en el tipo penal. Es más, de los párrs. 40.3 y 40.4 se denota que esto ni siquiera se considera punto de discusión. Tampoco es motivo de duda, conforme lo desarrolla en los párrs. 53 y 61.3, que la persona a quien se juzgó en el caso materia de análisis no ostentaba calidad alguna prevista en el tipo.

Entonces, la Corte Constitucional tenía claro que: hay una diferencia entre *intraneus* y *extraneus*, que el delito de peculado —al menos desde la lectura del Código Penal— es un delito especial, cuáles eran las condiciones para estar dentro del círculo de autores y que el accionante no cumplía con dicho parámetro. Aun así, siguiendo lo dicho por la Corte Nacional de Justicia, mantiene la postura de que este ciudadano juzgado puede ser considerado autor de la infracción aun sin la calidad prevista en el tipo penal.

Para que la conclusión de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia al menos tenga una coherencia en cuanto a las instituciones jurídicas analizadas, cabrían dos caminos: i. asumir que el art. 233 de la CRE transforma al peculado en un delito común, donde entonces ya no cabría utilizar los conceptos *intraneus* y *extraneus*; ii. defender que el art. 233 de la CRE transforma al ciudadano común en *intraneus* de la infracción. En este caso, se salva la contradicción de hablar del *extraneus* en calidad de autor del delito, lo cual es insostenible si se tiene claro lo que significa este concepto. Ninguna de las variables parece viable, motivo por el que es necesario analizar el alcance del art. 233 de la CRE.

## ALCANCE DEL ART. 233 DE LA CRE

A partir de la aclaración conceptual realizada, se puede aportar a la discusión elementos que no fueron valorados por la Corte Constitucional del Ecuador ni por la Corte Nacional de Justicia en las distintas resoluciones citadas.

Es fundamental partir de una premisa, según lo dicho en el párr. 61.3 de la sentencia en análisis: la conclusión de que el *extraneus* puede intervenir en el delito de peculado en calidad de autor es la única interpretación posible de la norma constitucional. Considerando que, en general, las normas pueden estar sujetas a problemas de vaguedad, ambigüedad, entre otros, la afirmación “única interpretación posible” deja ver en el análisis del pleno un eventual sesgo a partir del cual el problema no fue realmente analizado. Claro, más allá de lo necesario para posicionar la teoría que se quería sostener.

Conviene traer al análisis aquellos aspectos que por un eventual sesgo no fueron desarrollados en la sentencia. Es verdad que el art. 233 de la CRE en su parte final contiene: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”. Sobre esto, la primera interrogante sería a qué normas se refiere el constituyente cuando habla de “Estas normas también se aplicarán”. En el párr. 52, la Corte Constitucional refiere que se trata tanto a las sanciones respecto de ciertos delitos —entre ellos el peculado—, la imprescriptibilidad y al juzgamiento en ausencia. Por tanto, al menos de inicio, es correcto partir de la premisa de que por mandato constitucional una persona sin la calidad prevista en el tipo penal de peculado debe ser sancionada.

Lo incorrecto es asumir, pues la norma no lo dice, que el reproche penal que se debe realizar al sujeto sin la calidad de servidor público puede ser, sin más, en calidad de autor.<sup>22</sup> Nótese que incluso el asambleísta constituyente para fijar esta regla utiliza la palabra “participen” sin realizar ninguna concreción al respecto. Justamente, la falta de especificidad y uso genérico del término “participen” es en lo que se sostiene la Corte Constitucional para afirmar que, al hablar de participación en sentido amplio, no se ha condicionado a que la sanción sea restrictiva a determinadas formas de participación criminal, pudiendo entonces ser en calidad de autor.<sup>23</sup>

Paradójicamente, aun cuando el artículo no restringiría su aplicabilidad a una forma de participación en concreto, parece que para la Corte Constitucional sí lo hace, pues viabiliza sin matices que la persona sin la condición prevista en el tipo penal sea sancionada como autor. En la sentencia no se hace ninguna referencia a otras calidades, de ahí que tampoco se analice qué presupuestos se deberían cumplir para merecer uno u otro título de participación, sea autoría o complicidad. Entonces, en la resolución se afirma que el concepto participación es amplio para abarcar cualquier forma de intervención en el delito, pero en sus consecuencias solo se viabiliza que el sujeto sin la calidad prevista en el tipo sea también autor de la infracción, independientemente de la conducta que ejecute.

Interpretar que el art. 233 de la CRE es suficientemente amplio para abarcar cualquier intervención en el delito y, por tanto, el sujeto sin la calidad prevista

---

22. Zavala, *Peculado*, 139.

23. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio 1364-17-EP*, 21 de junio de 2023, 15.

en el tipo es autor, no es la única forma de darle sentido a la norma. Partiendo de esa amplitud podría interpretarse el texto constitucional de forma absolutamente contraria. Esto es, que la palabra participación, al no concretarse a conductas o formas en específico, viabilizaría solo la intervención en calidad de cómplice de la persona que no cumpla la condición normativa.

A favor de esta posición se pueden plantear dos argumentos ajenos al análisis constitucional. i. Esta postura no presenta problemas para sancionar al *extraneus* de la infracción, pues como ya se explicó, el cómplice no necesita ostentar ninguna condición para ser sancionado. ii. En materia constitucional, la duda sobre el alcance de una norma, en este caso, sobre lo que implica el término “participación”, debe tener como respuesta la interpretación que más favorezca los derechos de la persona procesada.

Ninguno de los dos extremos parece acorde a lo dicho en la norma, pues el constituyente utilizó la palabra “participación”, lo cual implica tanto autoría como complicidad como —solo— teóricamente interpretó la Corte Constitucional en la sentencia. Por tanto, lo que realmente corresponde determinar es cuándo será cómplice, en qué circunstancias se lo puede considerar autor, si el texto constitucional es suficiente para aclarar estos aspectos y si esto tiene contradicción con otros preceptos constitucionales.<sup>24</sup> Para responder esto, es preciso analizar cuáles serían las consecuencias de aplicar directamente el art. 233 de la CRE.

## **APLICABILIDAD DEL ART. 233 DE LA CRE AL DELITO DE PECULADO**

Ha quedado dicho que la sanción no es conflictiva cuando se trata del cómplice. El problema no es que el *extraneus* pueda ser autor del delito, pues esta no es la aproximación correcta, sino cómo se extiende el círculo de autores a personas sin la calidad fijada en la norma. Entonces, lo que debe analizarse es si el art. 233 de la CRE es suficiente para ampliar el círculo de autores del delito de peculado. Este era uno de los objetivos de la Sentencia 1364-17-EP/23, pues uno de los puntos que en teoría se dilució es si la aplicación directa del

---

24. Sobre la interpretación finalista y sistemática del texto constitucional. Sobre este tipo de enfoque, véase Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *Interpretación constitucional*, dir. Gladys Guevara (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006), 36-43.

art. 233 de la CRE entraba en conflicto con el principio de legalidad. Lamentablemente, el análisis de la Corte Constitucional en este aspecto es superficial.<sup>25</sup>

La Corte Constitucional parte de la premisa de que a través del principio de legalidad se alcanzan tres aspectos importantes: que la ley sea previa, escrita y estricta.<sup>26</sup> Sin embargo, este planteamiento no tiene un desarrollo posterior. La resolución se limita a afirmar que el art. 233 tendría un supuesto de hecho: “participación de un sujeto sin la calidad de servidor público en un delito de peculado”; y, una consecuencia: “aplicación de las mismas penas que al servidor público”. El pleno considera que, con eso y el contenido del peculado en el tipo penal, basta para alcanzar conformidad con el principio de legalidad.

Esas conclusiones alcanzadas por la Corte Constitucional son formales y discordantes con el tipo de derecho penal reconocido por el ordenamiento jurídico. Nótese que la sentencia realmente no desarrolla qué implican estas características de la ley, por tanto, tampoco confronta si lo que considera un supuesto de hecho es compatible con las mismas. Para sostener lo dicho por la Corte Constitucional, se debió enfrentar su conclusión —más allá de la mera formalidad— con ese principio de legalidad,<sup>27</sup> y relacionado a este, el principio de responsabilidad por el hecho.<sup>28</sup>

Una de las bases fundamentales del derecho penal del Ecuador, al identificarse como un Estado democrático, es que responde a un derecho penal de acto y no de actor.<sup>29</sup> La legitimidad del poder punitivo del Estado estará validada siempre que aquello que merece un reproche, y por lo cual se quiere imponer la pena, sea una conducta ya sea en modalidad acción u omisión. El principio de responsabilidad por el hecho justamente precautela que los hechos que consti-

---

25. Este es un problema frecuente al analizar la necesidad de concreción de la ley penal; al respecto, léase Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 128-9.

26. Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 140 y 141; Muñoz y García, *Derecho Penal parte general*, 105.

27. Sobre la estrecha vinculación entre estos principios, véase Luzón, *Lecciones*, 24.

28. Es claro Roxin cuando afirma: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor [...]”. Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 176.

29. Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 49-50; también Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 176-7.

tuyen una sanción penal sean conductas.<sup>30</sup> Al contrario, cuando juzgamos a la persona solo por una determinada calidad —o falta de la misma—, identidad o característica personal, rompemos estos límites.<sup>31</sup>

Derivado de lo dicho en el párrafo anterior, cobra una dimensión diferente el análisis que se pueda realizar del principio de legalidad. Es cierto que la ley debe cumplir ciertas características: previa, escrita y estricta. Pero atrás de respetar estos presupuestos, se intenta que la norma cumpla con su función de garantía criminal,<sup>32</sup> esto es, con su rol de determinar de forma suficiente cuáles son los crímenes —conductas— por los que se va a sancionar.

Entonces, una norma contendrá un “supuesto de hecho” y una “consecuencia”, siempre que ese supuesto de hecho contemple una conducta suficientemente determinada.<sup>33</sup> Este aspecto es fundamental para la vigencia y legitimidad del poder punitivo, pues solo cuando se ha previsto qué conductas son deseadas socialmente y cuáles son calificadas como delitos, la persona puede decidir si cometer o no una infracción.<sup>34</sup> Más aún si lo que se busca es imputar a una persona un delito en calidad de autor, pues “todo criterio de autoría, sea de la naturaleza que fuere, tiene que estar referido a la realización del tipo penal”.<sup>35</sup>

El análisis que realiza la Corte Constitucional del art. 233 de la CRE está lejos de cumplir estas premisas de un derecho penal de acto. El “supuesto de hecho” fijado en la sentencia se limita a una “participación” en un delito de peculado por sujetos que no sean servidores públicos. Utilizar el verbo participar no determina qué conducta es la que el sujeto sin la calidad debe realizar para configurar su comportamiento al crimen. Vale recordar que el mismo pleno reconoce que el texto constitucional utiliza la palabra participación “en sentido amplio”, amplitud que es contraria a esa determinación que requiere la tipificación de una infracción.<sup>36</sup> Sin la suficiente concreción, el reproche podría

---

30. Luzón, *Lecciones*, 24.

31. Sobre los principios como límites del poder punitivo, el principio de legalidad y de responsabilidad por el hecho en específico, véase Mir, *Derecho Penal parte general*, 123.

32. Mir, *Derecho Penal parte general*, 106.

33. *Ibid.*

34. Franco Bricola, *Teoría general del delito* (Buenos Aires: BdeF, 2012), 203-5; también véase Álvaro Román Márquez, *Teoría del delito en el Ecuador* (Quito: El Forum, 2015), 26.

35. Alonso Pérez, *La coautoría y la complicidad* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 155.

36. Sobre este problema, véase Mir, *Introducción*, 129.

abarcar cualquier acto que realice una persona sin la calidad ya dicha,<sup>37</sup> la presentación de una oferta, la firma de un acta entrega-recepción, la suscripción de un contrato, etc., sin que esta variedad de supuestos pueda ser prevista por el sujeto.

Un ejemplo es la resolución de la Corte Nacional de Justicia en Proceso penal 15281-2016-00444 de 7 de febrero de 2022. En el caso, el recurso de casación del procesado, quien fue el contratista del proceso de contratación pública, se fundamentó justamente en su falta de calidad de sujeto especial. En respuesta, la Sala Especializada Penal se limitó a afirmar la posibilidad de sanción a un no servidor público al tenor de lo establecido en el art. 233 de la CRE, sin analizar o explicar cuál sería la conducta punible.

Por tanto, entre el principio de legalidad y la aplicación directa del art. 233 de la CRE realmente sí existe distancia, pues la segunda norma mencionada no determina las conductas prohibidas para los sujetos sin las calidades de servidores públicos, y sin esto no se cumple con la garantía criminal,<sup>38</sup> lo que a su vez implica que los sujetos no puedan decidir si cometer el delito o no. Bien dice Mir Puig: “De poco sirve, entonces, que se respete la exigencia formal de una ley previa, si su contenido no permite diferenciar con seguridad lo delictivo de lo que no lo es”.<sup>39</sup>

Esto incluso genera una desigualdad entre los que podrían ser intervinientes en un delito de peculado, pues el servidor público sí conoce que no puede disponer arbitrariamente de fondos públicos<sup>40</sup> y con fundamento en ello preparar su defensa. El sujeto sin la calidad de servidor público desconoce sobre qué defenderse, pues no existiría la descripción de su conducta prohibida. Así, mientras el uno es condenado por peculado por esa disposición arbitraria, el otro recibe el mismo reproche por haber ofertado y ganado un proceso de contratación pública. Si bien los preceptos constitucionales son de directa e inmediata aplicación, para que esto pueda darse en materia penal, la norma constitucional al menos deberá cumplir con esos principios mínimos que limitan el poder punitivo del Estado.<sup>41</sup> Lo dicho, dejando a un lado el hecho de que el principio de legalidad también es reconocido

---

37. Sobre el problema de la falta de determinación, véase Muñoz y García, *Derecho Penal parte general*, 105 y 106; también: Roxin, *Derecho Penal parte general*, tomo I, 141.

38. Mir, *Introducción*, 129.

39. *Ibíd.*

40. Se ejemplifica en el artículo con una de las conductas previstas en el delito de peculado para el servidor público. Pero es preciso aclarar que son varias las conductas suficientemente determinadas en el tipo.

41. Mir, *Derecho Penal parte general*, 107. Sobre la característica de ley estricta, el autor mani-

en la CRE (art. 76, num. 3) y en el Pacto de San José (art. 30), donde se fija como regla que la tipificación de delitos deba ser realizada a través de la ley.

Las consecuencias de una aplicación directa del art. 233 de la CRE y su falta de coherencia con principios limitadores del poder punitivo plantean la necesidad de encontrar una forma coherente y armónica de aplicar el precepto constitucional. Una tercera vía de interpretación, aun cuando la Corte Constitucional ha dicho que existe una única alternativa.

Se puede afirmar que el asambleísta constituyente, al establecer que las personas sin la calidad de servidor público también pueden ser sancionadas con el delito de peculado, fijó un mandato al legislador para adecuar el tipo penal e incluir los supuestos para que sean reprochados tanto en calidad de autores como de cómplices. Bajo esta postura, no existe una discrepancia entre el art. 233 de la CRE y el principio de legalidad. El primero fija la necesidad de que el tipo penal de peculado incluya como autores y cómplices a personas con y sin esta calidad. El segundo determina qué acciones u omisiones de ciudadanos sin la condición normativa se entienden como delictivas del delito de peculado.<sup>42</sup> Antes de estar contrapuestos, los preceptos constitucionales se complementan.

Esta forma de enfrentarse a la norma parece más coherente con el principio de interpretación *pro homine* reconocido en la CRE.<sup>43</sup> A través de la tipificación de conductas se precautela el principio de legalidad y el derecho a la defensa de todo ciudadano, pues conoce las conductas calificadas como delictivas. Si el mandato interpretativo es aplicar las normas de la forma que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos de los ciudadanos, con énfasis en los del procesado,<sup>44</sup> parece preferible asegurarse la vigencia tanto del art. 233 de la CRE como del principio de legalidad, antes que sobreponerlos, confundirlos o ignorarlos.

---

fiesta: “El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho”.

42. Sobre la función del tipo penal, véase Claus Roxin, *Teoría del tipo penal* (Buenos Aires: BdeF, 2021), 174.
43. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya-Yala, 2011), 62. También Esteban Polo Pazmiño, “Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani*, vol. 7 (2018): 237.
44. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 11, num. 5, y 76, num. 5.

Quedaría entonces la tarea del legislador de desarrollar los supuestos de intervención en modalidad de autoría que abarcarían las conductas de los servidores públicos y de aquellos sin esa condición.<sup>45</sup> El análisis ahora radicaría en si, a partir del art. 233 de la CRE, existen presupuestos en el delito de peculado que cumplan con el mandato constitucional de ampliar el círculo de autores a personas sin la calidad de servidores públicos. La respuesta es sí, incluso desde la primera versión del COIP.

El delito de peculado contemplado en el art. 278 del COIP se mantiene como delito especial.<sup>46</sup> Pero no se limita a que solo pueda ser autor el servidor público, sino que extiende su alcance a otros sujetos sin esa calidad. Así, de la lectura del primer inciso del tipo penal original, vemos que podrá ser autor de peculado tanto el servidor público<sup>47</sup> como la persona encargada de una potestad estatal en una de las instituciones del Estado.<sup>48</sup> Es decir, una persona privada a la que se le otorga una función pública puede ser *intrañeus* de la infracción, siempre que, desde esa posición, puede abusar de ese cargo en perjuicio de la eficiente administración pública.<sup>49</sup>

Este supuesto que viabiliza la sanción a no servidores públicos como autores del delito de peculado no es aislado. En la primera versión del COIP ya se incluía el peculado bancario, del que podían ser autores trabajadores de la banca privada. Así también, en el inciso quinto y sexto de la norma se preveían supuestos donde se amplió el círculo de autores a personas sin una función

---

45. En España sucede algo similar, se prevé sanciones para personas fuera del concepto funcionario. Pero se limita a supuestos donde ese “sujeto privado” esté encargado de fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas, entre otros. Íñigo Ortiz Urbina, “Delitos contra la administración pública”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, dir. Jesús Silva Sánchez (Barcelona: Atelier, 2011).

46. José García, “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”, en *Temas Penales* 3, ed. Sylva Sánchez (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 150. En pensamiento contrario, véase Ana Ponce y Richard Villagómez, *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Zona G, 2015), 29. En otras legislaciones también se configura el delito de peculado como uno especial; véase Sergi Cardenal, “Delitos contra las administraciones públicas”, en *Derecho Penal. Parte especial*, dir. Mirenxtu Corcoy (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 734.

47. María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 546. Cabe notar que en esta obra no se identifican algunos de los supuestos de autoría fijados por el COIP de la época.

48. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 278.

49. García, “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”, 157.



pública, esto es, el que obtenga un crédito vinculado o el que preste su nombre para ello en beneficio propio o de terceros.<sup>50</sup>

Con las reformas, el cumplimiento del precepto constitucional contemplado en el art. 233 de la CRE en armonía con el principio de legalidad y el principio de responsabilidad por el hecho es aún más claro. La versión actual del delito de peculado fija como parte del círculo de autores al proveedor, sujeto que evidentemente no ostenta la calidad de servidor público. Pero, conviene enfatizar, la configuración de la conducta del proveedor sí está desarrollada en el tipo penal.

Entonces, no es que el art. 233 de la CRE viabiliza, sin más, la sanción a un no servidor público como autor, independientemente del tipo de intervención en el delito. El precepto constitucional fijó el objetivo que asegure que no solo los servidores públicos puedan ser autores de esta infracción, y esto ameritó por parte del legislador la descripción de las conductas penalmente relevantes que permitan una sanción respetuosa de la garantía criminal.

El panorama cambia radicalmente. Mientras bajo esta tercera vía de interpretación existe una determinación de los elementos objetivos del tipo y sobre todo la conducta punible, bajo la interpretación que viene realizando la Corte Nacional de Justicia y que legitima la Corte Constitucional bastará con ser un oferente, un beneficiario o similar, sin que un potencial procesado pueda saber cuál concretamente es el comportamiento prohibido. Sin un verdadero análisis de fondo, el debate no puede estar cerrado.

## CONCLUSIONES

Los delitos especiales restringen el círculo de autores. A través del establecimiento de una determinada condición normativa, se separa entre *intraneus* y *extraneus* de la infracción, según si el sujeto que interviene cumple con el presupuesto normativo para ser autor.

Si bien el art. 233 de la CRE establece que personas sin la calidad de servidor público puedan ser sancionadas por el delito de peculado, el texto constitucional es insuficiente para cumplir con la función de garantía criminal propia del principio de legalidad. Por tanto, el art. 233 de la CRE debe complemen-

---

50. *Ibid.*, 158.

tarse con el principio de legalidad. El primero fija la necesidad de sanción a no servidores públicos. El segundo, debe establecer las conductas prohibidas para el efecto.

El delito de peculado es un delito especial, pues aún mantiene la necesidad de cumplir con determinada condición para ser autor del mismo. Sin embargo, la condición no se limita a la de servidor público, pues existen otras condiciones agregadas al círculo de autores: proveedor, persona no servidora pero que ostenta una función pública, servidor de una institución financiera privada, beneficiario de un crédito vinculado, persona que preste el nombre para el efecto.

En el tipo penal de peculado sí se cumple el precepto constitucional contenido en el art. 233 de la CRE que manda a que se pueda sancionar a personas sin la calidad de servidores públicos, como autores de la infracción. Lo que no quiere decir que se valide la sanción de personas sin la calidad de servidores públicos independientemente de la conducta que realicen.

## BIBLIOGRAFÍA

- Araujo, Ma. Paulina. *Consultor Penal-COIP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- Bricola, Franco. *Teoría general del delito*. Buenos Aires: BdeF, 2012.
- Cardenal, Sergi. “Delitos contra las administraciones públicas”. En *Derecho Penal Parte Especial*, dirigido por Corcoy Mirenxtu. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Cuello, Joaquín. *Teoría del delito*. Montevideo: BdeF, 2021.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio 1364-17-EP*. 21 de junio de 2023.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal. “Sentencia”. En *Juicio 175-2013*. 18 de octubre de 2013.
- . “Sentencia”. En *Juicio 17721-2017-00204*. 26 de enero de 2021.
- . “Sentencia”. En *Juicio 15281-2016-00444*. 7 de febrero de 2022.

- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Interpretación Constitucional*, dirigido por Gladys Guevara. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- García, José. “Consideraciones generales acerca del delito de peculado”. En *Temas penales* 3, editado por Sylvia Sánchez. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Gimbernat, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2012.
- Gracia, Luis. *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- Kaufmann, Armin. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2013.
- Luzón, Diego. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Mayer, Max. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- Merkel, Adolf. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF, 2014.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.
- . *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Ortiz, Íñigo. “Delitos contra la administración pública”. En *Lecciones de derecho penal parte especial*, dirigido por Silva Sánchez. Barcelona: Atelier, 2011.
- Pérez, Esteban. *La coautoría y la complicidad*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- . “Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”. *Ius Humani*, vol. 7 (2018): 223-47.
- Ponce, Ana, y Richard Villagómez. *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Zona G, 2015.
- Robles, Ricardo. *La participación en el delito*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Román, Álvaro. *Teoría del delito en el Ecuador*. Quito: El Forum, 2015.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . *Derecho penal. Parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Derecho penal. Parte general*. T. II. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: BdeF, 2021.
- Zaffaroni, Eugenio. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Zavala, Jorge. *Peculado general y bancario*. Quito: Murillo, 2015.



# Presunción de inocencia y privación de la libertad en el sentido del fallo

*Presumption of Innocence and Deprivation of Liberty in issuing the Verdict*

**María Alexandra Ruiz Cabrera**

*Docente, Universidad de Nariño*

Pasto, Colombia

alexaruiz05101@udenar.edu.co

<https://orcid.org/0009-0009-0408-0590>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.4>

Fecha de recepción: 29 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Indispensable es tratar temas procesales respecto a la privación de la libertad, presentándose en la actualidad una discusión latente en Colombia, en la que se valora argumentativamente si se debe restringir para una persona este derecho, una vez se ha dictado el sentido del fallo condenatorio cuando existan prohibiciones respecto a beneficios punitivos, denotándose dos posturas de la jurisprudencia que se contraponen. El objetivo perseguido es resolver que frente a un problema jurídico similar se viene decidiendo con dos alternativas distintas que comprometen el derecho a la libertad y, con ello, el despliegue de las múltiples consecuencias del encierro. Así, se iniciará fijando la categoría de la libertad como un presupuesto máximo; enseguida se ubicarán las dos posiciones contrapuestas frente a una misma situación y, a partir de ello, se vinculará al trabajo la trascendencia del rol del juez argumentador. Con apoyo de una metodología cualitativa, que involucra el estudio del tema por medio de jurisprudencia, doctrina y bibliografía, se colegirá que las limitaciones del derecho a la libertad que están en un escenario procesal en pugna pueden deberse a múltiples posiciones valorativas, y debido a ello, solamente se otea un resultado plausible derivado de la garantía de la motivación.

**PALABRAS CLAVE:** sentido del fallo, presunción de inocencia, condena, motivación, limitaciones, libertad, encierro, hacinamiento.

## ABSTRACT

It is essential to address procedural issues regarding deprivation of liberty, as there is currently a heated discussion in Colombia regarding whether this right should be restricted once a guilty verdict has been issued, particularly when prohibitions exist regarding punitive benefits. Two contrasting positions are being considered in jurisprudence. The objective is to resolve that, when faced with a similar legal issue, two different alternatives are being decided upon, both of which affect the right to liberty and consequently, the various consequences of incarceration. Thus, we will begin by emphasizing the importance of liberty as a fundamental prerequisite, followed by the identification of the two opposing positions regarding the same situation, and subsequently, the significance of the role of the argumentative judge will be addressed. Utilizing a qualitative methodology, which involves studying the topic through jurisprudence, doctrine, and literature, it will be inferred that limitations on the right to liberty within a contested procedural scenario may stem from various evaluative positions, and therefore, only a plausible result derived from the guarantee of motivation is foreseeable.

KEYWORDS: sense of verdict, presumption of innocence, condemn, motivation, limitations, liberty, confinement, overcrowding.

FORO

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo procura traer a la discusión las graves consecuencias que pueden redundar en la trasgresión de un derecho de tal envergadura como es la presunción de inocencia, pues los jueces de conocimiento en los procesos penales asumen privar de la libertad al enjuiciado, una vez que el decurso de la actuación arribó al momento del sentido del fallo condenatorio, empero no ha sido emitida la sentencia condenatoria anunciada y todavía dicha providencia no ha alcanzado ejecutoria. Ello, en el ordenamiento penal adjetivo tiene prevista esa posibilidad funcional, pero se sostendrá en estas líneas que, no por eso, deba ser ignorada la inevitable tensión existente entre esa normativa y una garantía ecuménica. Frente a aquella disyuntiva se explora una salida que permite acoplarse a la ideología de Estado, cual es la exigencia de la motivación, que a su vez se erige como otro derecho alzado en favor de todos los sujetos procesales.

Para lograr el cumplimiento del objetivo, en una primera parte se hará el despliegue de lo que representa la privación de la libertad dentro del Sistema Regional de Derechos Humanos (SIDH), resaltando su categoría y enlistando las excepciones válidas para su restricción. Enseguida, y con ayuda de sentencias dictadas en el campo de la garantía jurisdiccional de la tutela, se problematizará que en Colombia no existe un criterio unívoco frente al momento procesal que comprende la lectura del sentido del fallo condenatorio, siendo en ese espacio dos los conceptos imperantes a saber: si ya es acertado privar de la libertad al condenado o, si todavía continúa la presunción de inocencia, toda vez que aún no hay una decisión que se considere como cosa juzgada; en esta temática tendrá que evaluarse, además, la aplicación de los beneficios punitivos.

Del mismo modo, se relatará que mucho depende de la garantía de motivación depositada en los juzgadores, quienes, debido a su misión de adoptar una decisión, deben mantener la mirada puesta en los críticos problemas del

hacinamiento carcelario, la dignidad humana de los convictos y la hermenéutica respecto a los fines constitucionales del derecho punitivo. Así pues, una vez ubicado el problema que se desprende del estudio de providencias de tutela emanadas del análisis de controversias penales, se logra determinar que frente a un similar problema jurídico se otean, argumentan y resuelven las causas de manera diferente, por lo que con la profundidad que ofrece el método cualitativo y la posición desde disímiles campos epistemológicos, desde los cuales se estarían adoptando decisiones, se busca y analiza las razones de la diferencia, visualizando una salida plausible que se enmarque en la práctica de la hermenéutica jurídica como garantía para las partes en el *iter* del proceso penal.

Conviene entonces subrayar que el resultado obtenido va dirigido a fijar el derecho a la libertad como preponderante pero no absoluto, pudiendo ser restringido bajo las potestades exclusivas del legislador y ejecutado por autoridades judiciales, como se describirá en las siguientes líneas.

## LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DESDE EL SIDH Y EL SENTIDO DEL FALLO

Sabiendo que es legítimo privar del derecho a la libertad en los contextos procesales, también se debe meditar en todo aquello que representa el encierro,<sup>1</sup> pues las dificultades de la cárcel se enumeran y no terminan de contabilizarse;<sup>2</sup> sin embargo, es la forma instituida para cumplir las funciones de la pena frente a la desviación de la conducta.<sup>3</sup>

Las mismas problemáticas criminológicas y penales persisten en los países del orbe,<sup>4</sup> resultando indispensable recordar que la privación de la libertad debe

- 
1. Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Ediciones Legales, 2013), 98.
  2. Véase más en Michael Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1976), citado en Ricardo García, “El panoptismo: nuevas formas de control social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n.º 6 (2009), <https://bit.ly/3v1LWcI>.
  3. Elena de Espinosa Ceballos, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11 (2014): 121, <https://bit.ly/47iHGrq>.
  4. Las cárceles de Latinoamérica se enfrentan a la problemática del hacinamiento, la falta de inversión, la violencia y el dominio que ejercen grupos criminales. Véase más en Guadalupe Galván, “El triste panorama de las cárceles latinoamericanas”, *El Tiempo*, 5 de agosto de 2023, <https://bit.ly/4aDc7vg>.



ajustarse a los lineamientos que en materia de derechos humanos y de privación de la libertad se han dado por parte del SIDH, ello porque se exige al Estado y a todas las ramas de poder público que lo integran, ser garantes de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia;<sup>5</sup> de tal manera, uno de los más altos pilares de responsabilidad internacional en relación a los derechos humanos es velar principalmente por la vida y la integridad física y mental de las personas privadas de la libertad,<sup>6</sup> revestido de una particularidad, toda vez que se trata de una población que se encuentra en situación de riesgo y vulnerabilidad.<sup>7</sup> Con lo dicho, no es posible dudar que la noción de encierro y privación de la libertad lleva una aflicción inmanente y, por lo tanto, en la mayoría de casos habrá un temor latente por parte de los asociados a perder la libertad.<sup>8</sup>

Bajo una inicial argumentación, se tienen como ciertas las preguntas y respuestas que se dan a continuación: ¿El derecho a la libertad admite restricción? Sí, toda vez que se trata de un derecho que puede ser limitado. ¿La restricción del derecho a la libertad se sustenta en fines aceptados? Sí, puede ser limitado con fines preventivos, así como sancionatorios, estos últimos con contenidos propios para purgar una sanción punitiva. ¿Los fines para restringir la libertad han sido aceptados como legítimos? Sí, han sido aceptados, tanto por la comunidad internacional en materia de derechos humanos, así como una legitimación derivada proveniente de un órgano legislativo con la atribución para realizarlo.<sup>9</sup> ¿El derecho a la libertad es limitado por una ley formal y material? Sí, toda vez que proviene del órgano legislativo competente, tras la superación del procedimiento adecuado.<sup>10</sup> Entonces, desde el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se plantea en su primer apartado

- 
5. OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 31 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131.
  6. Para mayor información, ver en Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Hernández vs. Argentina*, 22 de noviembre de 2019, <https://bit.ly/4bLxPy0>.
  7. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 51.
  8. No obstante, habrá casos en los cuales se observe que los presos consideran que están mejor dentro de un centro penitenciario. Ver más en Laura Garófano y Lucas de la Cal, “La verdad del preso ‘sin perdón’ que no quiere la libertad”, *El Mundo*, 16 de mayo de 2019, <https://bit.ly/3GYDd2D>.
  9. De Espinosa, “El debate actual sobre los fines de la pena”, 121.
  10. Charles Fried, *La libertad moderna y los límites del gobierno* (Buenos Aires: Katz Editores, 2009), 6.

la regla general de que todos los asociados mantengan el derecho a la libertad incólume,<sup>11</sup> seguido de garantías específicas para cuando legítimamente exista restricción a ese derecho.<sup>12</sup>

Como se nota, toda limitación de la libertad deberá ceñirse a la estricta sujeción y agotamiento de cada uno de los procedimientos especificados en la norma, en respuesta al aspecto formalista.<sup>13</sup> Respecto a dichas formas que se pueden condensar en el máximo de la legalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establece a la reserva de ley como una garantía primaria, según la cual, únicamente a través de una norma que emane del legislador puede afectarse el derecho a la libertad personal, principio íntimamente ligado con la tipicidad estricta contemplada en sede penal, cuya finalidad es obligar a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas, razones y condiciones de la privación de la libertad física,<sup>14</sup> así como también las fases y procedimientos en los cuales es posible limitarlo. La alta corporación constitucional colombiana también comprende que la limitación de la libertad debe estar consagrada en la ley, amparada por la afirmación a la libertad<sup>15</sup> y el alcance efectivo en la aplicación de los métodos de interpretación.<sup>16</sup>

La normativa de la CADH remite en todos los casos al ordenamiento jurídico interno para conocer las causas y condiciones por las cuales una persona puede ser privada de la libertad; por lo que es labor de cada Estado realizar las diferentes tipificaciones de las conductas punibles y las responsabilidades que la misma apareje. A lo dicho se suma la reflexión del artículo en cita en su inci-

- 
11. OEA Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art.7.1, B-32.
  12. *Ibid.*, art. 7.2. Esta norma también se reproduce en la normatividad colombiana. Ver más en Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991, art. 28.
  13. Corte IDH, “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, 21 de enero de 1994, párr. 47, <https://bit.ly/3TheUgY>; Corte IDH, “Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, 7 de junio de 2003, <https://bit.ly/3voeMJa>.
  14. Corte IDH, “Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, 27 de enero de 2020, párr. 94, <https://bit.ly/42OM7K1>.
  15. Colombia, *Ley 599 de 2000*, Diario Oficial n.º 44.097, 24 de julio de 2000, art. 295.
  16. Colombia Corte Constitucional Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-121/12, 22 de febrero de 2012, 44.

so 3: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”,<sup>17</sup> a lo cual la Corte IDH ha manifestado que se tornarán arbitrarias todas aquellas decisiones que restrinjan el derecho a la libertad, que no se encuentren debidamente fundamentadas. Así, desde varios años atrás, ya son fijos los parámetros para asegurarse de una adecuada base sólida cuando medie una limitación a la libertad,<sup>18</sup> punto de motivación<sup>19</sup> sobre el cual se volverá en líneas posteriores.

El resultado representativo encontrado versa sobre la categoría de la libertad; no obstante, ese derecho puede ser restringido en excepcionales casos, por ejemplo, cuando en sede del derecho penal se requiera la aplicación de las llamadas medidas preventivas, dentro de las fases del proceso, o de las penas impuestas a partir de una sentencia condenatoria, una vez agotado el proceso. Es menester precisar que, si bien este estudio no tiene por finalidad conocer los andares de juicio de reproche, en tanto que en ese punto se mantiene incólume la presunción de inocencia, siendo de su estudio la privación preventiva y, como regla general, el juzgamiento en libertad. Tampoco el trabajo se dirige al momento en que existe una decisión condenatoria debidamente ejecutoriada, pues se derivaría del cumplimiento del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable, donde la teoría de la Fiscalía tuvo eco y fue acogida sin que resten recursos.

Las coordenadas normativas que convocan este escrito van desde el paso procesal del sentido del fallo hasta que la sentencia de condena quede ejecutoriada y cobre fuerza de cosa juzgada en referencia a la captura y, por lo tanto, la privación de la libertad del indiciado. La normatividad que regula la materia y que en principio no presenta inconvenientes expresa:

Art. 450. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.<sup>20</sup>

---

17. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 7.3.

18. Para mayor información, véase *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, comp. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2014).

19. Para ahondar más sobre este tópico, ver en Corte IDH, “Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)”, *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*, 6 de octubre de 2020, párr. 106, <https://bit.ly/3UO1U9X>.

20. Colombia, *Ley 906 de 2004*, Diario Oficial n.º 45.658, 1 de septiembre de 2004, art. 450.

La facultad para que los jueces de conocimiento puedan ordenar la privación de la libertad de los procesados, una vez ha sido anunciado el sentido del fallo condenatorio, no ha sido ajena a interesantes y profundos debates en la comunidad jurídica, llegando incluso a los estrados de las altas cortes, que se han pronunciado sobre el tema, sin que por eso pueda decirse que al tiempo de hoy se trate de un asunto ya definido o pacíficamente aceptado, esencia que ha inspirado este escrito.

La razón de la discusión pareciera ser tan obvia como justificada: por más que se haya intentado en la doctrina una explicación que resuelva la tensión suscitada entre la privación de la libertad mientras cursa un proceso de investigación y juzgamiento y, con ello, la garantía de la presunción de inocencia, habrá de pervivir la idea de que, cuando ello acontece, imposible resulta desterrar la idea según la cual es a un individuo, considerado hasta el momento como inocente, al que se está privando de su libertad.

Retomando, la norma del art. 450 fue valorada en sede de control concentrado de constitucionalidad, por medio de la Sentencia C-342 de 2017, teniendo que el contenido de la providencia que desata la consulta de norma aborda unos puntos ensamblados en criterios del más alto linaje, como por ejemplo, la reivindicación de excelsas garantías, entre las que particularmente se destaca el derecho inalienable de la libertad, su afirmación constitucional y legal, como también la obligación inexorable de sustentar con razones de alto raigambre su privación.<sup>21</sup> El precedente concluye que la norma es exequible, pues está dentro de la potestad facultativa del legislador, indicando que no basta con una mención a las posibles prohibiciones en torno a subrogados y sustitutos que devengan de la política criminal,<sup>22</sup> para que se niegue la libertad una vez dictado el sentido de fallo condenatorio, sino que, en su lugar, se hace totalmente necesario motivar las razones de negar el disfrute de ese derecho.<sup>23</sup>

Aquella es la población a quien se dirige este estudio. En primer lugar, para aquellas personas que ya han recibido un pronunciamiento judicial condenatorio por parte del juez de conocimiento y, por su parte, la segunda condición para problematizarlo es que el delito cometido cuente con la prohibición de

---

21. Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-342/17, 24 de mayo de 2017.

22. Ver más en Sebastián Ospina, “Los problemas del artículo 68A del Código Penal Colombiano”, *Lexir*, 26 de octubre de 2021, <https://bit.ly/41E3tc6>.

23. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, n.º C-342/17.

beneficios punitivos,<sup>24</sup> atendiendo la etapa procesal que se atraviesa dictado el sentido del fallo. Así se ubica la coordinada conceptual y procesal del trabajo, siendo necesario examinar cómo la alta corte penal mantiene criterios divergentes sobre un mismo punto de análisis, lo que incluso podría ser atentatorio a la cara garantía de la igualdad.

## **CRITERIOS RESPECTO A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DESPUÉS DEL SENTIDO DEL FALLO**

Previo a pasar al análisis de los argumentos diferentes para una misma situación, téngase la siguiente reflexión en torno al derecho de igualdad. Y es que si bien la máxima de la igualdad lleva dos sentidos: el primero formal derivado desde el Estado moderno y la exigencia de la igualdad ante la ley, y el segundo material propio de la entrada en vigencia del Estado social de derecho,<sup>25</sup> los dos tipos de igualdad se mantienen en la vigencia colombiana,<sup>26</sup> propiciando siempre buscar el acierto en los fallos y la aplicación de la igualdad que se requiere en el caso concreto.<sup>27</sup> Es correcto que se invoque la aplicación de la igualdad a fácticos similares; no obstante aquello, se debe atender las dinámicas cambiantes de los mismos derechos y la evolución de la sociedad, siendo que en ocasiones se debe reinterpretar en concordancia a la ideología estatal y sus avances, pues la evolución de los hechos atados a la jurisprudencia impone una nueva hermenéutica y con ello un resultado diferente.<sup>28</sup> Pero no puede ser el único caso, pues también se conoce que puede darse debido a la falibilidad de las instancias que resuelven justicia; por ello, se puede evaluar a la postre que una norma resulta ser adversa al engranaje constitucional y a la ideología del Estado, razón por la cual, y debidamente motivado, resulta válido recoger lo dicho con anterioridad so pena de incurrir en la revisión por medio de me-

---

24. Para mayor información, ver en Colombia, *Ley 599 de 2000*, art. 68A.

25. Álvaro Echeverry Uruburu y Corina Duque, *Política y constitucionalismo en Suramérica: el poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015), 339.

26. Colombia, *Constitución Política*, art. 13.

27. Para mayor información, véase en Ricardo Lorenzetti, *El arte de hacer justicia: la intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema de Argentina* (Buenos Aires: Sudamericana, 2014).

28. Muestra de ello es lo ocurrido con el aborto. Ver más en Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-055/22, 21 de febrero de 2022.

didadas como la tutela en sede de error de desconocimiento de la sustancialidad de los derechos.<sup>29</sup>

Lo anterior, pues, podría simplemente decirse que al ya haber una valoración con efectos *erga omnes*, ya no amerita continuar una discusión en cada caso concreto, siendo que lo único que restaría es la aplicación del precedente; sin embargo, como se expone a continuación, es la valoración de las altas cortes con irradiación a los tribunales y jueces del país, las que muestran controversia y posturas disímiles.<sup>30</sup>

La primera posición abandera que de conformidad a la aplicación del art. 450 citado y cuando el delito cometido cuente con prohibiciones, debe imponerse orden de captura sin que medie ninguna otra interpretación, ello atendiendo el estado del proceso y una inicial valoración probatoria que se inclina a la condena, indicando además que hay claridad sobre aquellas limitaciones a la libertad, sin que se arrastre ninguna vulneración de derechos, nótese:

Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el *a quo* se debe impartir el correctivo por el *ad quem*. En ese entendido, no encuentra la Sala irregularidad alguna en torno a la materialización de la captura dispuesta en contra del aquí accionante.<sup>31</sup>

---

29. Para mayor información, véase en Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, “Sentencia”, n.º T-016/19, 22 de enero de 2019.

30. Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, “Sentencia”, n.º 520012204000 20230029700, 10 de noviembre de 2023.

31. Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º 28918, 30 de enero de 2008, 25; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP6580-2023, 15 de junio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP5979-2023, 20 de junio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP6550-2023, 4 de julio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP9612-2023, 19 de septiembre de 2023.

Aquellos argumentos son tomados por Judicaturas, unipersonales o plurales del país,<sup>32</sup> y replicada la consecuencia, la orden de captura sin más argumentación. La conclusión se arriba tras dos argumentos. El primero se cierne en decir de paso que no hay afectación a derechos del condenado y tampoco una actuación arbitraria del juez de conocimiento porque de todas formas va a ser arrestado, y además el juez ya tiene una inicial noción de la responsabilidad punitiva; y, el segundo argumento, sentando en que no hay vulneración del derecho, pues la persona en cuestión está en libertad y la tutela como mecanismo de protección no puede anticiparse a un escenario de trasgresión; argumento que no es de recibo, en tanto que ello va dirigido a que solamente se activa la justicia constitucional cuando se vulnera un derecho y no para prevenir la trasgresión de los mismos.

Desde la otra óptica, aquella que predica que no debe ordenarse la captura en el evento descrito, sino que enfatiza en que debe mediar un proceso argumentativo, atendiendo la variedad de fácticos de los que se compone el proceso y las andadas del derecho penal, se cierne en los argumentos de libertad como regla general, principio *pro homine* y necesidad de interpretación:

Lo anterior permite aseverar que la interpretación armónica de los preceptos que gobiernan el régimen de la libertad y su restricción, con la regla de procedimiento contenida en la norma arriba citada, supone que, una vez anunciado sentido de fallo de carácter condenatorio, el juez deberá, como se ha dicho hasta ahora, evaluar la necesidad de la detención inmediata. Ese examen debe tener en cuenta en primer lugar que la decisión de condena no está ejecutoriada y que la libertad del procesado y la presunción de inocencia se erigen en la regla general y preferente del ordenamiento penal colombiano. Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.<sup>33</sup>

Esta postura y en aplicación de jurisprudencia vertical ha sido adoptada aludiendo garantías de orden constitucional:

---

32. Para analizar este punto, ver más en Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, “Sentencia”, n.º 520012204000 20230029700.

33. Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP5495-2023, 8 de junio de 2023.

En punto de lo primero, con razón se señala que el régimen de privación de la libertad en el proceso penal se caracteriza por su excepcionalidad. Ello implica que la restricción de la libertad debe operar como última ratio, [...] además que las normas que regulan dicho régimen solamente podrán ser interpretadas restrictivamente, lo que se relaciona con el principio pro libertate, de modo que frente a pasajes legales oscuros o contradictorios es necesario que se interpreten de manera restrictiva resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisón constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal.<sup>34</sup>

Las líneas que soportan la segunda posición ofrecen una salida que se considera plausible en este estudio y que se abandera como propuesta, y es que se observa a la motivación o razonamiento de las decisiones como un faro guía, es decir, la materialización del derecho como dialógico.<sup>35</sup> Con esto, queda clarificado que la controversia yace en manos del juez que conoce la causa y que dictó el sentido del fallo, resultando indispensable reflexionar sobre el rol del juez en los sistemas punitivos y su papel activo y creador.

## **EL ROL DE LOS JUECES FRENTE A LA LIBERTAD EN EL SENTIDO DEL FALLO**

La delicada misión para un ser humano, para quien la falibilidad hace parte de su estructura natural y por ello incluso está justificada la institución de la doble instancia, donde el deber deja de ser elemental y básico, para exigir asumir una responsabilidad que obliga a ser dignos del encargo y, por consecuencia, direccionar la totalidad de esfuerzos hacia logros que permitan atenuar el riesgo del equívoco, pues la mayor de las veces deja consecuencias irreparables, máxime si la principal y más acogida forma de sanción es la de privar la libertad de los individuos.

Dentro de esta labor, es indiscutible que el derecho procesal penal impone unas cargas probatorias y argumentativas, directamente proporcional es más fuertes, conforme el proceso avanza a la emisión de una sentencia de tipo con-

---

34. Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal, “Sentencia”, n.º *Grupo 15 2023-00222-00*, 10 de noviembre de 2023, 23.

35. Roberto Gargarella, “Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198 (2022), doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.08>.



denatorio.<sup>36</sup> Es probable que se pueda argumentar el problema descrito en que quizá no se tardará en tener un fallo con ejecutoria, pero lo cierto es que los tiempos del sistema son impredecibles y la práctica demuestra la demora de pronunciamiento en las primeras y segundas instancias, ubicando en el plano de lo trascendental esta temática.

Descendiendo al punto de debate, se identifican dos posiciones jurisprudenciales enfrentadas, la una tendiente a que, en el espacio procesal descrito, cuando existan prohibiciones respecto a sustitutos y subrogados, ni siquiera se debe interpretar si procede la captura del encartado, entendiendo que la misma debe surtir de inmediato. La segunda posición es que pese a las limitaciones que contenga cada punible, debe necesariamente mediar en esos casos una interpretación.

La primera, sin duda, se erige como una afrenta de los derechos del acusado, como la ya mentada presunción de inocencia, y por esa senda el de la dignidad humana, pero particularmente se yergue oprobiosa del principio de afirmación de la libertad, porque en últimas la excepcionalidad que dicho axioma permite, en la práctica se ofrece como la regla general. Y no se diga como excusa que el diligenciamiento ha llevado a la convicción de la responsabilidad penal, porque admitirlo así es tanto como desconocer que estamos en presencia apenas de una primera decisión judicial, sujeta potencialmente a su revocatoria, en cuyo evento los estragos para el injustamente condenado serían incalculables e irreparables.

La segunda posición encumbra la aplicación del principio *pro libértate*, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, como fundantes y rectores, articulándose todas las ideas de la presente investigación, no solamente por tratarse de lo más favorable en razón al principio *pro persona*,<sup>37</sup> sino también porque se compadecen con situaciones de hacinamiento y los pedidos bajo teorías validadas como las que vienen de la criminología del convicto.<sup>38</sup>

Piénsese en un procesado a quien no le fue impuesta una medida de aseguramiento, merced a que no fueron superados los rigurosos requisitos para el

---

36. Alfredo Ruiz, Pamela Aguirre y Dayana Ávila, eds., *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional: Período noviembre de 2012-noviembre de 2015* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016), 99.

37. Para conocer más sobre este principio, ver en Gerardo Mata, “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 39 (2018), doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654>.

38. Para mayor información, ver más en Francesca Constantini, “Introducción a la convict criminology: aportes desde una perspectiva interna, crítica y autoetnográfica”, *Prólogos* 12 (2020), <https://bit.ly/3NHZSnm>.

efecto; si persisten esas razones, ¿qué sentido tiene la privación de su libertad luego, cuando no se han suscitado razones que lleven a la necesidad de hacerlo?

Así, se piensa en la transversalidad de la interpretación en el evento descrito, evitando mancillar el derecho a la libertad y garantizando la vigencia de la ideología del Estado colombiano.

## CONCLUSIÓN

El aporte al estado actual de la materia viene dado en clarificar que en el espacio procesal detectado, como lo es el sentido del fallo, debe imponerse la motivación, el razonamiento y la dignidad del convicto, pues parecería que el ámbito punitivo queda lejano a la práctica y materialización de derechos base, cuando se presentan situaciones como la descrita, donde se debate entre la libertad y el encierro, con las consecuencias que de ello se derivan.

Por respeto a esos derechos del procesado ya resaltados y a la fuerza de las garantías normativas que brinda el enfoque constitucional, el juez de conocimiento debe emprender una tarea responsable de sustentación de las razones que encontró para privar de la libertad al enjuiciado, de mayor exigencia incluso de aquellas que pudiese tener para conservar su libertad. El deber ser no es cosa distinta a una argumentación, tal como se debe dar en todas las fases que comprometen la libertad, porque, se insiste, no hay razones constitucionalmente aceptables que justifiquen un esfuerzo de razonamiento estricto para la imposición de una medida cautelar tan lesiva, por lo que el deber inexcusable es que se imponga siempre el máximo de la presunción de inocencia.

## BIBLIOGRAFÍA

Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Ediciones Legales, 2013. [bit.ly/41E8KAi](https://bit.ly/41E8KAi).

Carbonell, Miguel, comp. *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2014.

Colombia. *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991.

Colombia Corte Constitucional, Sala Plena. “Sentencia”. n.º C-121/12. 22 de febrero de 2012.

- . “Sentencia”. *n.º C-342/17*. 24 de mayo de 2017.
- . “Sentencia”. *n.º C-055/22*. 21 de febrero de 2022.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. “Sentencia”. *n.º T-016/19*. 22 de enero de 2019.
- Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. “Sentencia”. *n.º 28918*. 30 de enero de 2008.
- . “Sentencia”. *n.º STP5495-2023*. 8 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP6580-2023*. 15 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP5979-2023*. 20 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP6550-2023*. 4 de julio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP9612-2023*. 19 de septiembre de 2023.
- Colombia. *Ley 599 de 2000*. Diario Oficial *n.º 44.097*, 24 de julio de 2000.
- . *Ley 906 de 2004*. Diario Oficial *n.º 45.658*, 1 de septiembre de 2004.
- Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal. “Sentencia”. *n.º 520012204000 20230029700*. 10 de noviembre de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º Grupo 15 2023-00222-00*. 10 de noviembre de 2023.
- Constantini, Francesca. “Introducción a la convict criminology: aportes desde una perspectiva interna, crítica y autoetnográfica”. *Prólogos* 12 (2020): 105-32. <https://bit.ly/3NHZSnm>.
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. 21 de enero de 1994. <https://bit.ly/3THeUGY>.
- . “Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. 7 de junio de 2003. <https://bit.ly/3voeMJa>.
- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Hernández vs. Argentina*. 22 de noviembre de 2019. <https://bit.ly/4bLxPy0>.
- . “Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*. 27 de enero de 2020. <https://bit.ly/42OM7K1>.
- . “Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)”. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*. 6 de octubre de 2020. <https://bit.ly/3UO1U9X>.
- De Espinosa Ceballos, Elena. “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *n.º 11* (2014): 119-46. <https://bit.ly/47iHGq>.

- Echeverry Uruburu, Álvaro, y Corina Duque. *Política y constitucionalismo en Suramérica: el poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Fried, Charles. *La libertad moderna y los límites del gobierno*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009.
- Galván, Guadalupe. “El triste panorama de las cárceles latinoamericanas”. *El Tiempo*. 5 de agosto de 2023. <https://bit.ly/4aDc7vg>.
- García, Ricardo. “El panoptismo: nuevas formas de control social”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n.º 6 (2009). <https://bit.ly/3vLWcI>.
- Gargarella, Roberto. “Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198 (2022): 219-38. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.08>.
- Garófano, Laura, y Lucas de la Cal. “La verdad del preso ‘sin perdón’ que no quiere la libertad”. *El Mundo*, 16 de mayo de 2019. <https://bit.ly/3GYDd2D>.
- Lorenzetti, Ricardo. *El arte de hacer justicia: la intimidación de los casos más difíciles de la Corte Suprema de Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana, 2014.
- Mata, Gerardo. “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 39 (2018): 201-28. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2018.39.12654>.
- OEA Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. B-32.
- OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. 31 de marzo de 2008. OEA/Ser/L/V/II.131.
- Ospina, Sebastián. “Los problemas del artículo 68A del Código Penal Colombiano”. *Lexir*. 26 de octubre de 2021. <https://bit.ly/41E3tc6>.
- Ruiz, Alfredo, Pamela Aguirre y Dayana Ávila, eds. *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional: Período noviembre de 2012-noviembre de 2015*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016.

## **Población penitenciaria con discapacidad en el sistema jurídico peruano**

*Prison Population with Disabilities  
in the Peruvian Legal System*

**Nuccia Seminario-Hurtado**

*Profesora investigadora, Universidad Católica Sedes Sapientiae*

Lima, Perú

nseminario@ucss.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-1805-7780>

**Jainor Avellaneda-Vásquez**

*Egresado de la carrera de Derecho, Universidad Católica Sedes Sapientiae*

Lima, Perú

javellaneda@ucss.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.5>

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 5 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

En este artículo se busca explicar la situación jurídica de la población penitenciaria con discapacidad en el Perú. Para ello, se realiza un estudio sobre las personas con discapacidad dentro de la realidad penitenciaria peruana, seguido por el análisis del marco jurídico respectivo, así como los avances y desafíos locales de sus derechos. Se propone mejoras al sistema penitenciario en aras de brindar una mayor accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad e inclusión en los establecimientos carcelarios. Estas mejoras consisten en el trato humano de la vulnerabilidad en reemplazo de la política resocializadora tradicional en tanto finalidad de la pena y la instauración de juzgados de ejecución penal para el procesamiento de los beneficios penitenciarios. Se emplea una metodología cualitativa con diseño documental y alcance descriptivo. Por último, como principales hallazgos, dada la extrema vulnerabilidad en que vive la población penitenciaria con discapacidad en el Perú, se destaca la necesidad de dotar a la pena de prisión de fundamentos políticos distributivos, facilitando así la alineación con estándares internacionales de derechos humanos que prioricen la reducción de barreras estructurales. En este respecto, es viable la adopción de la política del trato humano y la implementación de juzgados de ejecución penal con la finalidad de reducir la vulnerabilidad de los reclusos con discapacidad y promover el respeto de sus derechos fundamentales.

**PALABRAS CLAVE:** discapacidad, prisión, población, garantía, accesibilidad, derecho, pena, resocialización.

## ABSTRACT

This article aims to elucidate the legal situation of the incarcerated population with disabilities in Peru. To achieve this, a study is conducted on individuals with disabilities within the Peruvian penal reality, followed by an analysis of the corresponding legal framework and local progress and challenges regarding their rights. Proposed improvements to the prison system aim to enhance accessibility, availability, acceptability, and inclusion in correctional facilities. These enhancements involve treating vulnerability with humane considerations, replacing the traditional rehabilitative policy as the primary purpose of punishment. Additionally, the establishment of penal execution courts is proposed for processing penitentiary benefits. A qualitative methodology with a documentary design and descriptive scope is employed. As a key finding, given the extreme vulnerability of the incarcerated population with disabilities in Peru, there is a highlighted need to imbue the prison sentence with distributive political foundations, align-

ning with international Human Rights standards prioritizing the reduction of structural barriers. In this regard, the adoption of a humane treatment policy and the implementation of penal execution courts are deemed viable measures to reduce the vulnerability of inmates with disabilities and promote the respect of their fundamental rights.

KEYWORDS: disability, prison, population, guarantee, accessibility, law, punishment, rehabilitation.

FORO

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, las personas con discapacidad han sido reconocidas como sujetos con plena igualdad de derechos y oportunidades, con participación activa en la sociedad. Los esfuerzos institucionales, tanto a nivel local como internacional, respecto de la progresividad de sus derechos, han cobrado sentido en la realidad. Sin embargo, la situación que viven en los establecimientos penitenciarios continúa siendo escasamente conocida y explorada en la actualidad.

Este artículo es el resultado de un análisis cualitativo basado en fuentes primarias y secundarias con un alcance descriptivo. Se inicia realizando una fundamentación desde la filosofía política sobre la interrelación entre prisión y discapacidad, recurriendo a autores como John Rawls y Amartya Sen. Posteriormente, se definen los conceptos básicos de discapacidad desde una perspectiva doctrinaria, para luego desarrollar los modelos de tratamiento. Luego, se procede a desarrollar a través de estudios de casos a la población penitenciaria con discapacidad en el Perú por categorías de edad, evidenciando que no se cuenta con información actualizada ni mucho menos un registro oficial por parte del Estado peruano.

Seguidamente, el artículo presenta un apartado donde se mencionan los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos y documentos relacionados para garantizar una vida digna a las personas privadas de su libertad con discapacidad. Finalmente, se proponen una serie de estrategias sobre la resocialización y discapacidad como forma de promover un trato humano de la vulnerabilidad en el contexto penitenciario peruano, así como los

beneficios penitenciarios para las personas con discapacidad a propósito de los juzgados de ejecución penal que se vienen implementando en el Perú.

Ahora bien, estudiar la población penitenciaria con discapacidad en el Perú, un asunto con escasas exploraciones al respecto, exige plantear algunas interrogantes: ¿cuál es el papel de Estado peruano a través de sus instituciones en el cuidado de los derechos de esta población? y ¿de qué forma forjar una solución efectiva, que maximice la invulnerabilidad penitenciaria de las personas con discapacidad?

## **PRISIÓN Y DISCAPACIDAD: UNA FUNDAMENTACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA**

La prisión es definida como el entorno donde se lleva a cabo la ejecución de la pena privativa de la libertad. Aquellos que residen en este contexto forman parte de los grupos de especial protección, lo que los sitúa en situaciones de vulnerabilidad y exclusión. Además, las repercusiones de la prisión se extienden hacia el futuro de los exreclusos, ya que el hecho de haber estado preso naturalmente implica discriminación.<sup>1</sup> Si se añade el contexto de la discapacidad a la realidad carcelaria, es decir, si los reclusos resultaran ser simultáneamente personas con discapacidad, las situaciones de vulnerabilidad se intensifican y podrían volverse extremadamente peligrosas para su vida y dignidad.

La presencia de discapacidad en el entorno carcelario se suma a las ya existentes situaciones de vulnerabilidad y exclusión. Cuando una persona con discapacidad se encuentra inmersa en un contexto tan extremo de exclusión social, como lo es la realidad penitenciaria, sus oportunidades para alcanzar niveles de funcionamiento adecuados y mejorar su calidad de vida se ven significativamente reducidas.<sup>2</sup>

Dado que la prisión se encuentra arraigada en la institución punitiva, lo cual involucra directamente al Estado, resulta esencial abordar la relación entre discapacidad y castigo desde un punto de la filosofía política:

- 
1. María del Carmen Sánchez Miranda y María del Pilar Bayona Juan, “Discapacidad y prisión: una reflexión en torno a la privación de libertad en personas con discapacidad intelectual”, *Antropología Experimental*, n.º 19 (2019): 84.
  2. Agustín Huete García y Eduardo Díaz Velázquez, “Personas con discapacidad afectadas por el sistema penal-penitenciario en España”, *Zerbitzuan Revista de Servicios Sociales*, n.º 44 (2008): 100.



- i. Vale la pena explorar una perspectiva política de la prisión y de la pena, para lo cual se ha pensado en John Rawls y Amartya Sen. Rawls no se ha ocupado directamente del problema del castigo y la prisión. Sin embargo, de la literatura revisada se destaca una concepción política rawlsiana muy convincente. Esta concepción parte de la consideración del delito como un hecho trasgresor del pacto cooperativo y del propio sistema de cooperación en un contexto institucional o político.
- ii. Posteriormente, una vez ocurrido el internamiento del individuo trasgresor cumpliéndose los términos punitivos que eligió y aceptó en la posición original, se destaca el papel de los principios de la justicia como principios políticos.<sup>3</sup> Estos principios actúan como elementos catalizadores del respeto de sus derechos fundamentales, la promoción del proceso resocializador voluntario y su subsiguiente reintegración social y laboral.
- iii. La propuesta del filósofo norteamericano ha sido objeto de críticas significativas. Una de estas se centra en la noción de que los bienes sociales primarios, por sí solos, no aseguran un estilo de vida de calidad. Este punto se vuelve particularmente evidente al considerar a las personas con discapacidad, donde una acumulación sustancial de bienes primarios no garantiza una vida que se ajuste a los estándares de “normalidad”. Se plantea la necesidad crucial de convertir estos bienes en capacidades, reconociendo que las capacidades son inherentemente diversas para cada individuo.<sup>4</sup> Otra crítica hacia la propuesta de Rawls argumenta que dicha teoría no abarca completamente a la población de personas con discapacidad. La crítica se basa en la premisa de que no todos son considerados sujetos estrictamente racionales con la capacidad para elegir principios de justicia y cooperar.<sup>5</sup>
- iv. Por último, Sen propone el enfoque de capacidades y desarrollo humano a fin de potenciar la calidad de vida de los ciudadanos, como manifestación de la libertad del ser y hacer (lograr funcionamientos). Este enfoque, aplicado a personas con discapacidad, se erige como una herra-

---

3. Emmanuel Melissaris, “Toward a Political Theory of Criminal Law: A Critical Rawlsian Account”, *New Criminal Law Review*, n.º 15 (2012): 126.

4. Amartya Sen, *Desarrollo y libertad* (Barcelona: Editorial Planeta, 2000), 99.

5. Patricia Cuenca Gómez, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 158 (2012): 106-8.

mienta política centrada en la libertad, promoviendo una diversidad de oportunidades para mejorar sus estilos de vida, desarrollar una variedad de funcionamientos y dar mayor valía a sus vidas, independientemente del contexto en el que se encuentren. “La capacidad es un tipo de libertad: la libertad fundamental para conseguir distintas combinaciones de funciones (o, en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida)”.<sup>6</sup>

Expuesto lo anterior, se insiste en que la pena de prisión debe estar dotada de fundamentos políticos, tanto desde su despliegue hasta la fase final. Esto permitirá una interacción directa de las instituciones en cuanto a la acogida de políticas internacionales de derechos humanos a favor de las personas con discapacidad.

## **DISCAPACIDAD: DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL**

Un año después de finalizar la Primera Guerra Mundial, en 1919, un comité de expertos abocados a las ciencias de la salud estableció los principios de rehabilitación médica centrada en que la persona se asemeja a la explicación unicausal de la enfermedad.<sup>7</sup> Posteriormente, en 1974, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura planteó el proceso de rehabilitación como un conjunto de acciones realizadas para reducir la discapacidad en individuos. Surge así el concepto de discapacidad ligado a connotaciones médicas.

Años más tarde, las Naciones Unidas, a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General n.º 5 de 1993 sobre las personas con discapacidad, entablando algunas definiciones aproximadas de discapacidad. En dicho documento se reafirma que el término adecuado es “persona con discapacidad”, en lugar de “persona discapacitada”, ya que este último hace alusión a la incapacidad personal de funcionar como persona.<sup>8</sup> También acuñó a la discapacidad como una deficiencia física, intelect-

---

6. Sen, *Desarrollo y libertad*, 99-100.

7. Alicia Amate, “Evolución de discapacidad”, en *Discapacidad. Lo que todo debemos saber*, eds. Alicia Amate y Armando Vásquez (Washington D.C.: Organización Panamericana de Salud, 2006), 4.

8. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación*

tual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser adquiridas o de nacimiento.<sup>9</sup>

No fue hasta 2001 que la Organización Mundial de la Salud clasificó el funcionamiento de la discapacidad y de la salud mencionando que son repercusiones por la adquisición de una enfermedad o cualquier otra condición de salud,<sup>10</sup> es decir, que la persona con discapacidad presenta limitaciones o deficiencias.<sup>11</sup> Esta visión forma parte del modelo médico o rehabilitador, entendido como las limitaciones provocadas por una enfermedad o accidente. Cuenca establece que este modelo se orienta a rehabilitar o normalizar a las personas con discapacidad con el objetivo de que puedan integrarse en la sociedad, y a compensar a aquellos individuos que, debido a la naturaleza de las patologías que padecen, no logran alcanzar dicha meta.<sup>12</sup>

Sin embargo, en 2006 las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, tratado internacional que protege, respeta, garantiza y promueve los derechos humanos de las personas con discapacidad bajo un enfoque inclusivo. En el último párrafo de su artículo primero define a la discapacidad “como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.<sup>13</sup>

A partir de dicha definición se atribuye a la discapacidad como un concepto ligado a las barreras de discriminación y exclusión que enfrentan cotidianamente, siendo así vulnerados en el ámbito de las oportunidades laborales, medios de transporte e infraestructura que perjudica su deslizamiento y des-

---

*General*, n.º 5, párr. 4, <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>.

9. *Ibid.*, párr. 4.

10. Nuccia Seminario-Hurtado y Sol Samantha Ponce Chávez, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Perú: avances y desafíos”, *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, n.º 11, S3 (2022): 331.

11. Amate, “Evolución de discapacidad”, 4.

12. Patricia Cuenca Gómez, “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, n.º 3, S11 (2011): 2, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19335>.

13. Nuccia Seminario-Hurtado y Jainor Avellaneda-Vásquez, “El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad”, *Revista Primera Instancia*, n.º 20, S11 (2023): 97.

envolvimiento en su vida diaria<sup>14</sup> que impiden el pleno goce y garantía de los derechos inalienables.<sup>15</sup> Por ejemplo, los académicos han identificado una variedad de barreras que enfrentan, tales como estaciones de metro inaccesibles, acceso inadecuado a baños, falta de señalización mínima para rutas accesibles, aceras, rampas, caminos y estacionamientos sin limpiar, entre otros.<sup>16</sup>

Es así que, a partir de los avances normativos en materia de derechos humanos y la evolución conceptual de discapacidad, surge el modelo social, entendido como un nuevo tratamiento de discapacidad, con base en los principios de inclusión y democratización de las relaciones sociales, que va de la mano con los principios bioéticos de dignidad, autodeterminación e igualdad<sup>17</sup> que busca mitigar las desigualdades estructurales en la sociedad en busca de la libre participación e igualdad de oportunidades. Cuenca refiere que este modelo parte de los derechos, porque entiende que las limitaciones que las personas con discapacidad presentan diariamente para participar en la vida social son restricciones<sup>18</sup> que son el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de la dignidad intrínseca y un supuesto de insatisfacción de derechos de las personas con discapacidad.<sup>19</sup>

## POBLACIÓN PENITENCIARIA CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

De conformidad al Censo Nacional de 2017 realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI), se estima que hay al-

- 
14. Juana Victoria Vargas Bustinza y Loures Sapacayo Lacuta, “Discapacidad física, una valoración bajo dos perspectivas para la inserción laboral en Perú”, *Vive: Revista de Salud*, n.º 6, S16 (2023): 323.
  15. Seminario-Hurtado y Avellaneda Vásquez, “El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad”, 98.
  16. Élyse Comeau et al., “Disabled people’s accessible taxi experiences in Toronto, Canada”, *Travel Behaviour and Society*, n.º 34 (2024): 2.
  17. María José Camino de Menchaca, Mariana Pardo Castro y Enrique Varsi-Rospigliosi, “Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú”, *Acta bioethica*, n.º 29 (2023): 114.
  18. Sarah E. Keyes, Sarah H. Webber y Kevin Beveridge, “Empowerment through care: Using dialogue between the social model of disability and an ethic of care to redraw boundaries of independence and partnership between disabled people and services”, *Alter*, n.º 9, S3 (2015): 239.
  19. Cuenca Gómez, “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, 6.

rededor de 3 209 261 personas con discapacidad en el Perú.<sup>20</sup> De la población total, los resultados revelaron que 1 820 304 son mujeres, y 1 388 957 son varones, evidenciando que existe una mayor presencia de discapacidad en la población femenina que masculina.<sup>21</sup> También se identificaron los departamentos con mayor población con discapacidad: Lima alberga (31,2%), seguido de Piura (5,4%), La Libertad (5,2%), Puno y Arequipa (5,0%).<sup>22</sup>

Del total de 3 209 261 personas con discapacidad que equivale al 100%, solo 2 618 026 personas que corresponden al 81,6%<sup>23</sup> manifestó padecer solo una discapacidad y 591 235 (18,4%) indicaron que tenían dos o más. Además, las estadísticas evidenciaron que la dificultad de la visión se ubica como la de mayor frecuencia, pues así declararon 1 550 196 personas, es decir, el 48,3%. En segundo lugar, se ubican las dificultades para moverse o caminar/usar brazos y piernas, que afectan a 485 211 personas (15,1%); y, en tercer lugar, se ubican las dificultades de la audición que afectan a 243 486 personas (7,6%).<sup>24</sup>

Aunado a ello, el INEI divulgó el Perfil Sociodemográfico de la Población con Discapacidad en 2017, donde se permitió identificar el sexo, la edad, los aspectos de salud, la vivienda, entre otras características poblacionales. Por su parte, el INEI, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Instituto Nacional Penitenciario publicaron en 2016 el “Primer Censo Nacional Penitenciario. Perfil de la Población Penal”, documento que estableció las características sociodemográficas de la población reclusa en los 66 establecimientos penitenciarios del país, entre ellas, la población penitenciaria con discapacidad.

Así, este Primer Censo Nacional Penitenciario evidenció que el 15,9% (12 071) de población penitenciaria manifestó tener problema para ver, aun usando anteojos en forma permanente, que le impide o dificulta desarrollar normalmente sus actividades diarias, seguido por el 9,7% (7 402) para moverse o cami-

- 
20. Seminario-Hurtado y Ponce Chávez, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Perú: avances y desafíos”, 329.
  21. Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017* (Lima: INEI, 2017), 29, <https://bit.ly/4bXbWLC>.
  22. *Ibid.*, 9.
  23. Manuel Bermúdez-Tapia y Nuccia Seminario-Hurtado, “El derecho comunicativo de las personas sordociegas en el Perú”, *Revista Sapientia & Iustitia*, n.º 2, S4 (2021): 139.
  24. *Ibid.*, 10.

nar/usar brazos y piernas.<sup>25</sup> Asimismo, se realizó un estudio por grupos de edad dividido en cinco categorías (18-24, 25-29, 30-44, 45-59 y 60 y más).

Los resultados revelaron que el grupo con mayores dificultades y limitaciones se concentra en las siguientes categorías: 30-44 años y 45-59 años. Siendo que este último grupo cuenta 4576 casos que versan en limitaciones para ver de lejos a pesar de usar anteojos, seguido de 2156 casos con dificultades para moverse o caminar/usar brazos y piernas.

A pesar de los datos antes expuestos, se evidencia que los últimos censos y estudios sociodemográficos de población penitenciaria con discapacidad fueron realizados entre 2016 y 2017, constituyendo información pendiente por actualizar. Ante ello, se realizó la consulta a través de acceso a la información pública al Instituto Nacional Penitenciario, quienes manifestaron que en la actualidad se han identificado 793 internos con probable discapacidad, de los cuales solo 39 tienen certificado de discapacidad, y de ellos, el 66% son de la región Lima, ya que el resto de departamentos están en proceso de evaluación.<sup>26</sup>

## MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

Los derechos de las personas con discapacidad son ampliamente reconocidos por los gobiernos de todo el mundo, ya que han ratificado tratados en materia de derechos humanos. En consecuencia, se busca asegurar que los Estados respeten sus obligaciones internacionales y sus compromisos adquiridos. Estas se encuentran relacionadas con la asignación de recursos públicos, racionalización en la toma de decisiones y su ejecución para así garantizar derechos inalienables.<sup>27</sup>

De una parte, el sistema universal de protección de derechos humanos se ha pronunciado concerniente a la población penitenciaria con discapacidad, debido a una preocupación para lograr el goce efectivo de una vida digna a través de servicios básicos, pero también su realización como individuos de

---

25. Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Primer Censo Nacional Penitenciario. Perfil de la Población Penal* (Lima: INEI, 2016), 28, <https://bit.ly/4aXKD2w>.

26. Información remitida mediante acceso a la información pública por el Instituto Nacional Penitenciario de fecha 11 de diciembre de 2023 (Carta n.º D000420-2023-INPE-TAIP).

27. Marie Sépulchre, “Ensuring equal citizenship for disabled people: A matter of rights or a matter of costs?”, *Alter*, n.º 14, S2 (2020).

manera autónoma e independiente, enfatizando la importancia de la garantía del derecho a la integridad física y moral, derecho a una vida digna, derecho a la salud, accesibilidad, entre otros.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 3 menciona que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su art. 10, inciso 1, refiere que: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el *respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”; a su vez, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) en su art. 13, inciso 2, menciona que: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”; y el último apartado del art. 14 dice:

2. Los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Por otra parte, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos —Reglas de Nelson Mandela— refiere que en su regla 5, apartado segundo, que “Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con *discapacidades físicas, mentales o de otra índole* participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión”, y la regla 45 apuntala a que “2. La imposición de sanciones de aislamiento esté prohibida cuando el recluso tenga una *discapacidad física o mental* que pudiera agravarse bajo dicho régimen.

De otra parte, el Estado peruano ha emitido dispositivos legales que protegen los derechos de la población penitenciaria con discapacidad, brindando las garantías mínimas para que puedan gozar de una vida adecuada en los establecimientos penitenciarios.<sup>28</sup> Las políticas y acciones orientadas a garantizar

---

28. Manuel Bermúdez-Tapia y Nuccia Seminario-Hurtado, “El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú”, *Revista Lumen*, n.º 16, S2 (2020): 257.

los derechos humanos se originan y fundamentan en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,<sup>29</sup> tratado internacional del que el Perú es parte.

En primer lugar, la Constitución Política del Perú (1993) menciona en su art. 139, inciso 21, que: “El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados”, y el inciso 22 establece que el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la *reeduación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*.

En segundo lugar, la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad advierte en su art. 10 que “la persona con discapacidad tiene derecho a la libertad y seguridad personal, en igualdad de condiciones que las demás. Nadie puede ser privado de su libertad en razón de discapacidad”. Este artículo es crucial para comprender que las personas con discapacidad tienen derecho a las mismas oportunidades que todos, en el caso de los establecimientos penitenciarios se traduce en que sean accesibles sus entornos, así como los servicios básicos de vida que se brinden se adapten a su realidad.<sup>30</sup>

En tercer lugar, la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 aprobado mediante Decreto Supremo n.º 007-2021-MIMP el 5 de junio de 2021 tiene por finalidad la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Plantea que al 2030 la desigualdad estructural hacia las personas con discapacidad se haya mitigado, permitiendo que puedan ejercer sus derechos en una sociedad inclusiva.<sup>31</sup>

En cuarto lugar, la Política Nacional Penitenciaria a 2030, aprobada mediante Decreto Supremo n.º 011-2020-JUS de fecha 25 de septiembre de 2020, tiene como principal objetivo mejorar las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y brindar mayores oportunidades de reinserción social. Posee seis objetivos prioritarios, y en su lineamiento 2.5 menciona que se deben

---

29. Mónica Arias Monge, Laura Solano Alvarado y Guaner Rojas Rojas, “Análisis de idoneidad de un banco de ítems para personas con discapacidad auditiva y visual en una prueba estandarizada de acceso a la educación superior en Costa Rica”, *Actualidades Investigativas en Educación*, n.º 23, S2 (2023): 97.

30. Destiny G. Tolliver et. al., “Exploring Parental Incarceration, US Government Support Programs, and Child Health and Well-Being: A National Cross-Sectional Study”, *The Journal of Pediatrics*, n.º 264 (2024).

31. Seminario-Hurtado y Ponce Chávez, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Perú: avances y desafíos”, 341.



establecer medidas específicas para atención de grupos de especial protección en establecimientos penitenciarios, entre ellos, población con discapacidad.

También, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación denota que la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad y la Política Nacional Penitenciaria se vinculan en sus objetivos y lineamientos, ya que buscan garantizar que las personas con discapacidad puedan mejorar sus condiciones de vida en el espacio en que se encuentren—incluidos los establecimientos penitenciarios—, teniendo en cuenta que los servidores cuenten con competencias para brindar un trato adecuado y en condiciones de dignidad a esta población; así como que se asegure su acceso a servicios básicos de vida digna y adecuada.<sup>32</sup>

Por último, el Estado peruano remitió los últimos informes periódicos al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; posteriormente, este Comité formuló algunas recomendaciones sobre la situación de las personas con discapacidad privadas de libertad, enfatizando que existen infraestructuras inadecuadas debido a un hacinamiento elevado y crítico que impide la accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad, por lo que propuso que se “desarrolle una estrategia para abordar el hacinamiento y las infraestructuras inadecuadas en las prisiones, que responda a las solicitudes de ajustes razonables y proporcione medidas de accesibilidad. Además, que recopile sistemáticamente datos desglosados sobre privados de libertad con discapacidad”.<sup>33</sup>

Desde una mirada comparativa es importante aludir brevemente a parte de la situación jurídica de la población penitenciaria con discapacidad en Ecuador y Colombia. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la legislación ecuatoriana permite la sustitución de la prisión preventiva con otras medidas que afecten en menor grado la libertad personal. No obstante, para que estas medidas favorezcan de manera prioritaria a las personas con discapacidad (víctimas de afectaciones desproporcionadas a sus derechos) se requiere la adopción de un enfoque diferenciado, el cual también facilitaría el acceso a la educación penitenciaria.<sup>34</sup>

Por su parte, las normativas colombianas con respecto a los internos con discapacidad no tienen mucha incidencia en la realidad debido al elevado ha-

---

32. Información remitida mediante acceso a la información pública por el Consejo Nacional para prevenir la Discriminación de fecha 18 de diciembre de 2023 (Informe n.º D000066-2023-CONADIS-SDISED-ACDV).

33. *Ibid.*

34. CIDH, “Informe sobre personas privadas de libertad en Ecuador”, 21 de febrero de 2022, 97.

cinamiento carcelario, fenómeno que ocasiona la vulneración masiva de los derechos de la mayoría de internos, pero en especial de los que tienen alguna discapacidad. El sistema penitenciario colombiano ha colapsado y es un sistema carcelario, “sin espacios, sin buena alimentación, con pocos programas exitosos de resocialización y bajo el amparo de una pena que moral y jurídicamente es reprochable frente a la posibilidad que ofrece de reinserción tanto política como laboral”.<sup>35</sup>

## **RESOCIALIZACIÓN Y DISCAPACIDAD: TRATO HUMANO DE LA VULNERABILIDAD EN EL CONTEXTO PENITENCIARIO PERUANO**

La resocialización es un discurso bastante discutible que ofrece una amplia gama de interpretaciones y debates, tanto en el ámbito del derecho penal y constitucional como en el ámbito de la criminología. Autores como Zaffaroni sostienen que carece de sentido enseñar a un preso a vivir en libertad, por tanto, la resocialización en tanto justificación del sistema punitivo solo apunta a ser algo absurdo. El mismo autor propone como remedio la filosofía del trato humano de la vulnerabilidad, una iniciativa humanizadora de la pena privativa de la libertad.<sup>36</sup>

En línea con la perspectiva del jurista argentino, ante el fracaso del ideal resocializador, otros autores respaldan la implementación de un régimen penitenciario digno, reflejado en una política institucional que satisfaga plenamente las necesidades básicas del recluso y reduzca los efectos negativos de la prisión. Este régimen tiene un doble propósito: por un lado, acercar las metas deseadas por la sociedad, y, por otro, ofrecer alternativas de garantía frente a las metas universales de todo recluso.<sup>37</sup> Con esto, se establecen las bases de una resocialización que sea obligación únicamente para el Estado y un derecho fundamental

---

35. Clara María Mira González, “El hacinamiento carcelario en Colombia: ¿una realidad sin respuesta?”, *CES Derecho* 14, n.º 1 (2023): 1-2.

36. Raúl E. Zaffaroni, “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 35 (1997): 186.

37. Nelly Julia Castro Vadillo, “Realidad penitenciaria y derechos humanos: penal de Lurigancho (Perú)” (tesis de maestría, Universidad Internacional de Andalucía, 2009), 62.

para el recluso, con el fin de que, viviendo dignamente su pena, tenga las posibilidades y oportunidades necesarias para elegir un futuro alejado del delito.<sup>38</sup>

Del análisis anterior se sostiene que en el ideal resocializador confluyen dos valores jurídicos: un valor institucional y un valor sustantivo. El primero requiere la iniciativa del Estado como ente garante de la resocialización, mientras que el segundo presupone que el recluso exprese su intención o se adhiera al proceso resocializador sin mediar coacción alguna, con el objetivo de fomentar conductas de convivencia pacífica.<sup>39</sup>

Se trata de un derecho fundamental debido a su carácter esencial y básico para asegurar el desarrollo del condenado sobre la base de su dignidad, coincidiendo con los objetivos de la sociedad y el Estado.

Sin embargo, es importante señalar que las ideas anteriores sobre la resocialización no necesariamente encuentran respaldo en la normativa local. Por esta razón, dada la incongruencia entre el texto de la Constitución<sup>40</sup> y las normativas legales e infralegales que continúan tratando a la resocialización como la finalidad de la pena, es necesario adoptar este enfoque resocializador, ya que, a través de ello el Estado ofrecerá la mayor cantidad y variedad de oportunidades,<sup>41</sup> a las que con total libertad las personas con discapacidad accederán, lo cual sienta las bases de una vida digna penitenciaria y su posterior reinserción en la sociedad.

Llegado a esto, el Tribunal Constitucional peruano reconoce las gravísimas situaciones que atraviesan los internos declarando un estado de cosas inconstitucional a las cárceles peruanas, debido al hacinamiento crítico y permanente.<sup>42</sup> Estas situaciones se intensifican negativamente cuando se trata de reclusos con discapacidad. Por ello, exhorta a que los establecimientos, bienes y servicios de salud de que dispone el Estado deberán alcanzar a todos los sectores de la

---

38. Christian Rafael Villavicencio Arce, “Tres cuestiones fundamentales sobre el principio de resocialización”, *UDA Law Review*, n.º 4 (2023): 62.

39. Gabriel Ortega Monge, “Sobre el sentido jurídico del principio resocializador y los deberes que derivan de él”, *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, n.º 127 (2019): 77.

40. Perú, *Constitución Política del Perú*, Congreso de la República, 29 de diciembre de 1993, art. 139, inc. 22.

41. Renzo Espinoza Bonifaz, “¿Puede la privatización de las cárceles solucionar la crisis del sistema penitenciario en el Perú?”, *VOXIURIS 41*, n.º 2 (2023): 168.

42. Perú Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC*, 26 de mayo de 2020, parte resolutive.

población reclusa.<sup>43</sup> Entonces, las situaciones excesivamente vulnerables de la población penitenciaria con discapacidad se derivan del problema del hacinamiento y sobrepoblación penitenciaria, con lo cual se indica que en la actualidad el sistema penitenciario peruano atraviesa por una crisis sistemática.<sup>44</sup>

## **BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A PROPÓSITO DEL RECIENTE RESTABLECIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE EJECUCIÓN PENAL**

A las personas con discapacidad privadas de su libertad también les asisten los denominados “beneficios penitenciarios”. Elementos que buscan concientizar sobre el sentido de la responsabilidad, concediendo a los internos la opción de abandonar la prisión antes de cumplir su condena, así como mejorar su situación de vulnerabilidad intramuros. Esta concepción se funda en la idea de que “el principal valor del mandato de resocialización sea que la prisión ha de entenderse siempre como un auténtico estado excepcional, caracterizado por la provisionalidad”.<sup>45</sup>

Los beneficios penitenciarios se dividen en dos clases: los que buscan la excarcelación del interno: redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad y liberación condicional; y aquellos que se orientan a mejorar sus condiciones de vida en prisión: permiso de salida, visita íntima y otros beneficios (autorización para trabajar en horas extraordinarias; concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas, etc.).<sup>46</sup>

Aludiendo a la primera clase de beneficios (mejorar las condiciones penitenciarias), queda claro que su concesión está condicionada al mérito del interno, es decir, a las acciones que emprenda para mejorar su conducta delic-

---

43. Perú Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Expediente n.º 04007-2015-PHC/TC*, 27 de junio de 2019, 54.

44. Omar Pezo Jiménez y Carlos Augusto Bellodas Ticona, “Condiciones de hacinamiento penitenciario y el reingreso a los establecimientos penitenciarios del Perú”, *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia* 8, n.º 24 (2023): 389.

45. Joaquín Urías Martínez, “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 63 (2001): 78.

46. Perú, *Decreto Legislativo n.º 654. Código de Ejecución Penal*, Diario Oficial El Peruano, 31 de julio de 199, art. 42.

tiva. Sin embargo, al considerar a las personas con discapacidad, esta realidad institucional debe ser transformada, convirtiendo estos beneficios en derechos, ya que se trata de bienes fundamentales y orientadores de su estilo de vida. De esta manera, se buscará reducir su vulnerabilidad en el contexto penitenciario.

Con respecto a la segunda clase de beneficios penitenciarios (excarcelación), se ha notado dos problemáticas muy recurrentes, una de índole sustantiva y la otra de naturaleza procesal. La primera evidencia que la concesión de estos beneficios está condicionada a que el interno internalice el tratamiento penitenciario y comprenda el daño ocasionado, desconociéndose se resocializa realmente o solo finge hacerlo para egresar de prisión.

La segunda problemática está abocada al proceso judicial que se activa para obtener los beneficios penitenciarios.<sup>47</sup> En este caso, las solicitudes de aplicación de beneficios penitenciarios ante la autoridad jurisdiccional (juez penal, concededor de la sentencia condenatoria que generó el internamiento penitenciario del recurrente) suelen ser constantemente dilatados y el interno resulta excluido. Se da prioridad a los procesos de los imputados sobre los procesos de los internos.

Ahora bien, a modo de ofrecer una solución a la problemática antes mencionada, el Congreso de la República del Perú, el pasado octubre de 2023, aprobó el Proyecto de Ley 3997/2022-CR, ley que restablece los Juzgados de Ejecución Penal, quedando pendiente su promulgación por el Poder Ejecutivo y posterior aprobación de su reglamento. Esta normativa próximamente dispone el reemplazo de los Juzgados Penales por los Juzgados de Ejecución Penal en cuanto a la competencia de los procesos sobre beneficios penitenciarios judicializados. Tiene como principales objetivos disminuir la vulnerabilidad y “garantizar el cumplimiento de los principios del sistema penitenciario, referido a la resocialización y reinserción del penado”.<sup>48</sup>

¿Por qué es importante la reincorporación del juez de Ejecución Penal en el Perú? Para algunos autores, con una autoridad jurisdiccional especializada en derecho penitenciario cuya actuación se limite a la etapa de la ejecución penal, será posible concretizar los derechos fundamentales del interno, teniendo una presencia verdadera del Estado en el ámbito penitenciario. Asimismo, también

---

47. Instituto Nacional Penitenciario, *Manual de derechos humanos aplicados a la función penitenciaria* (Lima: INPE, 2018), 72-5.

48. Perú, *Proyecto de Ley 3997/2022-CR, Ley que restablece los Juzgados de Ejecución Penal*, Portal del Congreso de la República, 12 de octubre de 2023, art. 2.

servirá “como mecanismo institucional para superar estructuralmente la presencia de los sesgos cognitivos funcionando como un mecanismo de control institucional objetivo, externo e intersubjetivo”.<sup>49</sup> Los Juzgados de Ejecución Penal son una alternativa muy prometedora para la progresividad de los derechos de los grupos de especial protección que viven en las cárceles, en especial para las personas con discapacidad. De esta manera, tras la promulgación de la ley que restablecen los Juzgados de Ejecución Penal se aguarda su aplicación afectiva de acuerdo a su finalidad, aplicación que se encuentra sujeta a la aprobación de su reglamento. Por ello, se espera que este estudio sea de utilidad para dicho proceso.

## CONCLUSIONES

La intersección entre discapacidad y prisión revela una doble desventaja para aquellas personas que experimentan esta realidad. La exclusión y vulnerabilidad penitenciaria limita categóricamente las oportunidades de las personas con discapacidad para mejorar su calidad de vida. En este sentido, se destaca la importancia de dotar a la pena de prisión de fundamentos políticos, facilitando la alineación con estándares internacionales de derechos humanos y abogando por enfoques diferenciados que prioricen la reducción de barreras estructurales para las personas con discapacidad.

Perú, a pesar de haber ratificado la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad no está cumpliendo con sus obligaciones en materia de derechos humanos, ya que en la actualidad no existen datos actualizados sobre la cantidad exacta y las características sociodemográficas de la población penitenciaria con discapacidad, tampoco se cuentan con estrategias que permitan solucionar la sobrepoblación carcelaria, y como consecuencia su falta de accesibilidad en los espacios y servicios de salud adecuados y disponibles que atiendan las necesidades de este grupo de especial atención.

Frente al supuesto fracaso de la política resocializadora tradicional (finalidad del sistema punitivo) se respalda un nuevo enfoque resocializador que pro-

---

49. Gasdaly Maribel Salazar Alarcón, “El juez de ejecución penal: la urgente necesidad de su implementación en el ordenamiento jurídico peruano. Justificación constitucional y empírica de su instauración desde la teoría de los sesgos cognitivos” (tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor San Marcos, 2022), 193.

pugna la implementación de un régimen penitenciario digno que satisfaga las necesidades básicas del recluso y reduzca los efectos negativos de la prisión, en especial para las personas con discapacidad. Este nuevo enfoque se propone una resocialización basada en dos valores jurídicos: el institucional, que requiere la iniciativa del Estado, y el sustantivo, que presupone la libre adhesión del recluso al proceso resocializador.

Con el restablecimiento de los juzgados de Ejecución Penal, a partir de la aprobación del Proyecto de Ley 3997/2022-CR, se marca una fase relevante hacia la protección de las personas con discapacidad en el sistema penitenciario peruano. Lo que se pretende es reducir dilaciones procesales y garantizar una actuación judicial más equitativa e inclusiva, sin sesgos discriminatorios. El éxito de esta medida dependerá de la buena diligencia de los funcionarios y la suficiente asignación de recursos públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Amate, Alicia. “Evolución de discapacidad”. En *Discapacidad. Lo que todos debemos saber*, editado por Alicia Amate y Armando Vásquez, 3-9. Washington D. C.: Organización Panamericana de Salud, 2006.
- Arias Monge, Mónica, Laura Solano Alvarado y Guaner Rojas Rojas. “Análisis de idoneidad de un banco de ítems para personas con discapacidad auditiva y visual en una prueba estandarizada de acceso a la educación superior en Costa Rica”. *Actualidades Investigativas en Educación*, n.º 23, S2 (2023): 94-121. <https://dx.doi.org/10.15517/aie.v23i2.54185>.
- Bermúdez-Tapia, Manuel, y Nuccia Seminario-Hurtado. “El derecho comunicativo de las personas sordociegas en el Perú”. *Revista Sapientia & Iustitia, FDPCP Universidad Católica Sedes Sapientiae*, n.º 2, S4 (2021): 131-49. <https://doi.org/10.35626/sapientia.4.2.30>.
- . “El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú”. *Revista Lumen*, n.º 16, S2 (2020): 250-60. <https://doi.org/10.33539/lumen.2020.v16n2.2306>.
- Camino de Menchaca, María José, Mariana Pardo Castro y Enrique Varsi-Rospigliosi. “Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú”. *Acta bioethica*, n.º 29 (2023): 113-25. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2023000100113>.
- Castro Vadillo, Nelly Julia. “Realidad penitenciaria y derechos humanos: penal de Lurigancho (Perú)”. Tesis de maestría. Universidad Internacional de Andalucía. 2009. <https://bit.ly/3yZ2KrJ>.

- Comeau, Élyse, Siobhan Kelly, Yani Hamdani y Timothy Ross, “Disabled people’s accessible taxi experiences in Toronto, Canada”. *Travel Behaviour and Society*, n.º 34 (2024): 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.tbs.2023.100704>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. “Informe sobre personas privadas de libertad en Ecuador”. 21 de febrero de 2022. <https://bit.ly/4bVWPIR>.
- Cuenca Gómez, Patricia. “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, n.º 3, S11 (2011): 1-14. <https://bit.ly/45n3y5H>.
- . “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 158 (2012): 103-37. <https://doi.org/10.18042/39941>.
- Espinoza Bonifaz, Renzo. “¿Puede la privatización de las cárceles solucionar la crisis del sistema penitenciario en el Perú?”. *VOXIURIS* 41, n.º 2 (2023): 163-70. <https://bit.ly/4aXwSRw>.
- Grill, Stéphane, y Norbert Telmon. “Handicap et prison”. *Droit, Déontologie & Soins*, n.º 6, S2 (2006): 178-85.
- Huete García, Agustín, y Eduardo Díaz Velázquez. “Personas con discapacidad afectadas por el sistema penal-penitenciario en España”. *Zerbitzuan Revista de Servicios Sociales*, n.º 44 (2008): 99-144. <https://bit.ly/3x9JXcH>.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad*. Lima: INEI, 2017. <https://bit.ly/4bXbWLC>.
- . *Primer Censo Nacional Penitenciario. Perfil de la Población Penal*. Lima: INEI, 2016). <https://bit.ly/4aXKD2w>.
- Keyes, Sarah E., Sarah H. Webber y Kevin Beveridge. “Empowerment through care: Using dialogue between the social model of disability and an ethic of care to redraw boundaries of independence and partnership between disabled people and services”. *Alter*, n.º 9, S3 (2015): 236-47. <https://doi.org/10.1016/j.alter.2015.05.002>.
- Melissaris, Emmanuel. “Toward a Political Theory of Criminal Law: A Critical Rawlsian Account”. *New Criminal Law Review*, n.º 15 (2012): 122-55. <https://doi.org/10.1525/nclr.2012.15.1.122>.
- Mira González, Clara María. “El hacinamiento carcelario en Colombia: ¿una realidad sin respuesta?”. *CES Derecho* 14, n.º 1 (2023): 1-2. <https://doi.org/10.21615/ces-der.7307>.
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General*, n.º 5, párr. 3. <https://bit.ly/45jiUs2>.
- Ortega Monge, Gabriel. “Sobre el sentido jurídico del principio resocializador y los deberes que derivan de él”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, n.º 127 (2019): 63-82. <https://bit.ly/3VmPrJa>.
- Perú. *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial El Peruano, 29 de diciembre de 1993.



- Perú. *Proyecto de Ley 3997/2022-CR, Ley que restablece los Juzgados de Ejecución Penal*. Portal del Congreso de la República, 12 de octubre de 2023. <https://bit.ly/3KEApcH>.
- Perú Tribunal Constitucional. “Sentencia”. En *Expediente n.º 04007-2015-PHC/TC*. 27 de junio de 2019. <https://bit.ly/3Rp2Zm2>.
- . “Sentencia”. En *Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC*. 26 de mayo de 2020. <https://bit.ly/3RpvFvr>.
- Pezo Jiménez, Omar, y Carlos Augusto Bellodas Ticona. “Condiciones de hacinamiento penitenciario y el reingreso a los establecimientos penitenciarios del Perú”. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 8, n.º 24 (2023): 369-93. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v8i24.661>.
- Salazar Alarcón, Gasdaly Maribel. “El juez de ejecución penal: la urgente necesidad de su implementación en el ordenamiento jurídico peruano. Justificación constitucional y empírica de su instauración desde la teoría de los sesgos cognitivos”. Tesis de maestría. Universidad Nacional Mayor San Marcos. 2022. <https://bit.ly/4cbZs2u>.
- Sánchez Miranda, María del Carmen, y María del Pilar Bayona Juan. “Discapacidad y prisión: una reflexión en torno a la privación de libertad en personas con discapacidad intelectual”. *Antropología Experimental*, n.º 19 (2019): 81-90. <https://doi.org/10.17561/rae.v19.08>.
- Seminario-Hurtado, Nuccia, y Jainor Avellaneda-Vásquez. “El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad”. *Revista Primera Instancia*, n.º 20, S11 (2023): 94-107.
- Seminario-Hurtado, Nuccia, y Sol Samantha Ponce Chávez. “Los derechos de las personas con discapacidad en el Perú: avances y desafíos”. *Revista Derechos Sociales E Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, n.º 11, S3 (2022): 328-54. <https://doi.org/10.25245/rdsp.v11i3.1487>.
- Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.
- Sépulchre, Marie. “Ensuring equal citizenship for disabled people: A matter of rights or a matter of costs?”. *Alter*, n.º 14, S2 (2020): 114-27. <https://doi.org/10.1016/j.alter.2020.03.001>.
- Tolliver, Destiny G., Laura C. Hawks, Louisa W. Holaday y Emily A. Wang. “Exploring Parental Incarceration, US Government Support Programs, and Child Health and Well-Being: A National Cross-Sectional Study”. *The Journal of Pediatrics*, n.º 264 (2024). <https://doi.org/10.1016/j.jpeds.2023.113764>.
- Vargas Bustinza, Juana Victoria, y Lourdes Sapacayo Lacuta. “Discapacidad física, una valoración bajo dos perspectivas para la inserción laboral en Perú”. *Vive. Revista de Salud*, n.º 6, S16 (2023): 322-36. <https://bit.ly/3xo1NZn>.
- Vega Córdova, Vanessa, Izaskun Álvarez-Aguado, Félix González Carrasco, Herbert Spencer González, Marcela Jarpa Azagra y Katherine Exss Cid. “Experiencias

de personas adultas con discapacidad intelectual sobre el derecho a la vida independiente: un estudio de caso”. *Interdisciplinaria*, n.º 40 (2023): 299-318. <https://dx.doi.org/https://doi.org/10.16888/interd.2023.40.2.18>.

Villavicencio Arce, Christian Rafael. “Tres cuestiones fundamentales sobre el principio de resocialización”. *UDA Law Review*, n.º 4 (2023): 55-62. <https://bit.ly/4bVnkaT>.

Zaffaroni, Raúl. “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”. *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 35 (1997): 179-91. <https://bit.ly/3Xi66A0>.

## Los servicios previos al juicio: respuesta al abuso de la prisión preventiva

*Pre-trial Services: Responding to the Abuse of Pre-trial Detention*

**Diego Alfredo Zalamea León**

*Docente investigador, Universidad de las Américas*

*Docente, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Quito, Ecuador

diego.zalamea@udla.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-2280-9890>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.6>

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 28 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

El objetivo de este artículo es plantear una política pública destinada a garantizar un uso adecuado de las medidas cautelares, las unidades de servicios previos al juicio. Estas estructuras administrativas, por un lado, potencian la aplicación de las salidas alternativas a la prisión preventiva, así como, por otro, se ocupan de que su aplicación no sea sinónimo de impunidad e inseguridad. Esta estrategia enfrenta dos problemas centrales de la justicia tradicional, la ausencia de un diagnóstico adecuado para escoger la opción cautelar más adecuada, datos del arraigo social, y el seguimiento al régimen impuesto. La ventaja práctica es que esta propuesta se fundamenta en una metodología probada en el contexto internacional, en el Ecuador y recomendada como una buena práctica por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De hecho, en Latinoamérica las distintas experiencias cuyos resultados fueron medidos revelan que la aplicación de esta estrategia en diversos momentos alcanzó una efectividad sin precedentes para potenciar medidas sustitutivas y para conseguir la presentación de las personas al juicio. Inclusive, en un momento en el que la prensa y la ciudadanía ejercen presiones para aumentar el encarcelamiento provisional son una respuesta válida, pues el informe emitido transparenta las causas de la resolución judicial adoptada.

**PALABRAS CLAVE:** prisión preventiva, medidas alternativas, sustitutivas, cárcel, diagnóstico, seguimiento, política criminal, derechos.

## ABSTRACT

The aim of this article is to propose a public policy intended to ensure an appropriate use of precautionary measures, pre-trial service units. These administrative structures, on the one hand, enhance the application of alternative exits from pretrial detention and, on the other, ensure that their implementation is not synonymous with impunity and insecurity. Specifically, this strategy addresses two central problems of traditional justice: the absence of an adequate diagnosis to choose the most suitable preventive option and the monitoring of the imposed regimen. It specifically focuses on providing verified information about social ties. The practical advantage is that this proposal is based on a methodology proven in the international context, in Ecuador, and recommended as a best practice by the Inter-American Commission on Human Rights. In fact, in Latin America, various experiences, whose results were measured, reveal that the application of this strategy at different times achieved an unprecedented effectiveness in enhancing substitute measures and ensuring the appearance of individuals at

trial. Even at a time when the press and the public exert pressure to increase provisional incarceration, they are a valid response, as the issued report transparently elucidates the reasons behind the adopted judicial resolution.

KEYWORDS: Pretrial detention, alternative measures, substitutes, jail, diagnosis, monitoring, criminal policy.

FORO

## INTRODUCCIÓN

El uso de la prisión preventiva es clave para la justicia y la convivencia en sociedad. Esta realidad se debe a que, por un lado, el exceso del encierro cautelar afecta a los derechos individuales;<sup>1</sup> estos prisioneros constitucionalmente son inocentes. Por otro, la no aplicación del encierro provisional en ocasiones produce un daño a la justicia,<sup>2</sup> ya que el Estado debe precautelar el orden público y defender a las personas de la criminalidad.<sup>3</sup>

Este artículo analiza los problemas esenciales del uso de la prisión preventiva y una política criminal para solucionarlos. Su meta es superar el mero diagnóstico y plantear una estrategia aplicable al Ecuador. En un momento de abuso del encarcelamiento cautelar y de resoluciones judiciales que atentan contra el futuro de la justicia, una metodología técnica es una necesidad.

## IMPORTANCIA

El análisis de la relevancia de la prisión preventiva demanda enfocarse en los dos valores en tensión: los derechos individuales y la justicia.

- 
1. CIDH, *Personas privadas de libertad en Ecuador* (OEA, 2022), 52.
  2. Denise Tomasini-Joshi, “Introducción: costos sociales de la prisión sin condena en México”, en *Prisión sin condena*, coord. Marcos Lara (Ciudad de México: Debate, 2008), 11-23.
  3. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (OEA, 2013), 3.

## IMPORTANCIA PARA LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

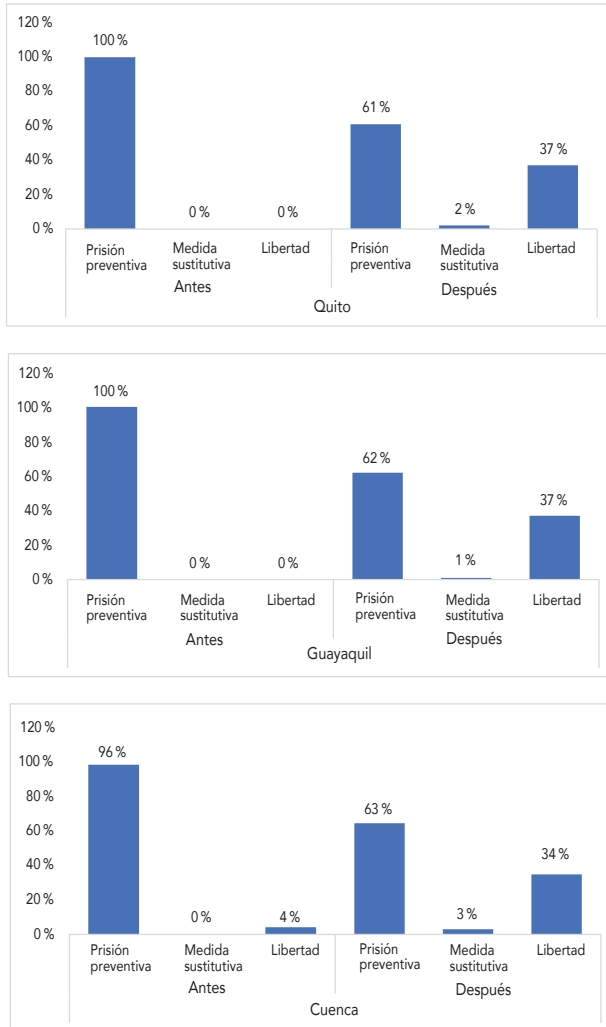
El uso de la prisión preventiva es un problema de la justicia latinoamericana. Desde 1981, cuando el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal (ILANUD) develó que el 65% de las personas privadas de la libertad en la región no tenían sentencia, es un hecho indiscutido que su empleo conlleva costos de legitimidad para la democracia.<sup>4</sup> En este período hubo un avance innegable, de un 65% de presos cautelares se bajó a 40%.<sup>5</sup> Sin embargo, el abuso del encierro provisional todavía persiste.<sup>6</sup>

En el caso ecuatoriano, en 2022, este organismo supranacional se pronunció sobre el abuso de la prisión preventiva en el informe “Personas privadas de libertad en Ecuador” y citó que el 39% de los presos no tiene condena.<sup>7</sup> Otras fuentes como la doctrina nacional<sup>8</sup> y algunas sentencias paradigmáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan a este país ratifican esta realidad dolorosa.<sup>9</sup> Además, uno de sus efectos, la sobrepoblación, condujo a una crisis penitenciaria sin precedentes.<sup>10</sup> En estos últimos años la violencia en las cárceles no tuvo parangón a nivel mundial.<sup>11</sup>

En los últimos años, el uso de la prisión preventiva disminuyó, pues en 1999 los presos sin condena llegaban al 68%,<sup>12</sup> y ahora representan el 39%. La causa que produjo esta mejora es la oralidad. Esta realidad se demuestra en el siguiente cuadro:

- 
4. Elías Carranza et al., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe* (San José: ILANUD, 1983), 65-73.
  5. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva*, 2.
  6. *Ibid.*, 11; CIDH, *Guía práctica para reducir la prisión preventiva* (OEA, 2017), 6.
  7. CIDH, *Personas privadas de libertad en Ecuador*, 52.
  8. Fernando Ávila y Fernando Bujan, “La prisión preventiva y su incidencia en la población carcelaria en el Ecuador”, *Cienciamatria* 9, n.º 1 (2023): 23-37; Emilio Guerra-Alvarado. “Análisis de la figura de la prisión preventiva en el Ecuador: causas, efectos y consecuencias (Sentencia C.C. Caso n.º 8-20-CN)”. *Dominio de las Ciencias*, 9 (2023): 213-37.
  9. Diego Zalamea, “Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, eds. Cristian Riego y Mauricio Duce (Santiago: CEJA, 2008), 278-9.
  10. Primicias, “Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses”, *Primicias*, 4 de octubre de 2022, <https://bit.ly/4aIB6NW>.
  11. Carranza et al., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, 65.
  12. Elías Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, en *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, coord. Elías Carranza (San José: ILANUD, 2001), 28.

**Figura 1. Variación en la aplicación de las medidas cautelares con la introducción del sistema oral**



Elaboración propia.<sup>13</sup>

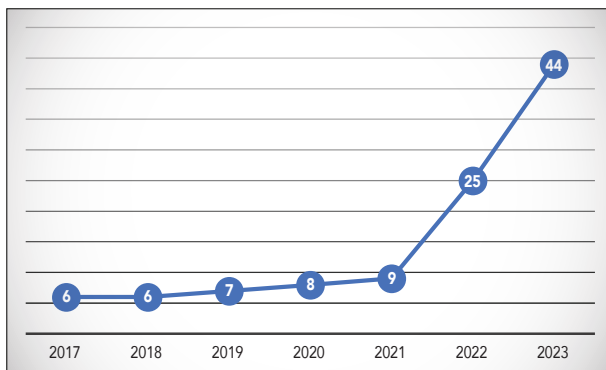
13. Zalamea, “Reporte del estado de la prisión preventiva”, 298-322. Una aclaración es importante. Las cifras que en este estudio se recogen respecto al cambio que produjo el sistema oral son del año 2008, por ser anteriores a la reforma de marzo de 2009, la única vía sustitu-

¿Por qué se produce una variación tan profunda? La respuesta demanda comparar los dos esquemas funcionales: el esquema escrito consistía en un pedido impreso del fiscal, acompañado de algunos elementos de convicción, y el juez sobre esa base tomaba la decisión. En cambio, en el nuevo diseño la resolución se toma luego de una audiencia controvertida.<sup>14</sup> La materialización de principios como el derecho a la defensa, contradicción e inmediación produjeron información de calidad, y con ella mejoras medibles en la realización de los derechos de las personas.

## IMPORTANCIA PARA LA EFECTIVIDAD DE LA JUSTICIA

Un debate respecto a la prisión preventiva no puede marginar el problema de seguridad. Después de la pandemia, Ecuador enfrenta una crisis de convivencia sin parangón. En la actualidad, el miedo a la delincuencia degrada la calidad de vida de las personas y conlleva un riesgo para la democracia.<sup>15</sup> Las cifras demuestran esta realidad:

Figura 2. **Tendencia de muertes violentas por cada 100 000 habitantes en Ecuador**



Elaboración propia.<sup>16</sup>

tiva distinta al encarcelamiento cautelar que en ese momento estaba vigente era la canción y se aplicaba solo a los delitos sancionados con prisión. Por tanto, el marco legal otorgaba márgenes estrechos para adoptar opciones distintas al encierro.

14. *Ibid.*, 301-2.

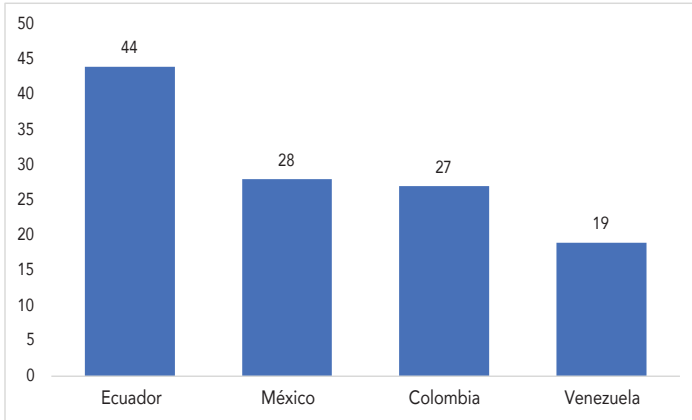
15. Ralph Dahrendorf, *Ley y Orden* (Madrid: Cívitas, 1994), 189-95.

16. Las cifras de los años 2017-2022 fueron obtenidas de: Banco Mundial, “Homicidios intencionales (por cada 100 000 habitantes)”, *Banco Mundial*, accedido 26 de diciembre de



Este cuadro devela que en el último trienio hay un incremento desmedido de los homicidios. Este cambio se valora mejor al comparar esta cifra con países que históricamente fueron considerados como los más violentos:

Figura 3. **Muertes violentas por cada 100 000 habitantes: comparación con otros países**



Elaboración propia.<sup>17</sup>

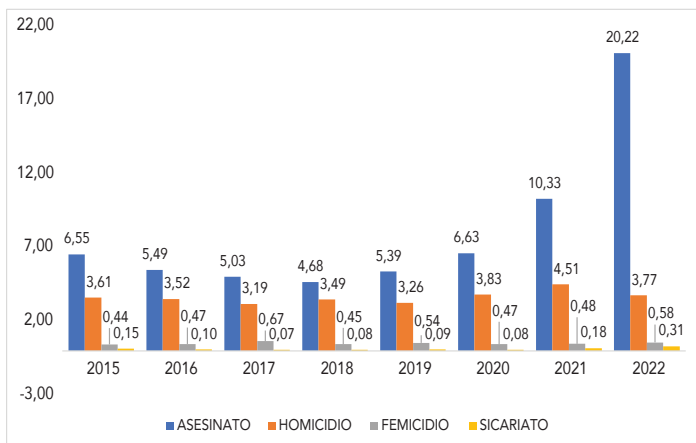
Inclusive, las proyecciones actuales muestran que, si las cosas siguen así, el Ecuador será en 2023 la nación más violenta de Latinoamérica y la quinta en el mundo.<sup>18</sup> El uso desproporcionado de la fuerza se confirma incluso en la distribución interna de los tipos de homicidio. Las cifras de la Fiscalía muestran la siguiente realidad:<sup>19</sup>

---

2023, <https://bit.ly/3NPduxm.pdf>. El dato de 2023 es una proyección mensual de las cifras obtenidas hasta octubre. “En Ecuador se registra un promedio de 21 homicidios diarios”, *Primicias*, 13 de diciembre de 2023, <https://bit.ly/47nmP6x>.

17. Las cifras de los restantes países fueron obtenidas de: Banco Mundial, “Homicidios intencionales (por cada 100 000 habitantes)”, *Banco Mundial*, accedido 26 de diciembre de 2023. El dato del Ecuador es una proyección mensual de 2023 de las cifras obtenidas hasta octubre. “En Ecuador se registra...”.
18. *Ibid.*
19. A partir de consulta efectuada para este estudio en: Fiscalía General del Estado, 2 de noviembre de 2023.

Figura 4. Variación anual por el tipo de homicidio



Elaboración propia.<sup>20</sup>

El gráfico adjunto saca a relucir que el asesinato, la modalidad más violenta, es el responsable del crecimiento desmedido de los crímenes con muerte. De igual manera, el sicariato también sufre un aumento inusitado.

Los datos cualitativos confirman esta tendencia. Gallup en 2022 sitúa a Ecuador como el más inseguro de Latinoamérica. Según su encuesta de percepción, el 64 % de la población siente miedo al caminar sola de noche. Pese a que en 2020 era un país donde las personas tenían mayor confianza. En aquel entonces, solo el 44 % manifestaba temor.<sup>21</sup>

Si la prisión preventiva tiene una finalidad solo procesal, ¿por qué se citan cifras de seguridad? Dado que la sociedad y las víctimas tienen un legítimo interés en el encarcelamiento para evitar la fuga del transgresor y la impunidad.<sup>22</sup> Por ejemplo, en delitos de alta relevancia social es ingenuo creer que la liber-

20. Datos obtenidos de una consulta oficial para este estudio.

21. Gallup, “Ecuador: The Most Dangerous Country in Latin America?”, *Gallup*, 20 de enero de 2023, <https://bit.ly/48kb0zj>.

22. Luis Schiappa, “Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, eds. Leticia Lorenzo, Cristian Riego y Mauricio Duce (Santiago: CEJA, 2011), 108-9.

tad de un sospechoso no será publicada y producirá una reacción social.<sup>23</sup> Por tanto, si la justicia no transparenta sus decisiones se genera una presión intensa sobre los legisladores y jueces para que en las leyes o resoluciones favorezcan el encarcelamiento.<sup>24</sup>

Esta realidad en el Ecuador tuvo una manifestación clara. Los políticos compraron esta demanda y el art. 536 del COIP estableció delitos en que no caben medidas alternativas. La Corte Constitucional tuvo que intervenir y dejar sin efecto esta disposición contraria al principio de excepcionalidad y hoy son aplicables todas las medidas establecidas en el art. 522.<sup>25</sup>

## MEDIDAS CAUTELARES Y APLICACIÓN PRÁCTICA

En el Ecuador hay dos problemas centrales: el abuso de la prisión preventiva y la falta de seguimiento a las medidas alternativas. Con relación al primero, si el excesivo encierro provisional es evidente, ¿por qué no se supera este problema? Debido a que las instituciones y la academia no se ocupan de un problema central o por la falta de medios investigativos. En este momento las resoluciones no pueden ser tácticas, porque las audiencias no producen la información necesaria.

El fiscal por lo regular investiga y justifica las exigencias normativas respecto a: la ocurrencia de un delito de acción pública penado con más de un año, la existencia de elementos de convicción del delito y responsabilidad del procesado. Pero el problema surge cuando tiene que fundamentar que el procesado no se presentará a juicio y que no caben otras medidas cautelares que garanticen su comparecencia, exigencias establecidas en el primer inciso y el num. 3, art. 534.<sup>26</sup>

- 
23. Mildred Hartmann, “La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, eds. Cristian Riego y Mauricio Duce (Santiago: CEJA, 2008), 232.
  24. Schiappa, “Prisión preventiva y reforma procesal penal”, 108-9.
  25. Ecuador Corte Constitucional, Adolescentes Infractores, *Sentencia n.º 8-20-CN/21*, 18 de agosto de 2021.
  26. Diego Zalamea, *Política criminal. El derecho penal estratégico. Una alternativa al minimalismo* (Quito: CEP, 2022), 147-51.

La dificultad práctica consiste en que estos dos requisitos demandan determinar si el sujeto se fugará. En el primer caso esta es la meta última y en el segundo se necesita detectar la medida menos incisiva que neutralice el peligro existente.<sup>27</sup> ¿Cómo un juez hace una proyección futura sobre la presencia del imputado al juzgamiento? En Latinoamérica los abogados generalmente no saben cómo responder a esta pregunta. El método técnico es un balance entre costos e incentivos. La primera esfera se la denomina arraigo social. Ella aglutina aquellos factores que atan a la persona a su lugar de residencia, tales como: familia, trabajo, negocios, estudios, vivienda, bienes. En cambio, la razón para fugarse se relaciona con la eventual pena.<sup>28</sup> A más tiempo de encarcelamiento, mayor estímulo para escapar de la ley. Además de esos dos criterios se valoran actos concretos que demuestren la intención de presentarse o evadir la justicia.<sup>29</sup>

En el Ecuador existe una confusión que complica el panorama. El arraigo social sostiene que es un requerimiento “paralegal”, cuando es una línea argumentativa para fundamentar la necesidad cautelar exigida en el art. 534. De hecho, la inexistencia de información sobre esta esfera normalmente desemboca en el encarcelamiento masivo, pues la Fiscalía sí puede justificar que el procesado tiene un incentivo para fugarse, la posible pena, y si no hay razones para quedarse esta exigencia legal se satisface.

La flaqueza precisa que existe es ¿quién indaga respecto a los vínculos comunitarios? En la actual estructura de las instituciones que conforman el sector justicia, nadie.<sup>30</sup> La Policía y Fiscalía recopilan solo indicios referidos a la existencia del delito y el responsable. Los defensores públicos y privados no tienen medios investigativos.

Esta realidad explica por qué en las audiencias hay insumos suficientes para debatir la materialidad de la infracción.<sup>31</sup> Estos elementos de convicción de

---

27. Sandra Alliaud, “Audiencias preliminares”, en *Colección litigación y juicio amiento penal adversarial*, dir. Alberto Binder (Buenos Aires: Didot, 2016), 115-6.

28. Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, *Arraigo, Medidas Cautelares y Ejecución Penal* (Ciudad de México: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, 2015), 16, bit.ly/3VhmDBQ.

29. Alliaud, “Audiencias preliminares”, 115-6.

30. Consejo de la Judicatura, *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2013* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2013), 194.

31. Fundación Construir, *Reforma procesal penal y detención preventiva en Bolivia* (Fundación Construir, 2012), 200.

los vínculos comunitarios son casi inexistentes.<sup>32</sup> En los pocos casos en que se cuenta con algún referente es porque la familia en las pocas horas consigue algún papel.<sup>33</sup> Sin el arraigo social, la discusión sobre la necesidad cautelar se trivializa y el principio de excepcionalidad se vuelve utópico.<sup>34</sup>

La falta de información refleja de cuerpo entero la encrucijada de los jueces. Si las partes no introducen datos para valorar el peligro de fuga, quien resuelve tiene dos opciones: la primera, negar todas las solicitudes. Postura que tiene la fortaleza de cumplir con la ley; más afecta a la eficacia judicial, seguridad y genera un riesgo para la carrera del juzgador.<sup>35</sup>

En cambio, la segunda opción es aceptar los pedidos fiscales de encarcelamiento preventivo, alternativa que incumple la norma; pero resulta cómoda. En la práctica, la última opción que se impuso. Los juzgadores, al no tener referentes válidos,<sup>36</sup> aceptaron que el encarcelamiento es “un mal necesario” y dictan el encierro.<sup>37</sup> La seriedad del problema llevó a que la Corte Nacional de Justicia disponga que el juez debe emitir: “La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal...”.<sup>38</sup> Pese a ello, el problema sigue intacto, porque no se resolvió el problema de fondo.

Además, la falta de datos explica por qué no se aplican otras medidas cautelares o se lo hace de manera absurda. Sin información con respecto al riesgo de fuga, ¿cómo se aplica una medida alternativa efectiva?

- 
32. Claudia Vertix, “La prisión preventiva en Perú. Estudios de 112 audiencias en ciento en siete distritos judiciales con el nuevo código procesal penal”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, eds. Leticia Lorenzo, Cristian Riego y Mauricio Duce (Santiago: CEJA, 2011), 289.
  33. Diego Zalamea, *Manual de litigación penal: audiencias previas al juicio* (Quito: Defensoría Pública, 2012), 173-4.
  34. Ana Aguilar y Javier Carrasco, *Servicios previos al juicio manual de implementación* (Ciudad de México: USAID, 2014), 41.
  35. Jaime Vintimilla y Gabriela Villacís, “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Ecuador”, en *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú* (Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso, 2013), 135-8.
  36. Marco Lara, *No más “pagadores”*. *Guía de periodismo sobre la presunción de inocencia y reforma del sistema judicial penal* (Ciudad de México: Instituto de Justicia Procesal Penal, 2011), 48.
  37. Guillermo Zepeda, *Los mitos de la prisión preventiva en México* (Nueva York: Open Society, 2010).
  38. Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución n.º 14-2021*, 15 de diciembre de 2021.

El segundo problema también tiene la misma esencia, inexistencia de una institucionalidad encargada, pero en este caso del monitoreo del régimen cautelar.<sup>39</sup> Es cierto que por lo regular se asigna a un funcionario cierto control de las medidas alternativas, como llevar un registro de firmas; pero es un mero formalismo. El problema está en que si el procesado capta que el Estado no tiene un interés en el cumplimiento del régimen cautelar, la tentación de no acatarlo se incrementa. Esta es la razón por la que, en los pocos casos que se aplican medidas alternativas existe un alto índice de incumplimientos y se cierra el círculo vicioso. Dado que la idea de la necesidad de dictar el encarcelamiento se refuerza.

## UNIDADES DE SERVICIOS PREVIOS AL JUICIO

Aguilar y Carrasco, quienes lideraron la introducción de esta metodología en América Latina, definen a estas estructuras como “programas y servicios de índole administrativo enfocados en generar información de calidad para la imposición y ejecución de alternativas a la prisión preventiva; es decir, medidas cautelares y condiciones judiciales como las que contempla el nuevo sistema de justicia penal”.<sup>40</sup>

Esta metodología surge en Nueva York en 1961, como una respuesta a la alta tasa de encarcelamientos de personas que no podían cubrir la fianza. Luego esta estrategia se difunde a través del mundo anglosajón, por ejemplo, al Reino Unido y Sudáfrica.<sup>41</sup> En América Latina esta estrategia se introduce por primera vez en Morelos, México, en 2011.<sup>42</sup>

---

39. CIDH, *Guía práctica*, 24.

40. Aguilar y Carrasco, *Servicios previos al juicio*, 16; Arcadio Herrera, “Medidas alternativas a la prisión preventiva. Posibilidades de implementación de los servicios de antelación al juicio en la provincia de Catamarca” (tesis de maestría, Universidad de Mendoza, 2020), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=284346>.

41. *Ibíd.*, 17-8.

42. *Ibíd.*, 17-20.

## DIAGNÓSTICO

Esta labor otorga a la justicia una valoración del arraigo social. Esta meta conlleva dos retos: eficacia y confiabilidad. En el primer objetivo las dificultades son dos: la primera se relaciona con los recursos; pues, si el modelo resulta caro pierde viabilidad.<sup>43</sup> La segunda dificultad es el tiempo. En el Ecuador la detención máxima es de 24 horas, por tanto, esta tarea debe cumplirse en unas ocho horas.

La segunda meta es la confiabilidad y conlleva dos retos: el primero es la credibilidad de los datos, pues sin esa base, el análisis posterior no es fiable. El segundo es la certidumbre en la conclusión, ya que la interpretación debe ser correcta.

La metodología adoptada consiste en una entrevista con el detenido, en la cual se le hace un sinnúmero de preguntas respecto a: identificación, domicilio, estado civil, familiares que viven con él, historia laboral, escolar, entorno social, trabajo y estudios de sus familiares cercanos, estado de salud, situación económica.<sup>44</sup> Adicionalmente, los funcionarios indagan sobre contactos de personas que puedan confirmar las respuestas. La verificación se efectúa sobre todo mediante llamadas telefónicas; solo cuando es necesario se hacen visitas.<sup>45</sup> Las preguntas cruzadas otorgan información confiable sobre una gran cantidad de referentes.

Sobre cada tópico se anota, si se confirma, que existe una contradicción o si la fuente no dispone de la información. Las respuestas, respectivamente, conllevan puntos positivos, negativos o se califican con cero. Cada referente tiene un peso diferenciado, según el vínculo con la comunidad que produce. La nota global es el resultado de la suma o resta obtenida en todas las preguntas. El usar referentes cuantitativos disminuye la subjetividad.<sup>46</sup>

La efectividad del instrumento mejora con el tiempo. Cada mes la unidad analiza los éxitos y fracasos, verifica la coincidencia de los datos de cada cate-

---

43. Guillermo Zepeda, *¿Cuánto cuesta la prisión preventiva sin condena?* (Nueva York: Open Society, 2009), 39-67.

44. Pedro Zalamea, *Análisis de la unidad de medidas alternativas previas al juicio en la ciudad de Cuenca* (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), <https://bit.ly/3H7N85Y>.

45. Aguilar y Carrasco, *Servicios previos al juicio*, 65.

46. Zalamea, *Análisis de la unidad de medidas alternativas*, 35.

goría y toma correctivos. El informe llega a recomendar la aplicación de medidas alternativas y ofrece realizar el seguimiento.<sup>47</sup> Este reporte, con unas horas de anticipación, se remite a la Fiscalía y defensa. Cada institución cuenta con la opción de efectuar una verificación independiente. Con información detallada, los abogados pueden litigar con calidad, pero en ningún caso este informe limita la libertad del juez para resolver.<sup>48</sup>

## SEGUIMIENTO

Un funcionario de la unidad asiste a la audiencia de medidas cautelares. El monitoreo se ejecuta cuando se dictan opciones no carcelarias. Una vez terminada la diligencia, este servidor público se entrevista con el procesado, le explica el régimen cautelar y juntos diseñan un plan de seguimiento. El mismo incluye medios como: llamadas y visitas a su domicilio, trabajo o centro educativo; obligación de ir afirmar en la unidad; pedido de información a entidades sobre actividades laborales o formativas.<sup>49</sup>

El contar con un plan individualizado y consensuado, una metodología para efectuar un control intenso y personal responsable de efectuar específicamente esta tarea marca una diferencia enorme con el esquema tradicional.<sup>50</sup> El beneficio de un seguimiento efectivo consiste en que una vigilancia es efectiva y disminuye la inclinación a incumplir.

Por último, la unidad de servicios previos al juicio otorga la prestación de apoyo para que el imputado asista a las distintas audiencias. Esta actividad consiste en un par de recordatorios e incluso en acompañarle el día de la diligencia al juzgado.<sup>51</sup>

## EFFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA PÚBLICA

¿Por qué esta política pública sería efectiva en el Ecuador? Los motivos son tres: el primero es la coherencia interna. La estrategia descrita muestra

---

47. *Ibíd.*, 34-5.

48. Aguilar y Carrasco, *Servicios previos al juicio*, 68.

49. *Ibíd.*, 71.

50. Zalamea, *Análisis de la unidad de medidas alternativas*, 35-6.

51. *Ibíd.*, 16.



una correlación entre los problemas nacionales detectados y la estrategia. La descripción de la metodología propuesta revela que el esquema funcional está diseñado para responder a las demandas locales y que se hace cargo de problemas finos como el de la confiabilidad y los recursos.

La segunda razón son los resultados obtenidos en el ámbito internacional. Pese a que en todo el mundo anglosajón esta estrategia demostró su eficacia, dado que el problema del abuso de la prisión preventiva en Latinoamérica es común, se citan solo datos regionales obtenidos con la misma metodología descrita. El punto importante está en que varias fuentes en distintos momentos evaluaron la eficacia de esta metodología, llegan a resultados similares y todos ellos reflejan un alto potencial.

La primera fuente es la CIDH. Esta institución reconoció a esta política pública como una buena práctica para enfrentar el abuso de la prisión preventiva, luego de encontrar que en las ciudades mexicanas de Baja California, Guerrero, Morelos, Puebla y México alcanzan una efectividad de alrededor del 95%.<sup>52</sup> Esto es, los casos en que el procesado que con medidas alternativas asistió al juzgamiento.

En el caso de esta metodología, aplicada a adolescentes infractores en Morelos, existe un estudio autónomo. Los logros alcanzados se recogen en el gráfico 5.

Otra experiencia interesante se dio en el mismo país con el apoyo de Telmex-Reintegra en Nuevo León. Esta institución financió el proyecto RENACE y la experiencia alcanzó en 93,6% de procesados que se presentaron a juicio.<sup>53</sup>

La tercera razón es porque existen; hay dos antecedentes que revelan su efectividad: En 2007, en la ciudad de Azogues se creó la Unidad de Antecedentes Penales, y pese a que solo aplicó la metodología de diagnóstico<sup>54</sup> obtuvo un logro claro (gráfico 6):

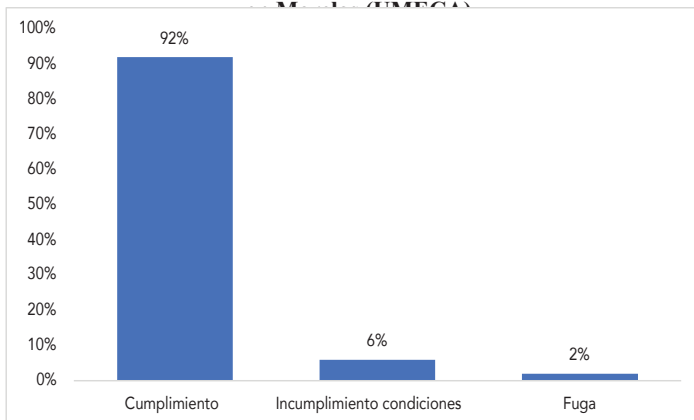
---

52. CIDH, *Medidas para reducir la prisión preventiva*, 85.

53. Javier Carrasco, "Institución Renace, ABP: un relato de servicios de supervisión en México", en *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, eds. Martín Shönteich y Denise Tomasini (Monterrey: Open Society, 2010), 44.

54. Diego Zalamea, "La unidad de antecedentes penales: un relato de los servicios de evaluación en Ecuador", en *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, eds. Martín Shönteich y Denise Tomasini (Monterrey: Open Society, 2010), 26-7.

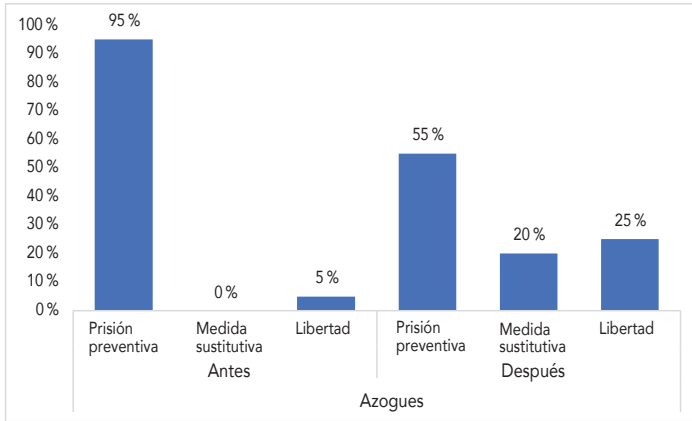
Figura 5. Resultados de la unidad de servicios previos al juicio



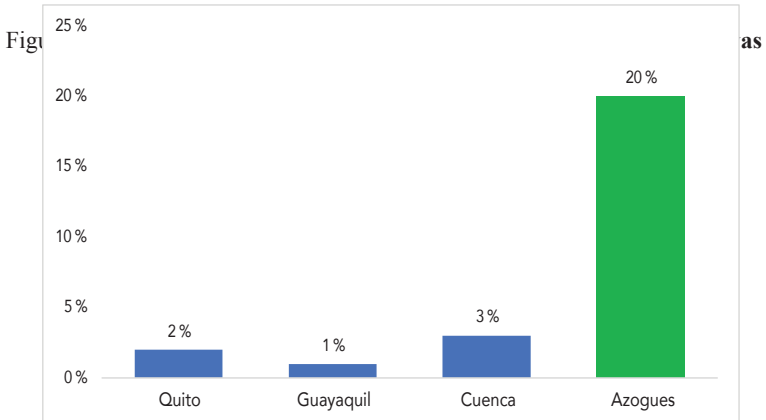
Elaboración propia.<sup>55</sup>

Dado que este cambio se produjo de manera conjunta con el ingreso de la oralidad, el cuadro retrata una variación no solo atribuible a esta política criminal. En cambio, el siguiente cuadro sí muestra el logro específico de esta política pública. Si la situación anterior a la oralidad era idéntica, en las cuatro ciudades analizadas, Quito, Guayaquil, Cuenca y Azogues, las medidas alternativas representaba el 0%; entonces, el logro obtenido en la última jurisdicción que se muestra a continuación sí es atribuible a los servicios previos al juicio (gráfico 7).

55. Datos obtenidos de Ana Aguilar, “Unidad de medidas cautelares para adolescentes de Morelos, México”, *Biblioteca Cejamericas*, accedido el 20 de diciembre de 2023, <https://bit.ly/3H7Mllw>.



Elaboración propia.<sup>56</sup>



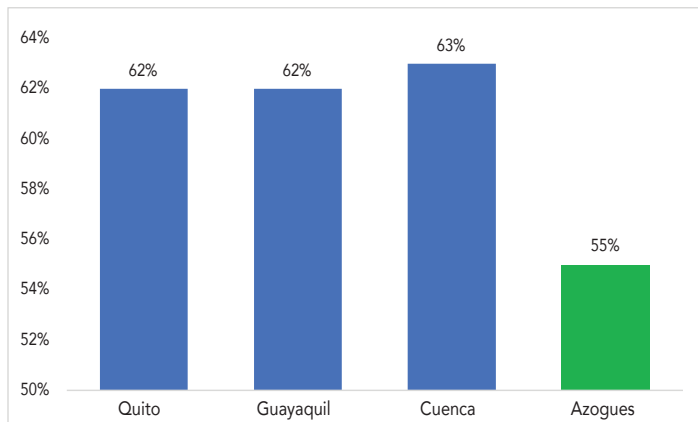
Elaboración propia.<sup>57</sup>

56. Zalamea, “Reporte del estado de la prisión preventiva”, 317.

57. *Ibid.*, 305-22.

El gráfico anterior muestra que con datos del arraigo social las medidas sustitutivas alcanzan una vigencia efectiva. En cambio, la siguiente medición refleja el cambio alcanzado en el encarcelamiento preventivo:

Figura 8. Porcentaje de personas a quienes se aplica prisión preventiva



Elaboración propia.<sup>58</sup>

Los dos cuadros en conjunto llevan a una conclusión global. Un adecuado diagnóstico es un medio apto para disminuir el abuso de la prisión preventiva y aumentar las medidas alternativas.

La última experiencia se desarrolló en Cuenca. Esta ciudad fue la segunda de Latinoamérica que introdujo el esquema integral de los servicios previos de juicio. Lamentablemente, su vigencia fue baja, duró desde la última semana de diciembre de 2012, hasta principios de febrero de 2013.<sup>59</sup>

Lamentablemente, el escaso tiempo de funcionamiento no permitió hacer una evaluación sólida. El dato relevante es que, de tres procesados que llegaron a juzgamiento, todos se presentaron al juicio.<sup>60</sup> Esta cifra no marca una tendencia; pero dice mucho de su efectividad.

58. *Ibíd.*

59. Zalamea, *Política criminal*, 148-51.

60. *Ibíd.*, 150.

## CONCLUSIONES

El Ecuador presenta dos problemas serios, un abuso sistemático de la prisión preventiva y una desconfianza generalizada en las medidas alternativas. Estos problemas solo se enfrentan con resoluciones fundamentadas y seguimiento a las medidas alternativas.

Las unidades de servicios previos al juicio utilizan una metodología probada internacionalmente y en el Ecuador para producir información relevante y hacer un seguimiento efectivo. Estos logros permiten disminuir el uso de la prisión preventiva y aumentar el empleo de las salidas alternativas.

En cuanto a la conveniencia de esta política pública, el estudio revela que la metodología propuesta es coherente con las necesidades, otorga certeza de la información que genera y eficiencia en la inversión de los recursos.

En conjunto, el cambio funcional que consigue esta política pública lleva a que sea una de las mejores prácticas para emplear de manera efectiva las medidas cautelares. Realidad reconocida por la CIDH.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Ana. “Unidad de medidas cautelares para adolescentes de Morelos, México”. *Biblioteca Cejamericas*. <https://bit.ly/3H7Mllw>.
- Aguilar, Ana, y Javier Carrasco. *Servicios previos al juicio manual de implementación*. Ciudad de México: USAID, 2014.
- Alliaud, Sandra. “Audiencias preliminares”, en *Colección litigación y juicio amiento penal adversarial*, dirigido por Alberto Binder. Buenos Aires: Didot, 2016.
- Ávila, Fernando, y Fernando Bujan. “La prisión preventiva y su incidencia en la población carcelaria en el Ecuador”. *Cienciamatria* 9, n.º 1 (2023): 23-37.
- Banco Mundial. “Homicidios intencionales (por cada 100 000 habitantes)”. *Banco Mundial*. Consultado 26 de diciembre de 2023. <https://bit.ly/3NPduxm>.
- Carranza, Elías, Mario Hohued, Luis Mora y Eugenio Zaffaroni. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José: ILANUD, 1983.
- . “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”. En *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, coordinado por Elías Carranza. San José: ILANUD, 2001.
- Carrasco, Javier. “Institución Renace, ABP: un relato de servicios de supervisión en México”. En *Programas de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar la*

- presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, editado por Martín Shönteich y Denise Tomasini, 35-49. Monterrey: Open Society, 2010.
- . “Estudio comparativo: el impacto de las reformas procesales de la prisión preventiva en México”. En *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, editado por Leticia Lorenzo, Cristian Riego y Mauricio Duce, 11-47. Santiago: CEJA, 2011.
- CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA, 2013.
- . *Guía práctica para reducir la prisión preventiva*. OEA, 2017.
- . *Medidas para reducir la prisión preventiva*. OEA, 2017.
- . *Personas privadas de libertad en Ecuador*. OEA, 2022.
- Consejo de la Judicatura. *¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 enero 2013*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2013.
- Dahrendorf, Ralph. *Ley y Orden*. Madrid: Civitas, 1994.
- Duce, Mauricio, Claudio Fuentes y Cristián Riego, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”. En *Prisión preventiva, y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, editado por Cristian Riego y Mauricio Duce, 13-72. Santiago: CEJA, 2008.
- Fundación Construir. *Reforma procesal penal y detención preventiva en Bolivia*. Fundación Construir, 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. *Sentencia n.º 8-20-CN/21*. 18 de agosto de 2021.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución n.º 14-2021*. 15 de diciembre de 2021.
- Guerra-Alvarado, Emilio. “Análisis de la figura de la prisión preventiva en el Ecuador: causas, efectos y consecuencias (Sentencia C.C. Caso n.º 8-20-CN)”. *Dominio de las Ciencias*, 9 Esp. (2023): 213-37.
- Hartmann, Mildred. “La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia”. En *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, editado por Cristian Riego y Mauricio Duce, 213-66. Santiago: CEJA, 2008.
- Herrera, Arcadio. “Medidas alternativas a la prisión preventiva. Posibilidades de implementación de los servicios de antelación al juicio en la provincia de Catamarca”. Tesis de maestría. Universidad de Mendoza. 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=284346>.
- Lara, Marco. *No más “pagadores”. Guía de periodismo sobre la presunción de inocencia y reforma del sistema judicial penal*. Ciudad de México: Instituto de Justicia Procesal Penal, 2011.
- Lara, Marco, y Francesco Barata. *Nota roja. La vibrante historia de un género y una nueva manera de informar*. Ciudad de México: Debate, 2009.

- Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia. *Arraigo, Medidas Cautelares y Ejecución Penal*. Ciudad de México: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, 2015. [bit.ly/3VhmDBQ](https://bit.ly/3VhmDBQ).
- Schiappa, Luis. “Prisión preventiva y reforma procesal penal en Argentina”. En *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, editado por Leticia Lorenzo, Cristian Riego y Mauricio Duce, 13-169. Santiago: CEJA, 2011.
- Tomasini-Joshi, Denise. “Introducción: costos sociales de la prisión sin condena en México”. En *Prisión sin condena*, coordinado por Marcos Lara, 11-23. Ciudad de México: Debate, 2008.
- Vertex, Claudia. “La prisión preventiva en Perú. Estudios de 112 audiencias en siete distritos judiciales con el nuevo código procesal penal”. En *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*, vol. II, editado por Leticia Lorenzo, Cristian Diego y Mauricio Duce, 227-319. Santiago: CEJA, 2011.
- Vintimilla, Jaime, y Gabriela Villacís. “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Ecuador”. En *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, 115-45. Washington D. C.: Fundación para el Debido Proceso, 2013.
- Zalamea, Diego. *Colección litigación oral. Audiencias previas al juicio*, t. I. Quito: CEP, 2017.
- . “La unidad de antecedentes penales: un relato de los servicios de evaluación en Ecuador”. En *Experiencias para equilibrar la presunción de inocencia y seguridad ciudadana*, editado por Martin Shönteich y Denise Tomasini. Monterrey: Open Society, 2010.
- . *Manual de litigación penal: audiencias previas al juicio*. Quito: Defensoría Pública, 2012.
- . *Política criminal. El derecho penal estratégico. Una alternativa al minimalismo*. Quito: CEP, 2022.
- . “Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador”. En *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, editado por Cristian Riego y Mauricio Duce, 267-341. Santiago: CEJA, 2008.
- Zalamea, Pedro. “Análisis de la unidad de medidas alternativas previas al juicio en la ciudad de Cuenca”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2018. <https://bit.ly/3H7N85Y>.
- Zepeda, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión preventiva sin condena?* Nueva York: Open Society, 2009.
- . *Los mitos de la prisión preventiva en México*. Nueva York: Open Society, 2010.

## NOTAS PERIODÍSTICAS

Gallup. “Ecuador: The Most Dangerous Country in Latin America?”. *Gallup*. 20 de enero de 2023. <https://bit.ly/48kb0zj>.

Primicias. “En Ecuador se registra un promedio de 21 homicidios diarios”. *Primicias*. 13 de diciembre de 2023. <https://bit.ly/47nmP6x>.

---. “Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses”. *Primicias*. 4 de octubre de 2022. <https://bit.ly/4aIB6NW>.



## **El sistema penitenciario ecuatoriano. Sin luz al final del túnel**

*The Ecuadorian Prison System.  
No Light at the End of the Tunnel*

**Janeth Patricia González Malla**

*Docente, Universidad Técnica Particular de Loja*

Loja, Ecuador

[jpgonzalez@utpl.edu.ec](mailto:jpgonzalez@utpl.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0002-3635-4359>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.7>

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 15 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

¿Por qué no se soluciona la crisis carcelaria en Ecuador? Esta pregunta lleva a explorar la problemática penitenciaria desde sus orígenes hasta llegar al contexto ecuatoriano actual. El objetivo es reflexionar y demostrar que las prisiones y la privación de libertad han mantenido la misma dinámica desde sus orígenes, causando sufrimiento y dolor a los reclusos, en contraposición a la finalidad resocializadora de la pena; el contexto actual demuestra que la gestión penitenciaria no ha evolucionado, pese al desarrollo científico y normativo de esta rama. El enfoque cualitativo y socio-jurídico son la base de la investigación porque a través del diseño narrativo se describe de forma secuencial la historia del sistema penitenciario, el avance normativo y se compara con la realidad social; es decir, se hace un acercamiento del derecho a la sociedad a través de la revisión documental de fuentes secundarias. En definitiva, se concluye que no existe la voluntad política del Estado para abordar el problema de forma técnica y con el personal especializado, tal como sugiere la doctrina; al contrario, la crisis carcelaria en Ecuador tiene un tinte anacrónico, deshumanizante y alejado de la finalidad de la pena; es decir, no hay rehabilitación ni resocialización.

**PALABRAS CLAVE:** sistema penitenciario, cárcel, prisión, pena, privación de libertad, régimen, sistema progresivo, nivel de seguridad.

## ABSTRACT

Why is the prison crisis in Ecuador not solved? is the question that leads us to explore the penitentiary problem from its origins to the current Ecuadorian context. The objective is to reflect and demonstrate that prisons and deprivation of liberty have maintained the same dynamic since their origins, causing suffering and pain to inmates, in contrast to the resocializing purpose of punishment; The current context shows that prison management has not evolved, despite the scientific and regulatory development of this branch. The qualitative and socio-legal approach is the basis of the research because through the narrative design the history of the penitentiary system, the regulatory advance, and are compared with social reality are sequentially described; That is, an approach to the right to society is made through the documentary review of secondary sources. In short, it is concluded that there is no political will of the State to address the problem technically and with specialized personnel as suggested by the doctrine; on the contrary, the prison crisis in Ecuador has an anachronistic, dehumanizing tone and is far from the purpose of the sorrow; That is, there is no rehabilitation or resocialization.

KEYWORDS: penitentiary system, jail, prison, penalty, deprivation of liberty, regime, progressive system, security level.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La crisis penitenciaria es un problema del Ecuador y de América Latina;<sup>1</sup> la historia evidencia la anacronía del problema. Desde sus orígenes, las prisiones fueron lugares lúgubres, el dolor y sufrimiento fueron el suplicio de las penas que se aplicaban desde el origen de las prisiones, lo que se refleja en “la rueda, el aceite hirviendo, maceramiento, desmembramiento con rueda de caballo, ahogamiento, galera, muerte por saetas o por el fuego”;<sup>2</sup> es decir, un evidente irrespeto por la vida del recluso. Y aunque la privación de la libertad prometía ser más humana y rehabilitadora, en la actualidad el panorama penitenciario no es esperanzador cuando se observa la estigmatización, la sistemática vulneración de los derechos y las precarias condiciones en que viven los presos.<sup>3</sup>

Para entender los fenómenos es importante conocer su origen, su historia y de eso trata esta investigación. El recuento histórico del sistema penitenciario resulta relevante para verificar los reveses en la ejecución de la pena y analizar si se ha avanzado en el desarrollo científico, normativo y práctico de la gestión penitenciaria.

1. William Ordóñez Chará, “Crisis en los sistemas penitenciarios: derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica”, *Revista Estudios de Derecho*, n.º 78 (2021): 117-38, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/343073>; Roger Matthews, “Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Lationamérica”, *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 6 (diciembre 2011): 296-338.
2. Faustino Rodríguez-Magariños, “Introducción. Historia de las prisiones”, en *La historia de las penas: de Hammurabi a la cárcel electrónica*, 4 (2014), [https://www.academia.edu/6328663/INTRODUCCI%C3%93N\\_HISTORIA\\_DE\\_LAS\\_PRISIONES](https://www.academia.edu/6328663/INTRODUCCI%C3%93N_HISTORIA_DE_LAS_PRISIONES).
3. María Jesús Miranda e Ignacio González Sánchez, “Academia, cárcel y relaciones de poder. Entrevista con Mª Jesús Miranda”, *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales* 16 (2018): 1-16, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754589.pdf>.

De esta revisión teórico-normativa y jurisprudencial se puede colegir que tanto el desarrollo de la ciencia penitenciaria, la norma y la realidad social están contrapuestos; sobre todo la norma que promete garantía y respeto de los derechos humanos; sin embargo, la realidad muestra que el discurso jurídico no se compadece con el problema social en las cárceles.

De la revisión teórica se colige que la ciencia penitenciaria inicia sus primeros pasos con la privación de la libertad como pena con el aporte de los modelos norteamericanos y los europeos que han influido en el sistema penitenciario ecuatoriano.

En ese sentido, esta investigación explora el ámbito histórico, conceptual y normativo del sistema penitenciario para reflexionar de forma particular sobre la crisis carcelaria en Ecuador. La base de la investigación busca responder a la interrogante: ¿por qué no se soluciona la crisis carcelaria en Ecuador?

## **SISTEMA PENITENCIARIO. GENERALIDADES**

### **CONCEPTUALIZACIÓN**

Sistema penitenciario (SP) es el “conjunto de principios fundamentales que informan sobre la privación de la libertad en el ordenamiento jurídico”;<sup>4</sup> es decir, el SP es un todo que incluye normas y medidas para una convivencia ordenada y pacífica en prisión. SP es un concepto multidisciplinar que se sustenta en la sociología, psicología, criminología, antropología, pedagogía, materia sanitaria, etc.<sup>5</sup> También, SP se utiliza para referirse a los diferentes modelos o métodos adoptados para la regeneración del delincuente durante su estancia en prisión.<sup>6</sup>

- 
4. Abel Téllez Aguilera, “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 52, n.º 1 (1999): 323-38.
  5. Ricardo Mata y Martín, *Fundamentos del sistema penitenciario* (Madrid: Editorial Tecnos, 2016), 109.
  6. Sergio Cámara Arroyo, “Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: Perspectiva supranacional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXII (2019), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7059260>.

Asimismo, prisión, cárcel, presidio, centro de reclusión, reclusorio, penitenciaria, centro penitenciario, centros de rehabilitación (CR) o centro de privación de libertad (CPL) son términos comunes para referirse al establecimiento o espacios físicos de privación de libertad (PL). Es una parte del conjunto organizado que abarca el derecho penal.<sup>7</sup>

En definitiva, el SP comprende el funcionamiento de las prisiones, planificación, administración, infraestructura, régimen disciplinario, asistencia social, tratamiento de rehabilitación, asistencia sanitaria y la norma que lo regula.

## EVOLUCIÓN

En sus orígenes, las prisiones eran espacios rudimentarios e improvisados que se utilizaban para el encierro preventivo hasta la realización del enjuiciamiento y la condena; las penas que se imponían eran: pena de muerte, tortura, esclavitud, con afectación de bienes jurídicos preciados como la vida, integridad física, patrimonio y honra.<sup>8</sup>

Entre el siglo XVIII y XIX se institucionaliza la pena privativa de libertad (pena PL). En este sentido, el aporte de dos grandes precursores sentaron las bases del SP, John Howard y Jeremy Bentham por sus iniciativas para organizar, administrar, normar y dar un trato humano al prisionero.<sup>9</sup>

Ante el trato inhumano y precario de los encarcelados, Howard en su obra “El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales”<sup>10</sup> propuso: infraestructura apropiada, limpieza e higiene, asistencia sanitaria y condiciones de salubridad adecuados, trabajo y aprendizaje de un oficio, separación por categorías, instrucción moral y religiosa, supresión del derecho de carcelaje, etc.;<sup>11</sup> es decir, se aprecia el ideal humanitario que inspiró la evolución del SP.

- 
7. Louk Hulsman, “Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario” (conferencia en el marco del programa UBA XXII: Universidad en la Cárcel, en el Centro Universitario de Devoto, Buenos Aires, 2007), <https://bit.ly/3jLL9H3>.
  8. Montserrat López Melero, “Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V* (2012): 426, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/03/doctrina35620.pdf>.
  9. Rodríguez-Magariños, “Introducción. Historia de las prisiones”.
  10. John Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 171.
  11. Felipe Caro, “John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII”, *EGUZHILORE* 27 (2013): 39-59, <https://bit.ly/32zzNP8>.

Bentham es el creador del “Panóptico” y la arquitectura penitenciaria tendiente a preservar la seguridad, el control, la vigilancia y la disciplina en las prisiones. Frente al panorama desorganizado del SP de su época, propone diseñar una infraestructura adecuada y una gestión penitenciaria eficiente. Bentham tuvo una visión organizadora de la administración de prisiones para evitar el hacinamiento, violencia y contagio tanto de enfermedades como de conductas criminales entre prisioneros.<sup>12</sup> Su pensamiento ayudó a solucionar problemas de gestión, estructurales, salubres, de confinamiento, económicos, prácticos y de comunicación.<sup>13</sup>

También los filósofos de la ilustración hicieron sus aportes trascendentes ante la inconformidad con el poder, que abusaba disponiendo de la libertad y la vida de las personas consideradas delincuentes. La ilustración germinó las bases legales del SP con la aparición en Europa de pensadores críticos como Montesquieu, Voltaire y Beccaría.

Montesquieu planteó la necesidad de una ley que limite la autoridad del poder público y sus abusos, pues consideró que la tortura era inconcebible para las naciones civilizadas.<sup>14</sup> En su obra *El espíritu de las leyes* destacó la constitución de tribunales para garantizar en el proceso penal, los bienes, el honor y la vida de los ciudadanos.<sup>15</sup>

Voltaire en el *Tratado sobre la tolerancia* criticó que los jueces actuaban influenciados por la ideología y el fanatismo religioso, sin observar el más mínimo sentido de humanidad en los juicios que condenaron a padecer tortura y muerte a los condenados. Los juzgadores actuaban de forma subjetiva montando una coartada verosímil en la investigación y ejecución del condenado.<sup>16</sup>

---

12. Pablo Beytía Reyes, “El panóptico de Bentham y la instrumentalización de los derechos humanos”, *Universitas Philosophica*, vol. 34 (2017): 188, <http://www.scielo.org.co/pdf/unph/v34n68/0120-5323-unph-34-68-00173.pdf>.

13. José Fernando Valencia Grajales y Mayda Soraya Marin Galeano, “El panóptico más allá de vigilar y castigar”, *Revista Kavilando*, vol. 9 (2017): 512, <https://bit.ly/3h5aSIk>.

14. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, tomo I, trad. Siro García del Mazo (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), 13, [https://biblioteca.cordoba.es/BibDigital/OCR/1877\\_comentario\\_espiritu\\_leyes\\_montesquieu\\_ocr.pdf](https://biblioteca.cordoba.es/BibDigital/OCR/1877_comentario_espiritu_leyes_montesquieu_ocr.pdf).

15. *Ibid.*, 111.

16. Voltaire, *Tratado sobre la tolerancia*, trad. Mauro Armiño (Madrid, 1998), <https://ministerio-deeducacion.gob.do/docs/biblioteca-virtual/R2hF-voltaire-tratado-sobre-la-toleranciapdf.pdf>.

Beccaria en *De los delitos y de las penas* cuestionó la ejecución de la pena cuando dijo: “Hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos del hombre, y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.<sup>17</sup> Beccaria sostenía que el fin político de la pena no podía ser el terror de los hombres ejercido por una tiranía a través de la tortura y el sacrificio humano. Él planteó soluciones más humanas, propuso garantías y principios basados en la legalidad, prevención del delito, proporcionalidad, presunción de inocencia, celeridad y finalidad de la pena.<sup>18</sup>

Con la influencia del pensamiento de la ilustración se vislumbró un nuevo panorama penitenciario basado en la pena PL como consecuencia jurídica del delito y trajo consigo la reorientación de la política criminal, se reorganizó la ejecución de la pena, aislamiento del condenado, seguridad y encauzamiento basado en la contemplación de garantías para el recluso.<sup>19</sup>

La pena PL pasa de castigar el cuerpo a una justicia más sutil y más fina, para buscar “la transformación del alma y la conducta”,<sup>20</sup> lo cual se constituye en una nueva visión de la ejecución penal que respeta la vida del condenado y busca acondicionar los espacios carcelarios para ofrecer ambientes adecuados que respondan al nuevo fin de la pena, la resocialización.

## **LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, EL GRAN INVENTO SOCIAL**

El escenario concebido como el “gran invento social”<sup>21</sup> está acompañado de un nuevo modelo político controlado por un Estado moderno que promete hacerse cargo de la organización del SP con finalidad reeducadora y resocializadora. Así, la PL se transforma en una pena universal, con la expectativa de que sea más eficaz, más justa y con “grados de intensidad suficientes para apartar

---

17. Cesare Beccaria, *Tratados de los delitos y las penas* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 24, <https://bit.ly/2YPmuJs>.

18. *Ibid.*

19. María del Puerto Solar Calvo, *El sistema penitenciario español en la encrucijada* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019).

20. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 12.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Siglo XXI Editores, 1987), 127.

21. Rodríguez-Magariños, “Introducción. Historia de las prisiones”, 18.

al hombre del delito”,<sup>22</sup> lo cual resulta aceptable porque “además de no ser tan cruel como la pena de muerte o las corporales, sirve para corregir”.<sup>23</sup>

En adelante, la ley penal contempla garantías para un juicio justo, dejando en el pasado “el poder punitivo autoritario” acostumbrado a juzgar de forma subjetiva y ensañarse con la vida del condenado.<sup>24</sup>

## EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS PENITENCIARIOS

Con la pena PL surgen modelos penitenciarios, como el filadélfico o pensilvánico, auburniano en Estados Unidos y el sistema progresivo y sistema de individualización científica en Europa, entre los más importantes.

El sistema filadélfico consistía en el “encierro en celda” durante el día y la noche, sin comunicación alguna y con la lectura de la *Biblia* como único instrumento para la reflexión y enmienda. El resultado fue la afectación a la salud física y mental por las condiciones de aislamiento absoluto, tomando en cuenta que el ser humano es un “ser social” que necesita relacionarse con su entorno.<sup>25</sup>

El sistema auburniano combinó el trabajo diurno en un ambiente de silencio absoluto, aislamiento individual nocturno para evitar el contagio criminal e incomunicación con el exterior. La obediencia y la disciplina fueron las reglas cuya inobservancia implicaba el castigo con látigo (gato de las nueve colas).<sup>26</sup>

El sistema progresivo se sustenta en la motivación del penado, la separación en grados o regímenes y la disminución de la intensidad de la pena según la conducta, el trabajo y la participación en el tratamiento.<sup>27</sup> La progresividad se inicia con el aislamiento en régimen cerrado, diagnóstico y clasificación del

---

22. Beccaria, *Tratados de los delitos y las penas*, 43.

23. Vicenta Cervalló Donderis, *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 96.

24. Foucault, *Vigilar y castigar*; Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglo XVI-XIX)* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010).

25. Herlinda Enríquez Rubio Hernández, “La prisión. Reseña histórica y conceptual”, *Ciencia Jurídica*, n.º 2 (2012): 11-28.

26. Luis González Alvo, “Una aproximación a los orígenes de la administración penitenciaria federal (1890-1912)”, *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, vol. 17 (2017): 1-25, <https://www.anuarioiha.fahce.unlp.edu.ar/article/view/IHAe041>.

27. Carlos Mir Puig, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 4.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Atelier-Libros Jurídicos, 2018), 31.



reo; en la siguiente etapa se propicia el trabajo y el sometimiento a un plan de rehabilitación y culmina con la semilibertad y libertad condicional.<sup>28</sup>

Finalmente, el sistema de individualización científica se basa en el tratamiento penitenciario individualizado y en el principio de flexibilidad. Observa la personalidad del penado y la duración de la pena, se puede acceder incluso al tercer grado (régimen semiabierto), sin pasar por el cerrado y semiabierto. El tratamiento penitenciario se convierte en el centro de gravedad de este sistema,<sup>29</sup> previa observación del penado, de su personalidad, su peligrosidad y de la duración de la pena.<sup>30</sup>

## EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

### EVOLUCIÓN

El origen de la prisión ecuatoriana data del siglo XVIII, con la creación de la cárcel de la Real Audiencia de Quito, la de Santa Martha y aquellos espacios de fábricas de tabaco utilizados como cárceles en Guayaquil; y fábricas de pólvora en Latacunga. En 1884 existen indicios de la utilización de criterios científicos para la construcción del Penal García Moreno en Quito, bajo el modelo panóptico.<sup>31</sup>

En 1906 se adoptó el sistema filadélfico con encierro permanente. En 1915 se utilizó el sistema auburniano con el trabajo común durante el día en silencio absoluto y el aislamiento individual nocturno.<sup>32</sup>

---

28. Rodríguez-Magariños, “Introducción. Historia de las prisiones”.

29. Enrique Sanz Delgado, “Antecedentes normativos del sistema de individualización científica”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXIII (2020); Daniel Fernández Bermejo, “Del sistema progresivo a la individualización científica 1978-1979”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 72, n.º 1 (2019): 483-519, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2019-10048300519](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2019-10048300519).

30. Mir Puig, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 34.

31. Nina Valenzuela de la Torre, “La rehabilitación social en el Ecuador y en el contexto del Código de Ejecución de Penas” (tesis doctoral, Universidad Internacional SEK, 2007).

32. Carolina Larco Chacón, “Historia de las prisiones en Ecuador (1874-1980)”, en *Historia de las prisiones sudamericanas. Entre experiencias locales e historia comparada (siglos XIX y XX)*, eds. José Daniel Cesano, Jorge Núñez y Luis González Alvo, 283-332 (Tucumán: Editorial Humanitas, 2019), <https://www.revistadeprisiones.com/wp-content/uploads/2020/02/2019.-Historia-prisiones-sudamericanas.pdf>.

En 1946 se creó la colonia penal en las islas Galápagos, con el famoso muro de las lágrimas y el tanque de combustible construido para la tortura de los encarcelados.<sup>33</sup>

En 1982 con el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (CEPRS)<sup>34</sup> se institucionaliza el sistema progresivo importado desde Europa que prevé un conjunto de acciones técnico-administrativas que le permiten al condenado ascender o descender en el sistema progresivo.

## EL SISTEMA PROGRESIVO ECUATORIANO (SPE)

Desde 2008, con la nueva Constitución de la República del Ecuador (CRE)<sup>35</sup> se establece que la finalidad del SPE es la rehabilitación integral, garantía de derechos y la reinserción del condenado. Por tanto, se entiende que el Estado está obligado a crear el ambiente y los estímulos que ayuden al condenado a reeducarse para devolverle a la sociedad un individuo rehabilitado. En los centros de rehabilitación (ahora centros de privación de libertad, CPL) se prevé un programa de rehabilitación que tiene como ejes: educación, enseñanza de un oficio, terapias de salud mental y física.<sup>36</sup>

A partir de 2014 entra en vigor el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que confirma el SPE para la rehabilitación a través del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (SNRS).<sup>37</sup> En este contexto, el SPE se rige bajo la teoría de la prevención general como finalidad de la pena.<sup>38</sup>

El Servicio Nacional de Atención Integral a personas adultas privadas de libertad y adolescentes infractores (SNAI) se encarga de la ejecución de las medidas cautelares privativas y no privativas de libertad, la ejecución de la pena de prisión con los programas de rehabilitación y reinserción, el apremio

---

33. Valenzuela de la Torre, *La rehabilitación social en el Ecuador y en el contexto del Código de Ejecución de Penas*, 12.

34. Ecuador, *Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social*, Registro Oficial 282, 9 de julio de 1982, art. 13.

35. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 201.

36. Ecuador, *Constitución de la República*, art. 203.

37. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero 2014, art. 695.

38. Ecuador, *COIP*, art. 52.

por pensiones alimenticias, entre las más importantes,<sup>39</sup> mientras que el juez de garantías penitenciarias como autoridad jurisdiccional controla, supervisa y vela por la protección de los derechos de los reclusos que están bajo la custodia del SNAI.<sup>40</sup>

## CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD (CPL)

Según la norma penal,<sup>41</sup> hay dos tipos de edificaciones: Centros de privación Provisional de la Libertad (CPPL) para ejecutar las medidas cautelares y Centros de Rehabilitación Social (CRS) para el cumplimiento de la pena. Las condiciones materiales de la infraestructura comprenden básicamente: cama, colchón, luz natural y artificial, ventilación, condiciones adecuadas de higiene y privacidad; en general, espacios adecuados con criterios de accesibilidad al medio físico para el tratamiento integral, dotación de agua potable y manejo de desechos.<sup>42</sup>

De esta manera, se podría decir que la legislación penal ecuatoriana observa los estándares internacionales (Reglas Mandela) en el SPE; sin embargo, la realidad de las prisiones es otra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Defensoría del Pueblo coinciden en observar que las construcciones son vetustas, en su mayoría presentan deterioro en pisos, techos y paredes; y otros detalles, tales como: inadecuadas condiciones sanitarias, falta de ventilación e iluminación en celdas, inadecuada gestión de desechos, humedad, fugas de agua, agua potable insuficiente, falta de mantenimiento de la infraestructura, etc.<sup>43</sup>

Al respecto, las tendencias actuales de la arquitectura penitenciaria en torno a la rehabilitación consideran que los CPL deben intentar “neutralizar o al

39. Ecuador, *Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social*, Registro Oficial EE-958, 30 de julio de 2020, Resolución n.º SNAI-SNAI-2020-0031-R, art. 2.

40. Ecuador, *COIP*, art. 666.

41. Ecuador, *COIP*, art. 688; Ecuador, *RSNRS*, art. 22.

42. Ecuador, *RSNRS*, arts. 30-32.

43. CIDH, “Personas Privadas de Libertad en Ecuador” (Washington D. C., 2022), [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador\\_VF.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf); Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Informe Anual 2018”, 2019, <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpemnpt/2020/informe-anual-mnpt-2018.pdf>; Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Informe Anual 2019”, 2020; Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Informe Anual 2020” (Quito, 2021), <https://acortar.link/vz4SDe>.

menos minimizar” los efectos contraproducentes del encierro. Es decir, sus construcciones deben proyectarse como si fueran edificios públicos, parques, museos o bibliotecas, y no como “lugar siniestro, triste, apagado o vetusto”.<sup>44</sup>

## SEPARACIÓN Y CLASIFICACIÓN

En el discurso normativo ecuatoriano se prevé la separación y ubicación de los detenidos en el momento en ingresan en una prisión considerando: la condición jurídica del interno, sexo, edad, nivel de seguridad, tipo de infracción, necesidad de protección, delito flagrante, mujeres en estado de gestación o con hijos de hasta treinta y seis meses de edad.<sup>45</sup>

Sin embargo, la realidad carcelaria es contradictoria con la promesa normativa, pues los informes de los órganos de control evidencian que no se aplica la separación y clasificación, lo que ha sido el detonante de la extrema violencia y contagio de enfermedades. La clasificación actual sería improvisada y según la organización delictiva a la que pertenecen los PPL.<sup>46</sup>

Al respecto, la doctrina sugiere que para la separación se observe: personalidad del recluso, historial individualizado, familiar, social y delictivo; además de la duración de la pena, y del medio al que probablemente retornará.<sup>47</sup>

## TRATAMIENTO DE REHABILITACIÓN

El tratamiento de rehabilitación toma en cuenta la voluntad del condenado. El condenado puede participar en ejes del ámbito laboral, educacional, cultural, deportivo, de salud y vínculo social y familiar con la finalidad de desarrollar habilidades, competencias y destrezas que le permitan una convivencia pacífi-

---

44. Alejo García Basalo, “La arquitectura penitenciaria de cuarta generación. ¿Pueden ser más humanas las prisiones?”, *Revista de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 3 (2018): 1-23, <https://docplayer.es/181351392-La-arquitectura-penitenciaria-de-cuarta-generacion-pueden-ser-mas-humanas-las-prisiones.html>; Manuel Ruiz-Morales, “La arquitectura penitenciaria como representación del castigo. Las maneras de comprender la pena de prisión en la historia”, *Revista de Política Criminal*, vol. 15 (2020): 406-51, <https://n9.cl/vzmmi>.

45. Ecuador, *RSNRS*, arts. 24-25.

46. CIDH, “Personas Privadas de Libertad en Ecuador”; Defensoría del Pueblo, “Informe Anual 2020”.

47. Mir Puig, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 120.

ca durante su estancia en prisión, la rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad, COIP, art. 622.2 y RSNRS, arts. 176-179.

Al respecto, la CIDH evidencia obstáculos para ejecutar los ejes del tratamiento, tales como: falta de acompañamiento personalizado, falta de un sistema para registrar el avance en el cumplimiento de los ejes, falta de presupuesto y materiales para la diversificación de las actividades de rehabilitación, falta de personal especializado y falta de cupos para que los PPL puedan acogerse a la rehabilitación.<sup>48</sup>

Según la doctrina, el tratamiento es la “columna vertebral”<sup>49</sup> del SP si se toma en cuenta el ideal resocializador de la pena. En este sentido, la eficiencia en el tratamiento depende de un equipo técnico especializado conformado por jurista, psicólogo, pedagogo, criminólogo, sociólogo, médico, enfermero, maestro de taller, educador, trabajador social y de los métodos utilizados en programas especializados para el tratamiento de drogodependientes, de condenados por delitos sexuales y por violencia contra la vida.<sup>50</sup>

Nótese que el equipo técnico, según la norma ecuatoriana, no cuenta con un criminólogo para que evalúe aspectos subjetivos, objetivos, históricos y actuales, sobre frustraciones, arrepentimientos, historias de la infancia, disfuncionalidad familiar, abusos sexuales, conductas violentas, carencia de planes para el futuro, alteraciones del estado emocional por conflictos intrapenitenciarios, ideas suicidas, exposición contaminadora; aspectos que permitirían observar y evaluar lo que el condenado trajo a la prisión y lo que la prisión ha producido en él.

## RÉGIMEN PENITENCIARIO

El régimen, los niveles de seguridad y el tratamiento están estrictamente vinculados; así, el condenado permanece en el régimen cerrado hasta cumplir con el 60% de la pena; luego de lo cual pasa al régimen semiabierto. No obs-

---

48. CIDH, “Personas Privadas de Libertad en Ecuador”; DPE, “Informe Anual 2020”.

49. Mir Puig, *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 109.

50. Julio Fernández García et al., *Manual de Derecho Penitenciario* (Madrid: Editorial COLEX/Univesidad de Salamanca, 2001), 341.

tante, puede cambiar de nivel de seguridad de máxima a media una vez que haya cumplido el 20 % de la pena impuesta.<sup>51</sup>

Avanzar al régimen abierto significa que el condenado está habilitado para convivir en su entorno social y familiar y que ha superado los ejes del tratamiento de rehabilitación; y para acceder a este régimen se debe cumplir con el 80 % de la pena y los demás requisitos (RSNRS, arts. 269-280). El incumplimiento de requisitos para el régimen semiabierto y abierto acarrea la regresividad para volver al régimen cerrado.

Nótese, sin embargo, que de conformidad con lo dispuesto en el COIP, arts. 698 y 699, no pueden acceder a los regímenes semiabierto y abierto las PPL condenadas por delitos de: asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte, graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario; y quienes se haya fugado o intentado fugarse.<sup>52</sup>

En dichas excepciones, la normativa ecuatoriana cae en una flagrante violación de la esencia del sistema penitenciario progresivo cuando niega a los presos que han cometido los delitos antes mencionados, a avanzar al régimen semiabierto y abierto, pues deben cumplir la condena sin salir de la prisión. Y lo más grave, pone en inminente riesgo la reeducación y resocialización por las “nefastas consecuencias de la prisionización”.<sup>53</sup> Las excepciones del COIP exponen e intensifican el riesgo de desocialización y dificultan la integración y reinserción.<sup>54</sup>

---

51. Ecuador, *RSNRS*, arts. 232-268.

52. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

53. Rosa Gallardo, “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”, *Anuario Da Faculdade de Direito Da Universidade Da Coruña* 20, n.º 0 (2016): 150, [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/21742/AD\\_2016\\_20\\_art\\_7.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/21742/AD_2016_20_art_7.pdf?sequence=3&isAllowed=y).

54. Mir Puig, *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 121-2.

Hasta aquí, es innegable que en la práctica el desarrollo normativo se ha quedado en meras declaraciones de buenas intenciones; pues la dinámica carcelaria gira en un círculo vicioso, rodeado de hacinamiento, insalubridad, violencia, autogobierno del crimen organizado apoderado de las cárceles, corrupción, infraestructura vetusta y condiciones precarias de vida al interior de las prisiones y una subcultura carcelaria sin precedentes.<sup>55</sup>

En definitiva, el problema en el mal llamado SNRS, lejos de disminuir, cada vez empeora, obligando al gobierno a declarar estados de excepción desde el año 2007, 2011, 2019, 2020 y 2021 y 2023<sup>56</sup> por la grave conmoción interna y calamidad pública observada en los diferentes centros penitenciarios, sin lograr una solución definitiva, pese a las medidas drásticas para recuperar el orden y el control con refuerzos policiales y militares, restricción de derechos pero sin un plan estratégico, ni una asignación presupuestaria suficiente.

## REFLEXIONES FINALES

Del recorrido histórico, doctrinario y normativo se colige que a pesar de que la PL se percibe como la pena más benigna, su aplicación ha traído consigo sufrimiento y daños en la salud, más que rehabilitación, por el aislamiento en condiciones infrahumanas.

Muñoz Conde considera que aunque se aprecie una innovación en esta nueva forma de sancionar, la trayectoria de la pena PL está acompañada de una constante crisis en su aplicación, con un ambiente “totalmente desprovisto de las mínimas condiciones de respeto a la dignidad humana que hoy se pretende en los sistemas civilizados”.<sup>57</sup> La ausencia de condiciones sanitarias, hacinamiento, violencia y trato degradante han provocado desaliento y efectos nocivos para la salud de los penados, todo lo cual se constituye en un absoluto anacronismo.

---

55. CIDH, “Personas Privadas de Libertad en Ecuador” (Washington D.C., 2022), [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador\\_VF.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf); CIDH, “Informe Anual 2020”, 2021, <https://bit.ly/3wXwT7p>; Defensoría del Pueblo del Ecuador, “Informe Anual 2019”, 2020; Defensoría del Pueblo de Ecuador, “Informe Anual 2020” (Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2021), <https://acortar.link/vz4SDe>.

56. DPE y MNPT, 2021, 25.

57. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 508.

En este contexto, parecería que en Ecuador existe un sistema de castigo penal puro que incapacita y aniquila al delincuente, que sin duda no logra re-educar; al contrario, lo más seguro es la reincidencia; sobre todo, cuando se niega la progresividad a quienes han cometido delito según los arts. 698 y 699 del COIP, que son sometidos al régimen cerrado por el tiempo que dura la pena, en total vulneración del art. 52 del mismo COIP que establece que “en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales”; lo que consecuentemente ha llevado al sistema penal ecuatoriano al “terror penal”.<sup>58</sup> Es evidente que no se ha superado el pasado vergonzoso, que ha sacrificado la vida, la libertad y la integridad, a lo que se suma, los escasos programas de resocialización.

Según el panorama analizado, el SPE no tiene luz al final del túnel, pues la dinámica bajo la cual se gestiona ha obedecido a un populismo punitivo manejado por políticos que buscan complacer a un electorado ávido de seguridad y control del crimen; se ha reformado la ley penal incrementando el catálogo de delitos, endureciendo las penas, a lo que se suma el uso indiscriminado de la prisión preventiva y la falta de voluntad del Estado para asumir su rol de garante.<sup>59</sup> Sin dejar de lado que el SPE está dirigido y administrado por militares o policías de alto rango, notándose una falta de personal especializado y de carrera penitenciaria.

Siendo la crisis carcelaria un problema estructural en el que han coincidido la CIDH y la Corte Constitucional, se necesita “más Estado y menos tarima política”.<sup>60</sup> Esto implica recuperar el control y volver a los principios y finalidad de la pena (rehabilitar y resocializar), y adoptar criterios científicos para tomar decisiones. En concreto se sugiere:

- a) Reducir la población carcelaria utilizando los beneficios penitenciarios y el indulto para la excarcelación de personas condenadas por delitos de bagatela y aquellos cometidos sin violencia (microtráfico, robos de menor cuantía, apremio por pensión alimenticia, etc.) y con fines humanitarios para liberar condenados que padecen enfermedades terminales.,

---

58. Fernández García et al., 2001, 29.

59. Defensoría del Pueblo, “Informe Anual 2020”; CIDH, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, 2011, <https://bit.ly/3wY3PLt>.

60. DPE, “Desafíos institucionales para garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad”, *Revista Institucional Defensa y Justicia*, 2021, 11, <https://bit.ly/3GW7yNc>.



- b) Realizar reformas a la norma penal para reducir el plazo de la caducidad de la prisión preventiva, despenalizar conductas que no representan peligrosidad ni riesgo para la sociedad (apremio por pensiones alimenticias, infracciones de tránsito, microtráfico, etc.).
- c) Utilizar medidas sustitutivas a la prisión preventiva según lo previsto en la CRE y el COIP para lo cual se requiere mayor capacitación, socialización y concienciación a los operadores de justicia.
- d) Mejorar la infraestructura existente reparando los daños causados por los motines para ofrecer un entorno saludable con acceso a servicios básicos según los estándares internacionales para el tratamiento de los reclusos.
- e) Fortalecer la institucionalidad del SNAI asignando el presupuesto suficiente y el personal especializado necesario, de acuerdo con el volumen de la gestión penitenciaria.
- f) Automatizar de forma innovadora y amigable los registros e historial de los reclusos (proceso y tratamiento de rehabilitación, entre otros trámites), de manera que puedan ser consultados y seguidos por autoridades penitenciarias, judiciales y defensores.
- g) En fin, realizar un trabajo coordinado entre las instancias estatales para llevar a cabo una política criminal integral y social para devolver la dignidad a los grupos sociales marginados que han sido reclutados por el crimen organizado debido al abandono por parte del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, Cesare. *Tratados de los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. <https://bit.ly/2YPmuJs>.
- Beytía Reyes, Pablo. “El panóptico de Bentham y la instrumentalización de los derechos humanos”. *Universitas Philosophica*, vol. 34 (2017): 173. <http://www.scielo.org.co/pdf/unph/v34n68/0120-5323-unph-34-68-00173.pdf>.
- Cámara Arroyo, Sergio. “Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LXXII* (2019). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7059260>.
- Caro, Felipe. “John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII”. *EGUZHILORE 27* (2013): 39-59. <https://bit.ly/32zzNP8>.
- Cervalló Donderis, Vicenta. *Derecho penitenciario*. 4.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 2020”, 2020. <https://bit.ly/3wXwT7p>.
- . “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, 2011. <https://bit.ly/3wY3PLt>.
- . “Personas privadas de libertad en Ecuador”. Washington D.C., 2022. <https://bit.ly/3MyCiWZ>.
- DPE, Defensoría Pública del Ecuador. “Desafíos institucionales para garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad”. *Revista Institucional Defensa y Justicia*, 2021. <https://bit.ly/3GW7yNc>.
- DPE, Defensoría del Pueblo de Ecuador, y Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de Ecuador, MNPT. “Informe Anual 2020”. Quito: Defensoría del Pueblo de Ecuador. 2021. <https://acortar.link/vz4SDe>.
- . “Informe Anual 2018”. 2019. <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpemnpt/2020/informe-anual-mnpt-2018.pdf>.
- . “Informe Anual 2019”, 2020.
- Ecuador. *Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social*. Registro Oficial 282, 9 de julio de 1982.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014 § (n.d.). [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec).
- . *Constitución de la República del Ecuador* (n.d.).
- . *Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social*. Registro Oficial EE-958, 30 de julio de 2020, Resolución n.º SNAI-SNAI-2020-0031-R § (n.d.).
- Enríquez Rubio Hernández, Herlinda. “La prisión. Reseña histórica y conceptual”. *Ciencia Jurídica*, n.º 2 (2012): 11-28.
- Fernández Bermejo, Daniel. “Del sistema progresivo a la individualización científica: la elaboración de la ley general penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979. En el derecho penitenciario”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 72, n.º 1 (2019): 483-519. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2019-10048300519](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2019-10048300519).
- Fernández García, Julio, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Laura Zúñiga Rodríguez. *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid: Editorial COLEX/Universidad de Salamanca, 2001.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 12.ª ed. Bogotá: Siglo XXI Editores, 1987.
- Gallardo García, Rosa M. “Los programas y actividades del tratamiento penitenciario: la necesaria adaptación de la norma”. *Anuario Da Faculdade de Direito Da Universidade Da Coruña* 20, n.º 0 (2016): 139-60. <https://doi.org/10.17979/afdu-dc.2016.20.0.1918>.

- García Basalo, Alejo. “La arquitectura penitenciaria de cuarta generación. ¿Pueden ser más humanas las prisiones?”. *Revista de Estudios Penales y de la Seguridad* 3 (2018): 1-23. <https://docplayer.es/181351392-La-arquitectura-penitenciaria-de-cuarta-generacion-pueden-ser-mas-humanas-las-prisiones.html>.
- González Alvo, Luis. “Una aproximación a los orígenes de la administración penitenciaria federal. Las ‘comisiones de Cárceles’ y el proyecto de reformas de Claros y Muratgia (1890-1912)”. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, vol. 17 (2017): 1-25. <https://doi.org/https://doi.org/10.24215/2314257Xe041>.
- Howard, John. *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica/Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Hulsman, Louk. “Abolicionismo penal y deslegitimación del sistema carcelario”. Conferencia en el marco del Programa UBA XXII: Universidad en la Cárcel, en el Centro Universitario de Devoto, Buenos Aires, 2007. <https://bit.ly/3jLL9H3>.
- Larco Chacón, Carolina. “Historia de las prisiones en Ecuador (1874-1980)”. En *Historia de las prisiones sudamericanas. Entre experiencias locales e historia comparada (siglos XIX y XX)*, editado por José Daniel Cesano, Jorge Núñez y Luis González Alvo, 283-332. Tucumán: Editorial Humanitas, 2019. <https://www.revistadeprisiones.com/wp-content/uploads/2020/02/2019.-Historia-prisiones-sudamericanas.pdf>.
- López Melero, Montserrat. “Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal”. *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V* (2012): 401-48. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/03/doctrina35620.pdf>.
- Mata y Martín, Ricardo. *Fundamentos del sistema penitenciario*. Madrid: Editorial Tecnos, 2016.
- Matthews, Roger. “Una propuesta realista de reforma para las prisiones de Latinoamérica”. *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management* 6, n.º 12 (diciembre 2011): 296-338.
- Melossi, Darío, y Massimo Pavarini. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglo XVI-XIX)*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2010.
- Mir Puig, Carlos. *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 4.ª ed. Barcelona: Atelier-Libros Jurídicos, 2018.
- Miranda, María Jesús, e Ignacio González Sánchez. “Academia, cárcel y relaciones de poder. Entrevista con M<sup>a</sup> Jesús Miranda”. *Encrucijadas-Revista Crítica de Ciencias Sociales* 16 (2018): 1-16. <https://bit.ly/3v8BBka>.
- Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. T. I., editado por Siro. Traducido por García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906. [https://biblioteca.cordoba.es/BibDigital/OCR/1877\\_comentario\\_espiritu\\_leyes\\_montesquieu\\_ocr.pdf](https://biblioteca.cordoba.es/BibDigital/OCR/1877_comentario_espiritu_leyes_montesquieu_ocr.pdf).
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- Ordóñez Chará, William. “Crisis en los sistemas penitenciarios: Derechos humanos, hacinamiento y desafíos de las políticas criminales. Una aproximación desde la producción bibliográfica”. *Revista Estudios de Derecho*, n.º 78 (2021): 117-38. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/343073>.
- Rodríguez-Magariños, Faustino. “Introducción. Historia de las prisiones”. En *La historia de las penas: de Hammurabi a la cárcel electrónica*. 2014. [https://www.academia.edu/6328663/INTRODUCCI%C3%93N\\_HISTORIA\\_DE\\_LAS\\_PRISIONES](https://www.academia.edu/6328663/INTRODUCCI%C3%93N_HISTORIA_DE_LAS_PRISIONES).
- Ruiz-Morales, Manuel. “La arquitectura penitenciaria como representación del castigo. Las maneras de comprender la pena de prisión en la historia”. *Revista de Política Criminal*, vol. 15 (2020): 406-51. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.26>.
- Sanz Delgado, Enrique. “Antecedentes normativos del sistema de individualización científica”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LXXIII* (2020).
- Solar Calvo, María del Puerto. *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- Téllez Aguilera, Abel. “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 52, n.º 1 (1999): 323-38.
- Valencia Grajales, José Fernando, y Mayda Soraya Marin Galeano. “El panóptico más allá de vigilar y castigar”. *Revista Kavilando*, vol. 9 (2017): 511-30. <https://bit.ly/3h5aSlk>.
- Valenzuela de la Torre, Nina. *La rehabilitación social en el Ecuador, y en el contexto del Código de Ejecución de Penas*. Quito, 2007. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/282/1/La%20rehabilitaci%C3%B3n%20social%20en%20el%20Ecuador%2C%20y%20en%20el%20contexto%20del%20c%C3%B3digo%20de%20ejecuci%C3%B3n%20de%20penas.pdf>.
- Voltaire. *Tratado sobre la tolerancia*. Traducido por Mauro Armiño. Madrid, 1998. <https://ministeriodeeducacion.gob.do/docs/biblioteca-virtual/R2hF-voltaire-tratado-sobre-la-toleranciapdf.pdf>.

## Traslados: la distancia y el olvido de los otros

*Transfers: Distance and Forgetfulness of the Others*

**Luis Hernán Altamirano Espinosa**

*Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

Quito, Ecuador

lhaltamirano7@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-6473-0226>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.8>

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 14 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

En el presente artículo se plantea exponer la difícil situación legal de la privación de libertad y los traslados a distintos centros de privación de libertad. Para ello, es necesario verificar las teorías de la pena que nuestro ordenamiento jurídico pretende seguir, lo que permitirá saber las razones de la normativa expedida en materia de garantías penitenciarias. Así también, conocer el estado normativo de los traslados y su relación inmediata con el hábeas corpus. Camino que se pretende seguir entre la supuesta desnaturalización de garantías jurisdiccionales y la ausencia de un control judicial. De igual forma, plantear la relación que existe sobre los traslados y otros conflictos carcelarios como el hacinamiento, la violencia, la falta de personal penitenciario y que tiene incidencia en varios derechos constitucionales como la unidad familiar, derecho a la defensa, entre otros. Finalmente, se buscan posibles salidas a la problemática que acarrear los traslados de personas privadas de libertad, de manera especial sobre la contradicción entre el art. 668.2 del Código Orgánico Integral Penal que impide realizar traslados a través de una garantía jurisdiccional y la sentencia de la Corte Constitucional n.º 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad) que habilita la posibilidad de realizarlo en casos de afectación al derecho a la integridad personal.

**PALABRAS CLAVE:** traslados, control judicial, hábeas corpus, derecho a la unidad familiar, debido proceso, distancia, integridad personal, reforma legal.

## ABSTRACT

I plan to expose the difficult legal situation of deprivation of liberty and transfers to different deprivation of liberty centers. To do this, it is necessary to verify the theories of punishment that our legal system intends to follow, which will allow us to know the reasons for the regulations issued regarding penitentiary guarantees. Likewise, know the regulatory status of transfers and their immediate relationship with habeas corpus. The path that is intended to be followed between the supposed denaturalization of jurisdictional guarantees and the absence of judicial control. Likewise, raise the relationship that exists on transfers and other prison conflicts such as overcrowding, violence and lack of prison staff and that has an impact on several constitutional rights such as family unity, the right to defense, among others. Finally, possible solutions are sought to the problems caused by the transfers of people deprived of liberty, especially on the contradiction between article 668.2 of the COIP that prevents transfers through a jurisdictional guarantee and the sentence of the Court Constitutional n.º

365-18-JH/21 and accumulated (Personal integrity of persons deprived of liberty) that enables the possibility of carrying it out in cases of impact on the right to personal integrity.

KEYWORDS: transfers, judicial control, habeas corpus, right to family unity, due process, distance, personal integrity, legal reform.

FORO

“¿Puede alguien imaginarse la tortura de sentirse muerto entre los vivos en la espera cotidiana del despertar de la justicia, diariamente aplazada?”.

Émile Zola<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

La grave crisis carcelaria que el Ecuador viene atravesando en los últimos años podría deberse a la confusión de cuál es la teoría de la pena constitucional y convencionalmente válida para un Estado constitucional de derechos y justicia. Coexisten varias problemáticas que no pueden ser tratadas de manera aislada, como si no se tratara de un problema sistemático y generalizado.

En este caso, he planteado analizar quiénes son los que sufren la cárcel y qué padecimientos están viviendo. De manera puntual, acerca de los traslados de las personas detenidas que existen —en muchos casos inmotivados y sin control judicial— a varios centros de privación de libertad.

Cuando un traslado se produce de manera injustificada, sin un análisis técnico adecuado y sin realizar una ponderación de los derechos conexos a la privación de libertad, puede derivar en vulneraciones a derechos constitucionales como el distanciamiento familiar y la defensa técnica, que merecen ser reparados.

De igual forma, la deficiente regulación jurídica que existe para controlar judicialmente los traslados no son mecanismos idóneos y oportunos para evitar vulnerar derechos. Incluso existiendo reglas contradictorias entre la juris-

1. Émile Zola, *Yo acuso: el caso Dreyfus* (Quito: Consejo de la Judicatura, 2014), 166.

prudencia constitucional y la normativa legal y que resulta necesario expresar posibles salidas jurídicas para que exista un verdadero control judicial ante la existencia de los traslados, pues estos tienen relación directa con otros problemas como el hacinamiento y la violencia carcelaria.

## LA CÁRCEL: ¿QUIENES LA SUFREN?

¿Cómo creemos que debe ser una sanción penal y cómo realmente es? ¿Quiénes realmente están encerrados? Son unas de las interrogaciones que trataremos de dar respuesta a continuación.

Si nos preguntamos acerca de la teoría de la pena en nuestro país, no vamos a encontrar una sola respuesta de cómo se entiende la pena y cómo se aplica la pena, es decir, el deber ser y el ser de la pena, y en gran parte por la poca credibilidad en el sistema judicial, de forma especial en la justicia penal.<sup>2</sup>

Las *teorías absolutistas* consideran la importancia de un castigo ante el simple cometimiento del delito, sin que exista un fin utilitarista, es una exigencia absoluta de justicia.<sup>3</sup> Las *teorías de la prevención* tienen un fin utilitarista, con una finalidad de protección comunitaria.<sup>4</sup> La *prevención general positiva* consiste en la confianza de la sociedad en el sistema social.<sup>5</sup> La *prevención general negativa* es la amenaza de una pena para evitar que comenten un delito.<sup>6</sup> La *prevención especial negativa* opera sobre el infractor para neutralizarlo y que no vuelva a cometer una infracción, es decir, mantenerlo alejado de la sociedad. La *prevención especial positiva* busca aplicar las conocidas teorías *re* (resocialización, reinserción y reeducación). Por tanto, las teorías de la prevención especial se concentran en el infractor, mientras que las teorías de la prevención general lo hacen respecto a toda la sociedad.<sup>7</sup>

- 
2. Luis Hernán Altamirano, “La prevención general negativa implantada en la realidad penitenciaria y la aplicación retroactiva desfavorable de la norma penal”, *Revista Defensa y Justicia*, n.º 43 (2021): 17.
  3. Santiago Mir Puig, *Estado, pena y delito* (Montevideo: BdeF, 2006), 102.
  4. Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado* (Lima: ARA Editores, 2014), 447.
  5. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 42.
  6. Bernardo Feijoó Sánchez, *Retribución y prevención general* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 128.
  7. Altamirano, “La prevención general negativa implantada en la realidad penitenciaria y la aplicación retroactiva desfavorable de la norma penal”, 17.



La Constitución de la República del Ecuador, en su art. 201, 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”.<sup>8</sup>

De igual forma, el bloque de constitucionalidad obliga a tomar en cuenta en serio a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que sobre el derecho a la integridad personal se encuentra que: “[L]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.<sup>9</sup>

Estas son las normas que deben ser los pilares del ordenamiento jurídico infraconstitucional, por tanto, la finalidad de las penas debe encasillarse en una teoría de la prevención especial positiva —estemos o no de acuerdo con ella—.

Si bien el art. 1 del Código Orgánico Integral Penal se plantea como uno de los fines del sistema penal la rehabilitación social,<sup>10</sup> se puede observar una flagrante contradicción cuando en su art. 52<sup>11</sup> se indica que la finalidad de la pena es la prevención general. Si se refiere a la positiva o negativa, es necesario plantearse que se refiere a la pena, por tanto, se consideraría que es la negativa, es decir, la intención de amenazar con una pena a quienes cometan una infracción penal.

Esto estaría en franca contradicción con la norma constitucional, pero en plena coherencia con aquellas reformas legales que son acordes a un populismo penal, como el incremento penal o el impedimento de acceder a beneficios penitenciarios, lo que permite también entender la realidad de los otros.

La aplicación del derecho penal quizá resulta el más discriminatorio de todos, donde es muy fácil ver la división entre los buenos y los malos o del nosotros y los otros. A veces esos tratos diferenciados son sutiles, como cuando en lugar de delitos hablamos de desviaciones, esto trasciende al tipo penal en

---

8. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 201.

9. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 5, núm. 6, [bit.ly/3yWqLj8](https://bit.ly/3yWqLj8).

10. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 1.

11. *Ibid.*, art. 52.

sí, para enfocarnos en el quién es el desviado, generalmente señalado por un grupo de personas a otro grupo,<sup>12</sup> que resulta ser un marginado o un *outsiders*. Si entramos a una cárcel podemos observar que quienes están encerrados son los marginados, por lo general, personas jóvenes de escasos recursos. Esto porque se encasillan o etiquetan en un estigma, que se enmarcan en una ideología para explicar la inferioridad y considerar el peligro que podrían representar,<sup>13</sup> así construimos al *otro*, al *excluido*, al encerrado, donde toda actividad jurídica o social resulta injustamente sospechosa para quienes formamos un *nosotros*.

En el derecho penal se lo conoce como *enemigo*, porque el poder punitivo siempre discriminó a ciertas personas dotándoles de un derecho penal que no brindaba un trato humano y, por tanto, se les ha negado las más mínimas garantías,<sup>14</sup> donde se limitan sus herramientas jurídicas para exigir sus derechos o simplemente existe un silencio cómplice donde la política pública más compatible con el populismo punitivo es el de *matar o dejar matar*, reflejo del propósito de causar el mayor dolor posible al que padece el encierro,<sup>15</sup> quien además deberá padecer un *sufrimiento humillante*.<sup>16</sup> Como lo indica Foucault, “el derecho a castigar sería un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos”.<sup>17</sup>

## **SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRASLADOS CARCELARIOS: DEL ABUSO DE GARANTÍAS PENITENCIARIAS A LA AUSENCIA DEL CONTROL JUDICIAL**

En los últimos meses mucho se ha hablado de desnaturalizar las garantías jurisdiccionales.<sup>18</sup> La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales “cons-

- 
12. Howard Becker, *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, 4.ª ed. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), 17.
  13. Erving Goffman, *Estigma: la identidad deteriorada*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Amorrortu, 2015), 17.
  14. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 17.
  15. Jorge Vicente Paladines, *Matar o dejar matar. Las masacres carcelarias y la (des)estructuración social del Ecuador* (Quito: El Siglo Editores, 2023), 55.
  16. Massimo Pavarini, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad* (Quito: FLACSO Ecuador, 2009), 96.
  17. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018), 59.
  18. Estas pueden ser acción de protección, *habeas corpus*, *habeas data*, acción de acceso a

tituye un manifiesto abuso y un fraude a la confianza que la Constitución depositó en los juzgadores como vehículos para la garantía jurisdiccional de los derechos”.<sup>19</sup>

¿Realmente han existido casos de desnaturalización de garantías jurisdiccionales en el contexto de los traslados de personas privadas de libertad? En la jurisprudencia ecuatoriana no existe alguna sentencia que así lo haya resuelto, más allá de casos excepcionales que podrían ser controversiales y habrá que esperar el pronunciamiento de la justicia constitucional.

El hábeas corpus es la garantía jurisdiccional por excelencia que precautela los derechos a la libertad de las personas privadas de ella y sus derechos conexos que pueden violentarse. Incluso, como mecanismo de reparación integral en dicha garantía puede —o podía—<sup>20</sup> ordenarse el traslado, como en el caso de afectación a la integridad física.<sup>21</sup>

Sin embargo, interponer garantías jurisdiccionales ajenas al hábeas corpus, como puede ser la acción de protección o medidas cautelares autónomas, o peor aún desatendiendo las reglas de la competencia, sin duda, podría encasillarse en una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales, y casos como ellos hay algunos, pero pienso que son la excepción.

El Código Orgánico Integral Penal indica en el art. 668 y 668.2 que se podrá apelar la decisión de un traslado ordenada o negada por el Organismo Técnico ante el juez de garantías penitenciarias en los siguientes casos: 1. cercanía familiar; 2. padecimiento de enfermedad catastrófica, que implique peligro para su vida o incapacidad permanente; 3. necesidad de tratamiento psiquiátrico, previa evaluación técnica de un perito; 4. seguridad de la persona privada de libertad o del centro; y, 5. condiciones de hacinamiento en el centro.<sup>22</sup> En caso

---

la información pública, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 88-94.

19. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Sentencia n.º 2231-22-JP/23*, 7 de junio de 2023, núm. 63.
20. A partir de la última reforma legal en el año 2023, se prohíbe el traslado a personas privadas de libertad a través de acciones constitucionales. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 668.2.
21. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados (integridad personal de personas privadas de libertad)*, 24 de marzo de 2021, núm. 299.3.
22. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, arts. 668 y 668.2.

de negativa podrá recurrir ante el superior. En el caso de personas procesadas no podrán apelar por acercamiento familiar.

Es decir, la decisión del traslado es administrativa no judicial, y cuando no es técnica la decisión o vulnera derechos, en muchos casos pueden ser detonantes de más violencia carcelaria<sup>23</sup> y donde los grupos delictivos pueden cooptar a otras personas detenidas.<sup>24</sup> Esto se agrava con la sobrepoblación carcelaria que hay en el país.<sup>25</sup> Elías Carranza<sup>26</sup> establece que se debe relacionar la densidad penitenciaria para conocer la existencia o no de sobrepoblación y hacinamiento, es decir, la capacidad de tener detenidos en un centro y el número de personas que se encuentran efectivamente privados de libertad en él, para lo cual debe aplicarse una fórmula: número de personas privadas de libertad/número de capacidad del centro X 100. En gran cantidad de cárceles sobrepasa dicho valor a la fecha de las masacres carcelarias. Por ejemplo:<sup>27</sup>

- CPL Guayas n.º 1 = 128,53.
- CPL Guayas n.º 5 = 223,11.
- CPL Tungurahua n.º 1 = 181,90.
- CPL Esmeraldas n.º 2 = 135,85.
- CPL Santo Domingo n.º 1 = 186,43.
- CPL Los Ríos n.º 1 = 222,22.
- CPL Morona Santiago n.º 1 = 156,70.
- CPL El Oro n.º 1 = 201,26.
- CPPL Pichincha n.º 1 = 140,48.

A esto se suma la falta de personal penitenciario<sup>28</sup> y administrativo, que en muchos casos tiene una mezcla de funciones ejecutivas, legislativas y judicia-

23. Plan V, “Ola de violencia por traslados de presos de la Penitenciaría del Litoral”, *Plan V*, 1 de noviembre de 2022, [bit.ly/4bW5QuY](https://bit.ly/4bW5QuY).

24. “Los traslados de presos lo que hacen, como si fuese un corazón que expulsa sangre, es irrigar el problema de las pandillas en el resto de las cárceles, sostiene el analista Luis Córdova”, *El Universo*, 4 de noviembre de 2022, [bit.ly/3KDDxW9](https://bit.ly/3KDDxW9).

25. Mario Alexis González, “En el 58 % de las cárceles de Ecuador persiste el hacinamiento”, *Primicias*, 13 de agosto de 2022, [bit.ly/3Xf4kQ7](https://bit.ly/3Xf4kQ7).

26. Elías Carranza, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012): 32-3.

27. SNAI, “Estadísticas 2022”, *SNAI*, accedido 27 de diciembre de 2023, [bit.ly/4bTvaSx](https://bit.ly/4bTvaSx).

28. Xavier Letamendi, “Cárceles tienen déficit de casi 70 % de guías penitenciarios”, *Primicias*, 6 de agosto de 2020, [bit.ly/3VdaiOW](https://bit.ly/3VdaiOW).

les —como en las sanciones— y tienen un rango distintivo de la dominación total,<sup>29</sup> lo que ahonda la problemática carcelaria.

Solo su apelación podrá ser conocida por un juez de garantías penitenciarias del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad. No está claro si la persona sentenciada podrá apelar a la decisión jurisdiccional, con lo que se limita el derecho a impugnar.

De igual forma, se considera un limitante arbitrario el que las personas procesadas privadas de libertad no puedan solicitar un traslado por acercamiento familiar. Esta regla se entiende desde el punto de vista que dentro del proceso penal es importante que se mantenga cerca de la autoridad investigadora y su defensa, y que por lo general es donde se encuentra privado de libertad. Sin embargo, una prohibición total podría acarrear la vulneración de otros derechos como a la unidad o integridad familiar, más aún cuando los medios tecnológicos pueden facilitar las tareas investigativas sin necesidad de tener la presencia de la persona privada de libertad en un lugar determinado. Incluso, esto podría ser plausible durante el tiempo de la instrucción fiscal, pero el proceso dura más allá de dicha etapa, y cuando ya no se requiera realizar actividades investigativas, se desvanecerían las finalidades de esta regla.

Había manifestado que existen varios derechos en juego. El derecho relacionado al traslado por motivo de acercamiento familiar permite evidenciar que el Estado está obligado a garantizar el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar y proteger contra injerencias arbitrarias o ilegales en la familia.<sup>30</sup>

Así también, se podría decir que la injerencia más lesiva contra la familiar es la separación de sus integrantes, más si se encuentran involucrados niñas, niños y adolescentes.<sup>31</sup> La protección a la familia debe ser responsabilidad del Estado y la sociedad, y es necesario fortalecer el desarrollo, contacto y la armonía familiar, debiendo existir protección especial contra injerencias arbitrarias con respecto a

---

29. Gresham Sykes, *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017), 94-5.

30. Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párr. 188, bit.ly/3VqGkHw.

31. Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López y otros vs. Argentina*, 25 de noviembre de 2019, párr. 99, bit.ly/4bUbU7c.

su familia,<sup>32</sup> siendo la más severa injerencia la separación familiar, con una carga adicional de gravedad si esto afecta a niñas, niños y adolescentes.<sup>33</sup>

Por tanto, resulta necesario adoptar medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto real y directo entre la persona privada de libertad y su familia.<sup>34</sup>

Esta afectación se repite cuando se aplican de forma arbitraria los traslados, a consecuencia de una sanción disciplinaria o para discriminar a las personas privadas de libertad o sus familias,<sup>35</sup> sin una motivación bajo el respeto a un debido proceso.

En cuanto a estos traslados, las personas privadas de libertad se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad, pudiendo sufrir con más regularidad violaciones a varios derechos humanos.<sup>36</sup>

También existen afectaciones cuando se producen traslados distantes e injustificados. Otro derecho vulnerado es la *prohibición de que ninguna sanción trascienda de la persona sancionada*.<sup>37</sup> Si bien el Código Orgánico Integral Penal establece que este régimen de visitas fortalecerá o restablecerá las relaciones familiares y sociales,<sup>38</sup> sin que exista limitación alguna, en la práctica las visitas son suprimidas por este distanciamiento usual al que se somete a las personas privadas de libertad e incluso por disposición de las autoridades por el cometimiento de una infracción, a pesar de que la norma tampoco lo contemple como sanción,<sup>39</sup> lo cual va en contra de una de las finalidades de la pena como

---

32. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 71, [bit.ly/4egrqvW](https://bit.ly/4egrqvW).

33. Corte IDH, “Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 9 de marzo de 2018, párr. 165, [bit.ly/3VBCwV3](https://bit.ly/3VBCwV3).

34. Corte IDH, “Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 29 de mayo de 2014, párr. 407, <https://bit.ly/3S6u3pL>.

35. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas*, adoptadas durante la 131.º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio IX, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26.

36. Corte IDH, *Caso López y otros vs. Argentina*, párr. 182.

37. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 5, núm. 3.

38. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 713.

39. *Ibíd.*, art. 725.

es la “reinserción social”,<sup>40</sup> lo cual es imposible de lograrlo si es separado de su familia y la comunidad, afectando a la *finalidad de la readaptación social*.<sup>41</sup>

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las *garantías judiciales* no abarcan solo la protección en relación a los recursos, sino a todo el conjunto de requisitos que deben observarse en las distintas instancias procesales, con la finalidad de que las personas puedan defenderse ante cualquier acto estatal que pueda afectar sus derechos.<sup>42</sup>

Dentro de esas debidas garantías se encuentran el de someterse a la legalidad, es decir, si existe alguna medida que restrinja los derechos de una persona, esta debe estar prevista en una norma legal, y deberá ser suficientemente clara para no dejar abierta la posibilidad de que existan arbitrariedades, más aún, cuando son medidas que ponen en riesgo la integridad personal y la protección familiar, debiendo permitir que exista un verdadero límite al poder estatal.

No existe claridad en la disposición que regula los traslados, al utilizarse términos indeterminados, como en el caso de procedencia por razones de seguridad de la persona privada de libertad o del centro.

Tampoco se contempla la posibilidad de realizar traslados por sanciones disciplinarias, sin embargo, en la práctica se lo realizan, pero sin que existan procedimientos disciplinarios, y sin fundamentación alguna, por lo que, en el fondo, se trata de decisiones que encierran *castigos informales*; esto sucede cuando consideran que el hecho de cumplir la mayoría de edad hace presumir una culpabilidad con criterios preventivos peligrosistas, pues ni siquiera han ocurrido hechos ilícitos.

En la disposición legal sobre traslados se establece que la persona privada de libertad puede impugnar esta decisión ante el juzgador, esto en la práctica es de escasa aplicación porque no existe notificación previa a la persona sentenciada, sus familiares o su defensor público o privado, pues, en el mejor de los casos, notifica el traslado al juzgador, pero mucho tiempo después de haberse realizado el traslado, es decir, existiría un control judicial solo posterior.

Otro efecto producido en el traslado a un centro distante es no poder contactar a su defensor de forma adecuada y con tiempo necesario,<sup>43</sup> ya que podría

---

40. *Ibid.*, art. 673.4.

41. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 5, núm. 3.

42. Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López y otros vs. Argentina*, párr. 116.

43. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, núm. 7, lit. b).

suceder que no se vuelva a tener una comunicación libre y privada,<sup>44</sup> por lo que la persona privada de libertad se verá abandonado también en su derecho a la defensa.

Tanto los traslados injustificados como la negativa de realizar los mismos causan una inevitable distancia y olvido de las personas privadas de libertad, y estas situaciones son muy recurrentes en el sistema carcelario de nuestro país.

## ¿QUÉ HACER?

Para evitar la vulneración de derechos en el contexto de los traslados de personas privadas de libertad se requieren de salidas normativas y judiciales.

La Corte Constitucional ha dado un primer paso —todavía insuficiente— en cuanto ha seleccionado casos<sup>45</sup> derivados de hábeas corpus en que las personas privadas de libertad han sido trasladadas a distintos centros de privación de libertad y su relación al derecho a la integridad personal desde la consideración al derecho a la unidad familiar y el derecho a una defensa técnica adecuada y oportuna, toda vez que no existe agilidad en la causa y no hay resolución.

Sin duda, la falta de un control judicial previo al traslado que deja en sede administrativa el trasladar o no a una persona privada de libertad afecta a las garantías del debido proceso, y de forma especial los derechos constitucionales que se encuentran en juego, como el derecho a la integridad física, derecho a la unidad familiar, entre otros. Por tanto, se requiere una reforma legal urgente en ese sentido. Los traslados no pueden ser tratados desde la clandestinidad o la reserva; la persona privada de libertad tiene el derecho a conocer los motivos de su traslado o la negativa a su solicitud, y recurrir a una protección judicial no solo para impugnar sino para que exista un control judicial estricto.

Esto va de la mano de la necesidad de que no se prohíba accionar un hábeas corpus para evitar un traslado y solicitar uno cuando existe un grave riesgo a la integridad física. Por supuesto que estoy de acuerdo que aquello no es posible a través de otras garantías jurisdiccionales, pues sería desnaturalizar a las mismas.

---

44. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 8, núm. 2, lit. d).

45. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Auto de selección de caso”, en *Caso n.º 355-21-JH*, 22 de abril de 2022, núm. 5.



Desde el ámbito judicial, se pueden y deben poner en marcha dos posibles soluciones. La primera, realizar de forma oportuna un control judicial, aunque sea posterior de acuerdo a la legislación, y ponderar derechos que se encuentran en riesgo en el caso en concreto.

Así también, se podría realizar una consulta de norma constitucional<sup>46</sup> sobre el art. 668.2, último inciso del Código Orgánico Integral Penal, que impide que a través de hábeas corpus pueda trasladarse o evitar su traslado, tomando en cuenta que mediante la sentencia de la Corte Constitucional n.º 365-18-JH/21 y acumulados (integridad personal de personas privadas de libertad), núm. 299.3 —anterior a la reforma— contempla la posibilidad de que sí se pueda trasladar cuando existe afectación al derecho a la integridad personal.

Por lo tanto, esos traslados no solo pueden afectar al derecho a la integridad personal, sino también ese alejamiento injustificado provoca la afectación de varios derechos en la relación del privado de libertad con su familia, en cuanto la separación de ellos no solo impide un contacto con el mundo exterior, sino en que se cumpla de manera adecuada una reinserción familiar y social y resulte ser presa fácil para los grupos delincuenciales que operan desde las cárceles y fuera de ellas.

Quizá, la única manera de aminorar esos efectos lesivos en la privación de la libertad de las personas privadas de libertad sea incentivar un contacto frecuente y de calidad con su familia y la comunidad e involucrarlos en actividades compartidas y en espacios distintos al encierro; en algunos casos, esa sería una opción válida para devolver el tiempo perdido producido por una selectividad penal criminalizante que tarde o temprano trata a los presos como un objeto del proceso y nunca más como sujeto de derechos.

Todas las vulneraciones a los derechos expuestos en esta investigación han sido causadas al final por un olvido —normativo y judicial— por dar un trato diferente al *otro*, al *excluido*. Como dice Eduardo Galeano, que este olvido nunca más sea el “olvido justificado por el poder como precio de la paz fundada en la aceptación de la injusticia como normalidad cotidiana con una prohibición implícita de recordar”.<sup>47</sup>

---

46. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 142.

47. Eduardo Galeano, *Patás arriba: la escuela del mundo al revés* (Madrid: Siglo XXI Editores, 1998), 163.

Es necesario mirarnos en el *otro* y (re)construir un *nosotros* para conocer los males que causa la privación de libertad y tener un sistema de justicia penitenciaria acorde a un sistema garantista que brinde un justo equilibrio entre el sistema penal y los derechos.<sup>48</sup>

Se debe buscar en los *otros* una forma de intervención de visibilidad para que cada vida sea duelable, como dice Judith Butler, es decir, digna de su propia existencia, sin estar sometida a la violencia injustificada o al abandono sistemático.<sup>49</sup>

Esta investigación es apenas un fragmento dentro del universo de arbitrariedades del que está plagado el sistema penal, y espero que estas páginas sean de aquellas que quemen las manos para que en el futuro se escriba en toda su extensión, como medio revolucionario para que acelere la explosión de la verdad y la justicia.<sup>50</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano, Luis Hernán. “La prevención general negativa implantada en la realidad penitenciaria y la aplicación retroactiva desfavorable de la norma penal”. *Revista Defensa y Justicia*, n.º 43 (2021): 15-22.
- Becker, Howard. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. 4.ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.
- Butler, Judith. *La fuerza de la no violencia*. Bogotá: Planeta, 2020.
- Carranza, Elías. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?”. *Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012): 31-66.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Adoptadas durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26.
- Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. [bit.ly/4egrqvW](https://bit.ly/4egrqvW).

---

48. Carlos Uriarte. *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006), 28-30.

49. Judith Butler, *La fuerza de la no violencia* (Bogotá: Planeta, 2020), 233.

50. Zola, *Yo acuso. El caso Dreyfus*, 114 y 124.

- . “Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. 24 de noviembre de 2009. [bit.ly/3VqGkHw](https://bit.ly/3VqGkHw).
- . “Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile)*. 29 de mayo de 2014. <https://bit.ly/3S6u3pL>.
- . “Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. 9 de marzo de 2018. [bit.ly/3VBCwV3](https://bit.ly/3VBCwV3).
- . “Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso López y otros vs. Argentina*. 25 de noviembre de 2019. [bit.ly/4bUbU7c](https://bit.ly/4bUbU7c).
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Auto de selección de caso”. *Caso n.º 355-21-JH*. 22 de abril de 2022.
- . “Sentencia”. En *Sentencia n.º 365-18-JH/21 y acumulados (integridad personal de personas privadas de libertad)*. 24 de marzo de 2021.
- . “Sentencia”. En *Sentencia n.º 2231-22-JP/23*. 7 de junio de 2023.
- El Universo, “Los traslados de presos lo que hacen, como si fuese un corazón que expulsa sangre, es irrigar el problema de las pandillas en el resto de las cárceles, sostiene el analista Luis Córdova”. *El Universo*. 4 de noviembre de 2022. [bit.ly/3KDDxW9](https://bit.ly/3KDDxW9).
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.
- Galeano, Eduardo. *Patatas arriba: la escuela del mundo al revés*. Madrid: Siglo XXI Editores, 1998.
- García Falconí, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: ARA Editores, 2014.
- Goffman, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. 2.ª ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2015.
- González, Mario Alexis. “En el 58 % de las cárceles de Ecuador persiste el hacinamiento”. *Primicias*. 13 de agosto de 2022. [bit.ly/3Xf4kQ7](https://bit.ly/3Xf4kQ7).

- Letamendi, Xavier. “Cárceles tienen déficit de casi 70 % de guías penitenciarios”. *Primericias*. 6 de agosto de 2020. [bit.ly/3VdaiOW](https://bit.ly/3VdaiOW).
- Mir Puig, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo: BdeF, 2006.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. [bit.ly/3yWqLj8](https://bit.ly/3yWqLj8).
- Paladines, Jorge Vicente. *Matar o dejar matar. Las masacres carcelarias y la (des) estructuración social del Ecuador*. Quito: El Siglo, 2023.
- Plan V. “Ola de violencia por traslados de presos de la Penitenciaría del Litoral”. *Plan V*. 1 de noviembre de 2022. [bit.ly/4bW5QuY](https://bit.ly/4bW5QuY).
- Pavarini, Massimo. *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: FLACSO Ecuador, 2009.
- SNAI. “Estadísticas 2022”. *SNAI*. Accedido 27 de diciembre de 2023. [bit.ly/4bTvaSx](https://bit.ly/4bTvaSx).
- Sykes, Gresham. *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017.
- Uriarte, Carlos. *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- . *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- Zola, Émile. *Yo acuso. El caso Dreyfus*. Quito: Consejo de la Judicatura, 2014.

# El diálogo social: la participación democrática de los trabajadores en prisión

*Social Dialogue: Democratic Participation of Workers in Prison*

**Juan Pablo Quezada Astudillo**

*Abogado, Universidad Católica de Cuenca*

Cuenca, Ecuador

pabloquezada1997@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0008-1863-1990>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.9>

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 1 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

En el marco de la presente investigación se analiza la relevancia del diálogo social en los establecimientos de privación de la libertad, así como del acceso de las personas privadas de libertad al derecho al trabajo, el cual incluye de manera evidente la oportunidad de desempeñar empleos remunerados. Con el propósito de precisar el diálogo social, resulta indispensable profundizar en las teorías que impulsan y fundamentan el trabajo, tales como las teorías económicas, políticas y sociales. Además, se requiere examinar detenidamente el reconocimiento del diálogo social en los instrumentos internacionales y comprender su alcance con relación a las personas privadas de su libertad que ejercen el derecho al trabajo, a través de una metodología cualitativa y teórica. En definitiva, el objetivo es explorar la participación democrática de las personas privadas de libertad, permitiéndoles acceder a condiciones laborales dignas que resultan fundamentales para lograr una efectiva reinserción en la sociedad. En este sentido, se reflexiona sobre los objetivos de la pena, se resalta la importancia fundamental del trabajo como elemento central para la reintegración social y la participación democrática de las personas privadas de libertad con la promoción del diálogo social para establecer políticas criminales como la creación de contratos de trabajo especiales que a su vez sean beneficiosos, tanto para las personas privadas de libertad como para la sociedad.

**PALABRAS CLAVE:** diálogo social, trabajo remunerado, democracia, personas privadas de libertad, política criminal, rehabilitación social, pena, prisión.

## ABSTRACT

Within the framework of this research, an analysis will be carried out on the relevance of social dialogue in prison establishments, as well as the access of people deprived of liberty to the right to work, which obviously includes the opportunity to perform paid jobs. To specify social dialogue, it is essential to delve deeper into the theories that drive and underpin the work, such as economic, political, and social theory. Furthermore, it is necessary to carefully examine the recognition of social dialogue in the International Instruments and understand its scope in relation to people deprived of their liberty who exercise the right to work, through a qualitative and theoretical methodology. Ultimately, the objective is to promote the democratic participation of people deprived of liberty, allowing them to access decent working conditions that are essential to achieve effective reintegration into society. In this sense, we reflect on the objectives of punishment and highlight the fundamental importance of work as a central

element for the social reintegration and democratic participation of people deprived of liberty with the promotion of social dialogue to establish criminal policies that in turn, may be beneficial both for people deprived of liberty and for society.

KEYWORDS: social dialogue, paid work, democracy, persons deprived of liberty, criminal policy, social rehabilitation, penalty, prison.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Las personas que se encuentran privadas de su libertad, ya sea por una medida cautelar de carácter personal o por una sentencia condenatoria, llevan a cabo actividades laborales que pueden ser consideradas como trabajos informales o como medidas de reinserción social propias del sistema penitenciario.

Por un lado, en la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo que se llevó a cabo el 28 de enero de 1993, se aprobó una resolución sobre las estadísticas del empleo en el sector informal. La resolución define al sector informal como: “Un conjunto de unidades dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios con la finalidad primordial de crear empleos y generar ingresos para las personas que participan en esa actividad”.<sup>1</sup> Este tipo de trabajos se distinguen por la falta de garantías formales propias de los contratos laborales, lo que a menudo los convierte en empleos ocasionales que operan bajo un sistema rudimentario.<sup>2</sup> El sector informal es una importante fuente de empleo que el Estado debe atender con prioridad.

En cuanto al derecho penitenciario, existen actividades que las personas privadas de libertad deben cumplir, dependiendo del objetivo de la pena y del sistema penitenciario adoptado por cada país. Por lo tanto, es importante distinguir si se busca una retribución o una rehabilitación del individuo.

1. Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo” (OIT, 28 de enero de 1993), 2, <https://bit.ly/4axh5cY>.

2. *Ibíd.*

En el sistema de rehabilitación de individuos, uno de los objetivos es la re-socialización. Para lograr este fin, se cuenta con los beneficios penitenciarios, mismos que “son derechos limitados en tanto su otorgamiento está condicionado a evidencias concretas de mejora en el delincuente y de no continuidad en su conducta delincencial”.<sup>3</sup> De esta manera, al cumplir con ciertas condiciones y actividades se puede reducir el tiempo de privación de libertad, así como obtener otros beneficios según la legislación interna de cada país.

Es importante analizar el derecho al trabajo de las personas privadas de libertad y si puede ser limitado. Para ello, es necesario responder a las siguientes preguntas: ¿puede limitarse el derecho al trabajo de las personas privadas de libertad?, ¿las personas en prisión tienen derecho a organizarse?, ¿las personas privadas de libertad gozan de beneficios o derechos laborales?

Para responder las preguntas es necesario establecer una conexión con el diálogo social. Esta institución no solo ayuda a encontrar respuestas, sino que también garantiza y reconoce los derechos constitucionales como el derecho al trabajo, en este caso. Una correcta aplicación del diálogo social puede lograr avances significativos en el ejercicio del derecho al trabajo para las personas privadas de libertad.

Por ende, se identifica el problema principal de la investigación de esta forma: ¿qué tan importante es el diálogo social en las instituciones penitenciarias, particularmente en lo que respecta al acceso al trabajo remunerado para las personas privadas de libertad?

## **APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL DIÁLOGO SOCIAL**

Cuando se habla de diálogo social, se pueden encontrar diferentes conceptos que se utilizan en varios contextos. Sin embargo, para fines de esta investigación, se utilizará la definición de diálogo social desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la democracia y en el entorno laboral, es importante llegar a acuerdos entre grupos de la sociedad que tienen intereses contrapuestos. Antes de tomar una decisión, es recomendable llegar a acuerdos o negociaciones, en la medida de lo

---

3. Margaret Matos Ortega, “¿Beneficios o derechos penitenciarios?”, *Derecho & Sociedad*, n.º 33 (2009): 321.



posible, para asegurarse de tomar la mejor opción en tutela de los derechos fundamentales.

Desde su creación en 1919, la OIT ha adoptado el diálogo social como parte esencial de su misión. Este concepto, establecido por la OIT, es genérico y se considera un principio básico que da origen a la organización.<sup>4</sup>

El diálogo social se puede definir como la intervención de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos en la toma de las decisiones relativas a trabajo.<sup>5</sup> Consecuentemente, “engloba todo tipo de negociaciones, consultas e intercambios de información entre los representantes de esos colectivos acerca de los intereses que albergan respecto de las políticas económica, laboral y social”.<sup>6</sup> En la Declaración de Filadelfia de 1944, en la sección III.e, se desglosa el concepto de diálogo social y se clasifica en negociación, participación en la gestión empresarial y diálogo social, que se refiere a la “Colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas”.<sup>7</sup> En este análisis se abordará este último componente.

El diálogo social es un principio fundamental para cumplir los objetivos y propósitos de la OIT. Tanto en el programa de trabajo decente como en los convenios y recomendaciones suscritos por la OIT se aconseja y prioriza su uso.<sup>8</sup> El diálogo social se basa en la participación activa del Estado como un actor social más, en el cual se busca llegar a acuerdos entre diferentes actores sociales con el objetivo de lograr políticas públicas eficaces y beneficiosas para la sociedad.<sup>9</sup>

Por otro lado, el diálogo social se basa en ciertos presupuestos esenciales, uno de los cuales es la integración que incluye el diálogo social bipartito que

- 
4. Oficina Internacional del Trabajo, *Diálogo social: discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, VI (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013), 5.
  5. *Ibid.*
  6. *Ibid.*
  7. OIT, *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*, 10 de mayo de 1944, sección III.e.
  8. Oficina Internacional del Trabajo, *Diálogo social y tripartismo: discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008*, VI (Ginebra, 2018), 3, <https://bit.ly/3GS56Jx>.
  9. Matías Campoamor, “La participación de los agentes sociales en la formulación de las políticas públicas a través del diálogo social. Una evaluación del caso argentino a través del Consejo Económico y Social de la Ciudad de Buenos Aires” (Universidad de San Andrés, 2019), 31.

involucra a su vez a dos actores sociales, es decir, la interacción entre trabajadores y empleadores. Este proceso se logra mediante la “negociación colectiva u otros tipos de acuerdos, la cooperación, y la prevención y resolución de conflictos”.<sup>10</sup>

De igual forma, existe el diálogo social tripartito en el que participan activamente trabajadores, empleadores y el gobierno. Este tipo de diálogo representa una auténtica aplicación del diálogo social en sentido estricto, ya que a partir de la participación activa de los tres actores sociales surgen políticas económicas, sociales y laborales que promueven los derechos fundamentales de los trabajadores.<sup>11</sup>

El diálogo social es una forma de participación de los actores sociales y se relaciona con la concertación social, misma que “aparece como un mecanismo de adopción tripartita de grandes decisiones relativas a problemas sociales y económicos”.<sup>12</sup> La concertación social tiene como propósito establecer acuerdos entre actores sociales y el gobierno, ejecutándose a través de una participación política.<sup>13</sup> Es decir, el diálogo social representa “un proceso de participación de los interlocutores sociales, mientras que la concertación social alude a los acuerdos o resultados de dicha interacción”.<sup>14</sup> En resumen, el diálogo social es el proceso previo y necesario para alcanzar acuerdos o concertaciones sociales.

El catedrático Martín Valverde afirma que el diálogo social se basa en lo político y social, en lugar de en lo jurídico, e indica que se utiliza de “carácter informal, extra *legem* que generalmente no se encuentra reconocido por el ordenamiento normativo, siendo mayoritariamente precario en su grado de institucionalización”.<sup>15</sup>

---

10. Oficina Internacional del Trabajo, *Diálogo social*, 5.

11. *Ibid.*, 3.

12. María Nieves Moreno Vida, “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* 2, n.º 100 (2009): 552, <https://bit.ly/3RSBkLc>.

13. César Augusto Carballo Mena, *Libro de homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, tomo 1, eds. Rafael Badell Madrid et al. (Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2021), 441.

14. *Ibid.*

15. Martín Valverde, “Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa”, en *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, ed. Federico Durán López (Madrid: CES, 1998), 105.

En definitiva, el diálogo social busca una solución a los intereses en los que hay desacuerdo, asegurando que todas las partes salgan ganando. Es importante tener en cuenta que la OIT utiliza el diálogo social de manera genérica para el trabajo, pero se habla poco o nada sobre las condiciones laborales de las personas privadas de libertad. Por lo tanto, el gobierno debe fomentar el diálogo social como un mecanismo importante en la creación de políticas públicas que reflejen un verdadero consenso para este sector de la sociedad.

## **TEORÍA ECONÓMICA DEL TRABAJO REMUNERADO EN LAS CÁRCELES**

El trabajo remunerado en las cárceles ha sido un tema de gran interés en los últimos años, especialmente debido a la expansión de las políticas de encarcelamiento y la necesidad de encontrar soluciones al hacinamiento y la reincidencia. En esta sección se pretende analizar los fundamentos teóricos del trabajo remunerado en las cárceles, examinando sus implicaciones económicas, sociales y políticas. Para ello, se revisarán varias teorías y enfoques, así como las investigaciones empíricas existentes sobre el tema.

Desde una perspectiva económica, se pueden analizar los trabajos remunerados en las cárceles desde dos enfoques: el primero es la oferta y demanda de trabajo en el mercado laboral, y el segundo es la relación entre los costos y beneficios asociados a la provisión de empleo en prisión.<sup>16</sup> Ambas perspectivas indican que el trabajo remunerado puede tener ventajas, tanto para las personas privadas de libertad como para la sociedad en general.

La teoría económica sugiere que la oferta y la demanda de trabajo en el mercado laboral pueden verse afectadas por el trabajo remunerado en las cárceles. En este sentido, el empleo en prisión puede generar una oferta adicional de mano de obra, lo que podría reducir los salarios en el mercado laboral y mejorar la competitividad de las empresas que contratan a reclusos.<sup>17</sup> Por otro lado, el trabajo remunerado en las cárceles también podría aumentar la demanda de

---

16. Gary S. Becker, *Essays in the economics of crime and punishment* (Nueva York: National Bureau of Economic Research/Columbia University Press, 1974).

17. Richard Freeman, *The economics of crime*, eds. Orley Ashenfelter y David Card (Amsterdam: Elsevier, 1999), <https://bit.ly/483D5e3>.

bienes y servicios, impulsando el crecimiento económico y la generación de empleo.

La provisión de empleo en prisión puede generar costos y beneficios tanto para los reclusos como para la sociedad en su conjunto. Entre los costos se encuentran los gastos de administración y supervisión del trabajo, así como los riesgos de explotación laboral y competencia desleal.<sup>18</sup> Por otro lado, los beneficios incluyen la reducción de la reincidencia, el aumento de la empleabilidad de los reclusos tras su liberación y la reducción de los costos de encarcelamiento.<sup>19</sup>

## TEORÍA SOCIAL DEL TRABAJO REMUNERADO EN LAS CÁRCELES

Desde una perspectiva social, el trabajo remunerado en las cárceles puede considerarse como un mecanismo para reintegrar y rehabilitar a los reclusos. De esta manera, el empleo en prisión puede ayudar a desarrollar habilidades y competencias laborales, así como a fortalecer la autoestima y la identidad social de las personas privadas de su libertad.<sup>20</sup> La rehabilitación y reintegración de las personas privadas de libertad son procesos fundamentales para reducir la reincidencia y mejorar la calidad de vida de las personas que han sido privadas de su libertad. En este sentido, el trabajo remunerado en las cárceles puede ser un instrumento efectivo para promover la adquisición de habilidades laborales y sociales, así como para fomentar la responsabilidad y el compromiso de los reclusos con su proceso de reintegración.<sup>21</sup>

El trabajo en prisión puede brindar a las personas privadas de libertad la oportunidad de adquirir habilidades y competencias laborales que les permitan mejorar su

- 
18. Miriam A. Cherry y Antonio Aloisi, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, *American University Law Review* 66, n.º 3 (2016): 635-89, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2847869>.
  19. Christy A. Visher y Jeremy Travis, “Life on the Outside: Returning Home after Incarceration”, *The Prison Journal* 91, n.º 3\_suppl (septiembre 2011): 102S-119S, <https://doi.org/10.1177/0032885511415228>.
  20. Christopher Uggen, “Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals: A Duration Model of Age, Employment, and Recidivism”, *American Sociological Review* 65, n.º 4 (agosto 2000): 529-46, <https://doi.org/10.2307/2657381>.
  21. Bruce Western, “The Impact of Incarceration on Wage Mobility and Inequality”, *American Sociological Review* 67, n.º 4 (agosto 2002): 526-46, <https://doi.org/10.2307/3088944>.

empleabilidad y sus posibilidades de conseguir trabajo después de su liberación.<sup>22</sup> Estudios empíricos han mostrado que la participación en programas de trabajo remunerado en prisión está asociada con una mayor probabilidad de empleo y con menores tasas de reincidencia.<sup>23</sup> El trabajo remunerado en las cárceles también puede contribuir al fortalecimiento de la autoestima y la identidad social de los reclusos, al proporcionarles un sentido de pertenencia y un propósito en la vida.<sup>24</sup> Además, el trabajo en prisión puede mejorar las relaciones familiares y sociales de los reclusos, al generar ingresos y favorecer la comunicación con sus seres queridos.<sup>25</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, después de llevar a cabo un estudio sobre la situación carcelaria en Ecuador, un país que enfrenta una crisis penitenciaria, ha recomendado en relación a la reinserción social que el Estado garantice que las personas privadas de libertad tengan acceso a oportunidades laborales y así puedan recibir un salario digno y equitativo.<sup>26</sup>

## TEORÍA POLÍTICA DEL TRABAJO REMUNERADO EN LAS CÁRCELES

Desde una perspectiva política, el trabajo remunerado en las cárceles puede considerarse como un medio de control social, así como un mecanismo para redistribuir recursos y poder en la sociedad. Por lo tanto, el empleo en prisión puede tener tanto un propósito punitivo como rehabilitador.<sup>27</sup>

El trabajo remunerado en las cárceles puede ser visto como una forma de control social que permite a las autoridades mantener a los reclusos ocupa-

- 
22. Christy A. Visher, Sara A. Debus-Sherrill y Jennifer Yahner, "Employment After Prison: A Longitudinal Study of Former Prisoners", *Justice Quarterly* 28, n.º 5 (octubre 2011): 698-718, <https://doi.org/10.1080/07418825.2010.535553>.
  23. Grant Duwe y Valerie Clark, "The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment", *The Prison Journal* 94, n.º 4 (diciembre 2014): 454-78, <https://doi.org/10.1177/0032885514548009>.
  24. Ugen, "Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals".
  25. Creasie Finney Hairston, "Family Ties During Imprisonment: Important to Whom and For What?", *The Journal of Sociology & Social Welfare* 18, n.º 1 (marzo 1991): 87-104, <https://doi.org/10.15453/0191-5096.1970>.
  26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad en Ecuador* (2022): 99, <https://bit.ly/3vsPIGk>.
  27. David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 2002), <https://bit.ly/48sWzbG>.

dos y disciplinados, reduciendo la probabilidad de conflictos y disturbios en el interior de las prisiones.<sup>28</sup> Sin embargo, esta visión también puede llevar a prácticas punitivas y explotación laboral de las personas privadas de libertad, especialmente cuando el empleo en prisión se utiliza como un medio de control en lugar de un método de rehabilitación.<sup>29</sup>

El empleo remunerado en las cárceles también puede considerarse como una forma de redistribuir recursos y poder en la sociedad, ya que permite a las personas privadas de libertad generar ingresos y acceder a bienes y servicios a los que de otra manera no tendrían acceso.<sup>30</sup> Desde esta perspectiva, se argumenta que el trabajo dentro de las prisiones puede ayudar a reducir las desigualdades económicas y sociales entre las personas privadas de libertad y el resto de la población. Esto se logra mediante la garantía de un salario justo y la promoción de condiciones laborales dignas.<sup>31</sup>

Por otro lado, surge la pregunta de si el derecho al trabajo puede convertirse en una obligación para las personas privadas de libertad y, de esta manera, se convierta en una política penitenciaria que fomente la productividad en la sociedad. Esta es una medida que se puede implementar, ya que no existe ninguna prohibición que impida el trabajo obligatorio debido a que la Constitución del Ecuador garantiza el trabajo como un derecho y un deber social. De esta manera, las personas privadas de libertad podrían acceder a oportunidades laborales y contribuir al fortalecimiento de la economía del país.<sup>32</sup>

## **PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS TRABAJADORES EN PRISIÓN Y EL FIN DE LA PENA**

La democracia tiene su origen en una teoría política que, como resultado de la evolución, ha adquirido diversas nociones, lo que ha generado una ampliación conceptual. En la práctica, la democracia puede aplicarse en acciones

---

28. *Ibid.*

29. Cherry y Aloisi, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy”.

30. Western, “The Impact of Incarceration on Wage Mobility and Inequality”.

31. Cherry y Aloisi, “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy”.

32. Tony Ray Blum Salazar y Milton Garcia Castro, “El trabajo obligatorio en centros penitenciarios como método de rehabilitación social y de desarrollo productivo de nuestro país”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (marzo 2020): 25, <https://bit.ly/48ATKfx>.

que involucren a la mayoría de la población. La definición que ha dominado a lo largo de la historia se ha sintetizado en la idea de la toma de decisiones para un fin colectivo. Luigi Ferrajoli lo define como: “El conjunto de reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder de asumir decisiones”.<sup>33</sup>

El Estado de derecho democrático es la forma de Estado que mejor funciona actualmente. Si se permitiera que la autocracia tomara el control, el sistema político del Estado se empobrecería y se produciría una significativa regresión en los avances que la sociedad ha logrado hasta ahora.

Norberto Bobbio, uno de los defensores de la democracia moderna, sostiene que la democracia se basa en el principio de igualdad.<sup>34</sup> Según su definición, la democracia es “la forma de gobierno que más que ninguna otra busca corregir, atenuar y hacer menos dolorosas las desigualdades entre los seres humanos”.<sup>35</sup> Sin embargo, aunque varias democracias han implementado leyes y políticas públicas para mejorar la democracia, la desigualdad sigue siendo un problema constante en la sociedad.<sup>36</sup>

Además, la democracia es un sistema en el que el poder político y la igualdad emanan del pueblo. Se clasifica en diferentes tipos de regímenes, pero para fines de estudio es esencial centrarse en los derechos fundamentales y la participación ciudadana. El primer régimen se refiere a la medida en que se respetan las libertades civiles y si la población cuenta con los recursos necesarios para participar activamente en el ámbito político.<sup>37</sup> Por otro lado, la participación implica medir el grado de involucramiento político de la sociedad en varios aspectos, como la participación de la sociedad civil, la participación electoral, la democracia directa y la democracia local.<sup>38</sup>

La participación democrática ha resultado útil para suscribir “arreglos institucionales que tienen por objetivo facilitar la participación de los ciudadanos en el

---

33. Luigi Ferrajoli, “Sobre la definición de ‘democracia’: una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, n.º 19 (2003): 227, <https://bit.ly/48sWqF8>.

34. Corina Yturbe, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007), 61.

35. *Ibid.*, 67.

36. International IDEA, ed., *El estado de la democracia en el mundo 2022: forjar contratos sociales en tiempos de descontento* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance —International IDEA—, 2023), <https://doi.org/10.31752/idea.2023.9>, vii.

37. *Ibid.*, 4.

38. *Ibid.*

proceso de las políticas públicas”.<sup>39</sup> Para la participación ciudadana se requiere que esté dentro del diseño institucional de los órganos de administración del Estado.<sup>40</sup> En otras palabras, no se trata de una actividad improvisada, sino que debe estar establecida previamente en la ley y en los estatutos institucionales.

En 2001, la Organización de Estados Americanos firmó la Carta Democrática Interamericana, la cual establece en su art. 7 que “la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos”.<sup>41</sup> Asimismo, señaló que la “participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad”.<sup>42</sup> En este caso, las personas privadas de libertad emplean la democracia mediante el diálogo social para promover sus derechos laborales.

En consonancia con la propuesta del profesor César Carballo, es importante mantener un sistema político en el que se dé prioridad a la opinión de la mayoría del pueblo, pero sin ignorar los derechos fundamentales.<sup>43</sup> Así, en una perspectiva democrática formal,<sup>44</sup> donde prevalece la decisión de la mayoría, existen límites que son los derechos humanos. En este sentido, no hay ninguna decisión mayoritaria que pueda rechazar o socavar algún derecho.

Sin duda, el diálogo social da lugar al intercambio de criterios entre los actores sociales, ahí se puede indicar las ideas e incorporarlas en las políticas públicas.<sup>45</sup> Por lo tanto, deja de ser un método o instrumento social y político, y pasa a tener un valor cultural propio de la democracia.<sup>46</sup>

---

39. Johanna Speer, “Participatory Governance Reform: A Good Strategy for Increasing Government Responsiveness and Improving Public Services?”, *World Development* 40, n.º 12 (diciembre 2012): 2383, <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2012.05.034>.

40. Patricio Contreras y Egon Montecinos, “Democracia y participación ciudadana: tipología y mecanismos para la implementación”, *Revista de Ciencias Sociales (RCS)* XXV, n.º 2 (junio 2019): 188.

41. Organización de Estados Americanos, *Carta Democrática Interamericana*. 11 de septiembre de 2001, art. 7.

42. *Ibíd.*, art. 6.

43. Carballo Mena, *Libro de homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, tomo 1, 445.

44. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª ed. (Madrid: Trotta, 2004), 23.

45. Carlos Sojo, *Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana*, eds. Nicolás Flaño Calderón y Ada Piazzè (Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2005), 135.

46. Luis Eduardo Díaz, “Democracia y diálogo social”, *Justicia* 21, n.º 30 (junio 2016): 135, <https://doi.org/10.17081/just.21.30.1355>.



En cuanto a las personas privadas de su libertad, ¿participan en el diálogo social? Es evidente que el diálogo social es una parte fundamental de la democracia y contribuye a la realización de los derechos fundamentales. Sin embargo, para determinar si estas personas tienen derecho a la organización, el trabajo y otros aspectos, es necesario analizar el sistema penitenciario de cada país.

Según la teoría económica y social, el trabajo es un medio para lograr una vida digna. Dado que el trabajo es la herramienta fundamental de producción para generar ingresos, entonces surge la pregunta: ¿se puede limitar el derecho al trabajo de las personas privadas de libertad?

Cuando una persona es encarcelada como resultado del sistema penal, se le restringe su derecho a la libertad ambulatoria, ya que esta es precisamente la natural sanción impuesta: la pérdida de libertad. Sin embargo, dependiendo de la legislación interna de cada país, se pueden restringir otros derechos, como el derecho a elegir y ser elegido, el derecho de propiedad, etc. En cuanto a la limitación del derecho al trabajo de una persona privada de libertad, esto depende de la concepción en la que se base la institución de la prisión. Si el objetivo es la rehabilitación y normalización del individuo, el trabajo es un derecho indispensable para lograr este objetivo. Por otro lado, si la finalidad es retributiva y busca castigar el daño causado, la limitación del derecho al trabajo puede ser aceptable.

En el supuesto de que la prisión tenga un fin correccional, es importante garantizar el derecho al trabajo. Esto puede contribuir a prevenir que los familiares o la persona privada de la libertad cometan actos delictivos para obtener dinero de manera ilegal. Además, proporciona oportunidades laborales que pueden ser beneficiosas para la purificación social de la persona y su utilidad para la sociedad. Por lo tanto, el derecho al trabajo deja de ser una mera opción para convertirse en una necesidad prioritaria.

Al realizar el análisis sobre el dualismo de la teoría retributiva y la teoría de la prevención especial, en la primera, la pena no logra reformar al delincuente ni prevenir delitos, simplemente representa sufrimiento, cuya única finalidad es restablecer la sociedad y el sistema legal, afectados por el mal asociado al justiciable.<sup>47</sup> Por otra parte, la teoría de prevención especial puede ser tanto negativa; como positiva, la negativa busca prevenir el delito a través del inter-

---

47. Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal. Parte general*, tomo III: *Teoría de la pena* (Quito: Jurídica Cevallos, 2020), 138.

namiento en una prisión, con ello se aparta de la sociedad y no puede vulnerar nuevamente bienes jurídicos protegidos.<sup>48</sup> La prevención especial positiva, a diferencia de la negativa que pretende alejarlo de la sociedad, busca su rehabilitación y reincorporación en la sociedad, lo cual se logra a través de la rehabilitación, resocialización y reinserción social.<sup>49</sup>

## CONCLUSIÓN

El trabajo remunerado en las cárceles es un tema complejo y multifacético que involucra aspectos económicos, sociales y políticos. En este análisis se han podido observar los fundamentos teóricos del empleo en prisión desde estas tres perspectivas, destacando tanto los beneficios potenciales como los desafíos asociados a esta práctica.

Desde la perspectiva económica, se ha presentado una dicotomía del trabajo remunerado en las cárceles, ya que puede afectar la oferta y demanda de trabajo en el mercado laboral, así como generar beneficios tanto para los reclusos como para la sociedad en general. Desde la perspectiva social, se ha examinado cómo el empleo en prisión puede contribuir al proceso de rehabilitación y reintegración de los reclusos al desarrollar habilidades y competencias laborales, fortaleciendo su autoestima e identidad social. Por último, desde la perspectiva política, se ha discutido cómo el empleo remunerado en las cárceles puede ser utilizado como un instrumento de control social y como un mecanismo de redistribución de recursos, dotando soberanía a la sociedad.

El trabajo remunerado en los centros penitenciarios constituye un ámbito de suma importancia, tanto en el ámbito académico como en el práctico, el cual demanda una mayor atención por parte de los investigadores y los encargados de formular políticas públicas. En vista de que las sociedades siguen confrontando los desafíos asociados al encarcelamiento masivo y a la reincidencia, resulta de vital importancia explorar nuevas estrategias que aborden de manera efectiva estos problemas y fomenten la inclusión social y económica de las personas privadas de libertad.

En un sistema penitenciario que busque la rehabilitación como objetivo principal, el diálogo social es esencial para llegar a acuerdos y mejorar las

---

48. *Ibid.*, 152.

49. *Ibid.*, 156.

condiciones laborales de las personas privadas de libertad. Sin embargo, en un sistema retributivo, el trabajo está limitado y no se puede aplicar el diálogo social como valor cultural de la democracia.

En la teoría de la prevención especial positiva, el trabajo deja de ser un requisito para acceder a los beneficios penitenciarios y se afirma como un derecho fundamental. Por lo tanto, es importante crear un contrato de trabajo especial para las personas privadas de libertad. De esta manera, se puede lograr una rehabilitación y reinserción social efectiva.

Es fundamental fomentar la participación de los trabajadores, en este caso las personas privadas de libertad, así como de los empleadores, ya sean instituciones estatales o empresas privadas, y el gobierno. Así, es responsabilidad del Estado promover el diálogo social. Para ello, es importante que se formen organizaciones o asociaciones que representen a las personas privadas de libertad y que se ejerzan sus derechos de titularidad a la organización, lo que permitirá alcanzar acuerdos sociales efectivos y promover políticas públicas, sociales y económicas de manera conjunta.

## BIBLIOGRAFÍA

- Becker, Gary S. *Essays in the economics of crime and punishment*. Nueva York: National Bureau of Economic Research/Columbia University Press, 1974.
- Blum Salazar, Tony Ray, y Milton García Castro. “El trabajo obligatorio en centros penitenciarios como método de rehabilitación social y de desarrollo productivo de nuestro país”. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales* (marzo 2020): 28. <https://bit.ly/48ATKfx>.
- Campoamor, Matías. “La participación de los agentes sociales en la formulación de las políticas públicas a través del diálogo social. Una evaluación del caso argentino a través del Consejo Económico y Social de la Ciudad de Buenos Aires”. Universidad de San Andrés, 2019.
- Carballo Mena, César Augusto. *Libro de homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, tomo 1, editado por Rafael Badell Madrid, Enrique Iribarren Monteverde, Juan Cristóbal Carmona Borjas y José Antonio Muci Borjas. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- Cherry, Miriam A., y Antonio Aloisi. “‘Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”. *American University Law Review* 66, n.º 3 (2016): 635-89. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2847869>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Personas privadas de libertad en Ecuador*. 2022. <https://bit.ly/3vsPIGk>.

- Contreras, Patricio, y Egon Montecinos. “Democracia y participación ciudadana: tipología y mecanismos para la implementación”. *Revista de Ciencias Sociales (RCS)* XXV, n.º 2 (junio 2019): 178-91.
- Díaz, Luis Eduardo. “Democracia y diálogo social”. *Justicia* 21, n.º 30 (junio 2016): 132-51. <https://doi.org/10.17081/just.21.30.1355>.
- Duwe, Grant, y Valerie Clark. “The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment”. *The Prison Journal* 94, n.º 4 (diciembre 2014): 454-78. <https://doi.org/10.1177/0032885514548009>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4.ª ed. Madrid: Trotta, 2004.
- . “Sobre la definición de ‘democracia’: una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, n.º 19 (2003): 227-41. <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n19/n19a10.pdf>.
- Freeman, Richard. *The economics of crime*, editado por Orley Ashenfelter y David Card. Amsterdam: Elsevier, 1999.
- Garland, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2002.
- Hairston, Creasie Finney. “Family Ties During Imprisonment: Important to Whom and For What?”. *The Journal of Sociology & Social Welfare* 18, n.º 1 (marzo 1991): 87-104. <https://doi.org/10.15453/0191-5096.1970>.
- International IDEA, ed. *El estado de la democracia en el mundo 2022: forjar contratos sociales en tiempos de descontento*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2023. <https://doi.org/10.31752/idea.2023.9>.
- Matos Ortega, Margaret. “¿Beneficios o derechos penitenciarios?”. *Derecho & Sociedad*, n.º 33 (2009): 317-22.
- Moreno Vida, María Nieves. “Diálogo social y concertación en las relaciones laborales de Andalucía”. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* 2, n.º 100 (2009): 551-74. <https://bit.ly/3RSBkLc>.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Diálogo social: discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. VI. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- . *Diálogo social y tripartismo: discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008*. VI. Ginebra, 2018. <https://bit.ly/3GS56Jx>.
- Organización de Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. 11 de septiembre de 2001.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). “Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo”. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT), 28 de enero de 1993. <https://bit.ly/4axh5cY>.

- . *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia)*. 10 de mayo de 1944.
- Rodríguez Moreno, Felipe. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, tomo III: *Teoría de la Pena*. Quito: Jurídica Cevallos, 2020.
- Sojo, Carlos. *Diálogo social en América Latina: un camino hacia la democracia ciudadana*, editado por Nicolás Flaño Calderón y Ada Piazzese. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2005.
- Speer, Johanna. “Participatory Governance Reform: A Good Strategy for Increasing Government Responsiveness and Improving Public Services?”. *World Development* 40, n.º 12 (diciembre 2012): 2379-98. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2012.05.034>.
- Uggen, Christopher. “Work as a Turning Point in the Life Course of Criminals: A Duration Model of Age, Employment, and Recidivism”. *American Sociological Review* 65, n.º 4 (agosto 2000): 529-46. <https://doi.org/10.2307/2657381>.
- Valverde, Martín. “Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa”. En *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, editado por Federico Durán López. Madrid: CES, 1998.
- Visher, Christy A., Sara A. Debus-Sherrill y Jennifer Yahner. “Employment After Prison: A Longitudinal Study of Former Prisoners”. *Justice Quarterly* 28, n.º 5 (octubre 2011): 698-718. <https://doi.org/10.1080/07418825.2010.535553>.
- Visher, Christy A., y Jeremy Travis. “Life on the Outside: Returning Home after Incarceration”. *The Prison Journal* 91, n.º 3\_suppl (septiembre 2011): 102S-119S. <https://doi.org/10.1177/0032885511415228>.
- Western, Bruce. “The Impact of Incarceration on Wage Mobility and Inequality”. *American Sociological Review* 67, n.º 4 (agosto 2002): 526-46. <https://doi.org/10.2307/3088944>.
- Yturbe, Corina. *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.



# LGBTIQ-fobia, una mirada a los delitos de lesa humanidad desde la diversidad sexual

*LGBTIQ-phobia, a Look at Crimes against Humanity from Sexual Diversity*

**Brayan Alexander Chávez Rivera**

*Estudiante del Programa de Derecho, Universidad Cesmag*

Pasto, Colombia

[bachavez.8843@unicesmag.edu.co](mailto:bachavez.8843@unicesmag.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0003-0814-8117>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.10>

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 13 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

La discriminación y las violencias basadas en género dirigidas en contra de la población LGBTIQ+ se han estructurado a través de los años en una sociedad heteronormativa, machista, patriarcal y religiosa, causando así graves violaciones a derechos humanos relacionada a factores de comisión de delitos como el homicidio, feminicidio y la tortura. Algo característico de la comisión de estos actos es la sistematicidad y el factor de diversidad sexual y de género por el cual se realizan, con el fin de adaptar un pensamiento conservador implementado en la sociedad, causando diferentes formas de discriminación, discursos de odio e interseccionalidad que afectan el pleno desarrollo y la garantía de una vida digna para la población LGBTIQ+. Debido a la zozobra generada en la población LGBTIQ+, y sumado a ello el rasgo histórico de esta violencia sistemática, resulta necesario e interesante abordar la perspectiva de los delitos de lesa humanidad desde un análisis de la diversidad sexual como factor indiscutible de que el género y las diversidades sexuales deben contar con una intervención y aplicación de las tipificaciones contempladas en el Estatuto de Roma, buscando que estos instrumentos internacionales se adapten plenamente a realidades sociales presentes, que han causado en la comunidad internacional preocupación y obligaciones para una plena garantía de derechos e igualdad social para la población LGBTIQ+.

**PALABRAS CLAVE:** delitos de lesa humanidad, discriminación, diversidad sexual, especial protección constitucional, género, LGBTIQ-fobia, prejuicio, violencias sistemáticas.

## ABSTRACT

Discrimination and gender-based violence directed against the LGBTIQ+ population have been structured over the years in a heteronormative, sexist, patriarchal and religious society, thus causing serious violations of human rights related to factors in the commission of crimes such as homicide, femicide and torture; Something characteristic of the commission of these acts is the systematicity and the factor of sexual and gender diversity by which they are carried out, in order to adapt a conservative thought implemented in society, causing different forms of discrimination, hate speech and intersectionality. that affect the full development and guarantee of a dignified life for the LGBTIQ+ population. Due to the anxiety generated in the LGBTIQ+ population, and added to this the historical feature of this systematic violence, it is necessary and interesting to address the perspective of crimes against humanity from an analysis of sexual diver-



sity as an indisputable factor that gender and sexual diversities must have an intervention and application of the classifications contemplated in the Rome Statute, seeking that these international instruments fully adapt to present social realities and that have caused concern and obligations in the international community for a full guarantee of rights and social equality for the LGBTIQ+ population.

KEYWORDS: Crimes against humanity, discrimination, sexual diversity, special constitutional protection, gender, LGBTIQ-phobia, harm, systematic violence

FORO

## INTRODUCCIÓN

Dados los índices de violencia sistemática y homicidios secuenciales a la población LGBTIQ+ en Colombia, ha sido necesario analizar y replantear si las medidas jurídicas, procesales y administrativas implementadas en la actualidad son realmente suficientes para generar garantía y protección a los derechos de este sector poblacional.

Es necesario evaluar el desarrollo de las conductas típicas en contra de la población LGBTIQ+, pues como lo han sostenido diversos organismos de la comunidad internacional e incluso la Corte Constitucional colombiana, esto se debe a factores de discriminación por razón de orientación sexual y diversidad de género causado a raíz de pensamientos, doctrinas conservadoras y machistas que buscan generar la imposición de un pensamiento heterosexual y cisgénero, que genera consigo consecuencias de invisibilización y graves vulneraciones a derechos humanos.

El presente artículo tiene como finalidad analizar estos tópicos de violencias dirigidas a la población LGBTIQ+ y su adaptación a los delitos de lesa humanidad, lo perjudicial que la sistematicidad de estas violaciones representa a los derechos humanos, y las obligaciones desde un plano estatal e internacional con respecto a un grupo social históricamente marginado y discriminado como es la población LGBTIQ+.

## LGBTIQ-FOBIA Y LAS VIOLENCIAS SISTEMÁTICAS A LAS PERSONAS LGBTIQ+

Hablar de LGBTIQ-fobia es remontarse a aspectos de discriminación y estigmatización presentes en la sociedad, destacándose la homofobia, transfobia entre otros, mismos que se han construido a través de actos de agresión física y psicológica en el entendido de imponer pensamiento y lineamientos de heteronormatividad.<sup>1</sup> De hecho, a través de los años y gracias a diversas investigaciones sociales y psicológicas, ha sido posible determinar cómo la LGBTIQ-fobia es considerada violencia de género que afecta los derechos humanos.<sup>2</sup>

Precisamente, se basa en prejuicios y estigmas construidos en estructuras sociales de poder impuestas, dominio de sexos, sumado a ello las ideologías religiosa, política, cultural y social basadas en el cisgenerismo de las relaciones entre hombres y mujeres, ideas que han generado invisibilidad, discriminación y desigualdad de derechos, oportunidades, así como acceso a mecanismos de protección a las personas LGBTIQ+.<sup>3</sup> Así, el discurso de odio hacia la población LGBTIQ+ se ha expandido con mayor predominancia en la sociedad moderna, lo que genera graves afectaciones a las garantías y derechos que asisten a estas personas.

Aproximadamente desde los años 70, el colectivo LGBTIQ+ ha decidido levantar su voz para reivindicar su posición en la sociedad para buscar acceso a garantías y protección a sus derechos, igualdad social y oportunidades de vida adecuadas, generando compromisos internacionales con el fin de garantizar estos derechos, puesto que años de discriminación, estigmatización, rechazo y actos de violencia han generado desplazamiento, violencia sexual, física, psicológica y homicidios por razones de su sexualidad.<sup>4</sup>

- 
1. Luz María Galindo, “Diversidad sexual y discriminación en el plan nacional de desarrollo (2013-2018) y el programa nacional para la igualdad y no discriminación (2014-2018) de México”, en *Diversidad sexual, discriminación y violencia. Desafíos para los derechos humanos en México*, eds. Flavio López y H. R. Astorga (Ciudad de México: CNDH, 2018), 27.
  2. Bea Sándor, *Prevenir y combatir los diferentes tipos de violencia contra la infancia y adolescencia LGTBI+* (Girona: Programa de Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea, 2021), 27-31, <https://bit.ly/41NS9u4>.
  3. *Ibid.*, 27-32.
  4. ACNUR Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *La protección internacional de las personas LGBTI*, 2014, párr. 5, <https://bit.ly/3H2W9NF>.

La Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia T-068 de 2021, destaca que la población LGBTIQ+ es un grupo históricamente discriminado, siendo la orientación y diversidad sexual factores para dicha discriminación; así jurisprudencialmente se estipula el derecho a no ser discriminado gracias a una interpretación del art. 13 de la Constitución Política de Colombia propendiendo condiciones de igualdad y no discriminación en las diferentes esferas sociales.<sup>5</sup>

Del mismo modo, esta corporación ha reiterado los compromisos internacionales acerca de la protección a la población LBGTIQ+ consagrados a través del bloque de constitucionalidad, por lo que en Sentencia C-091 de 2017 aborda cómo a través de los instrumentos de los sistemas de protección universal y regional, como es el caso de la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 de la Corte IDH, se reconoce el principio de no discriminación, siendo parte de las normas de *ius cogens*, normas imperativas para la comunidad internacional.<sup>6</sup>

Sumado a ello, a través de la Sentencia SU-067 de 2023 de la Corte Constitucional colombiana, ha reafirmado su posición acerca de la discriminación histórica de la población LGBTIQ+, y además recalca las violencias sistemáticas presentes en la sociedad actual, así como la plena obligación y convicción de garantizar los derechos fundamentales.<sup>7</sup> Sin embargo, los constantes incrementos de violencias sistemáticas a la población LGBTIQ+ en Colombia y Latinoamérica han generado preocupación con respecto a la integridad y garantía de este grupo poblacional.

En lo que respecta a Colombia, es válido destacar su normatividad garante de los derechos reconocidos para la población LGBTIQ+, entre la que se destaca la *Ley Rosa Elvira Cely*, que establece el tipo penal de feminicidio en la codificación penal colombiana, adaptándose a homicidios cometidos en contra de mujeres lesbianas y transgénero, analizando agravantes contemplados para el tipo penal de homicidio si los actos se comenten en contra de la población LGBTIQ+.<sup>8</sup> Por su parte, la Ley 1482 de 2011 tipifica actos de discriminación

- 
5. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-068/21*, 19 de marzo de 2021, 67-9.
  6. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia C-097*, 15 de febrero de 2017, 56.
  7. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia SU-067*, 16 de marzo de 2023, 129.
  8. María Elisa Caraballo Henríquez y Freddy José Palmar Barros, “Protección de personas LGBT frente a la violencia de género a partir de los elementos contenidos en la Ley 1761 de 2015” (tesis de maestría en Derecho Penal, Universidad Libre, 2021), 91.

como el racismo y el hostigamiento; con respecto a ello, la Corte Constitucional colombiana, a través de la Sentencia C-091 de 2017, ha resaltado la importancia de la mencionada ley y la incorporación de la orientación sexual como parte del tipo penal, puesto que la conducta típica adjunta actos discriminatorios basados en motivaciones específicas como la orientación sexual.<sup>9</sup>

No obstante, continúan los índices de violencias sistemáticas en Colombia que se han presentado a lo largo de los años y con mayor incidencia en el conflicto armado interno; así, el informe *¡Basta Ya!* narra las violencias sistemáticas, arbitrales y persecuciones realizadas a las personas LGBTIQ+, y se expone la llamada *purga social*, por medio de la cual se evita que este grupo social continúe habitando entre la población con presencia paramilitar argumentando daño social, propagación de enfermedades, con el fin de imponer visiones religiosas, socioculturales y morales con el propósito de control territorial de los actores ilegales.<sup>10</sup>

En cifras, de acuerdo a los informes realizados por ONG dedicadas a la promoción, defensa y protección de los derechos de las personas LGBTIQ+ en Colombia, para el final de 2022 existieron un total de 145 víctimas de homicidios y feminicidios, siendo las mujeres transgénero y hombres homosexuales la población más afectada, y el departamento de Antioquia el que cuenta con mayores índices de violencia a la población LGBTIQ+ colombiana.<sup>11</sup> Con respecto al acceso y administración judicial, un 4% de los casos registrados se encuentra inactivo y un 74% en etapa de indagación, sin que hasta 2023 se hallen grandes avances investigativos, en el entendido de que el departamento de Antioquia y su capital Medellín presentaron 24 casos de homicidios, de los cuales 10 de ellos fueron cometidos en contra de hombres homosexuales, quienes tenían rasgos similares colocados en situaciones de indefensión, agredidos, víctimas de hurto y finalmente asesinados, empleando instrumentos de asfixia y lesiones cortopunzantes.<sup>12</sup>

---

9. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia C-091*, 15 de febrero de 2015, 6.6.

10. Luisa Fernanda Maya Chaverra, “La otra cara de la exclusión: las víctimas LGBT del conflicto armado colombiano” (tesis de pregrado en Derecho, Universidad del Rosario, 2016), 28.

11. Cristian de la Rosa Russo et al., *No se mata lo que no se olvida: Informe sobre la situación de los derechos humanos de personas LGBTIQ+ en Colombia 2022* (Barranquilla: Caribe Informativo, 2023), 25, <https://bit.ly/487tG5b>.

12. *Ibíd.*, 32.

De lo consolidado hasta los primeros trimestres de 2023, en Colombia los homicidios y feminicidios han incrementado un 15% con respecto a los mismos trimestres de 2022, y clasifican a Medellín y Bogotá con los mayores índices de infracciones de este tipo, a pesar de existir agendas sociales y políticas de movilización en contra de estos hechos; sin embargo, el impacto de discursos de odio continúa en el país.<sup>13</sup>

Asimismo, el panorama en Latinoamérica no es del todo alentador, pues existen desafíos concretos como, por ejemplo, las continuas estigmatizaciones y escenarios de discriminación en los Estados que han contribuido a criminalizar a las personas LGBTIQ+, además de la existencia de normatividades orientadas a limitar una participación adecuada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hasta julio de 2023, ha resaltado su preocupación por los discursos de discriminación y odio difundidos por redes sociales y la falta de contenidos sensibilizadores en algunos Estados que busquen fomentar el respeto por los derechos de las personas LGBTIQ+.<sup>14</sup>

## **LAS PERSONAS LGBTIQ+ COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA**

Debido a los diferentes desafíos jurídicos, probatorios y administrativos que han representado por años las violencias sistemáticas a la población LGBTIQ+, ha sido satisfactorio observar la posición de la Corte Constitucional colombiana en la promoción y garantía de los derechos fundamentales de este grupo social, pues este organismo ha sido el encargado del reconocimiento de importantes derechos fundamentales para dicha población.

Así, la Corte Constitucional ha adaptado la figura de los *sujetos de especial protección constitucional* que contempla los criterios de vulneración o afectación concreta, sistemática e histórica a los derechos fundamentales de determinados grupos sociales, violaciones que deben ser contrarrestadas a través de

- 
13. Línea Convivencia y Seguridad Ciudadana, “Boletín-Violencia contra la población LGBTIQ+ en Colombia”, *Pares, Fundación Paz & Reconciliación*, 28 de junio de 2023, párr. 20, <https://bit.ly/4aHQrOI>.
  14. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Boletín Panorama de la situación de los derechos de las personas LGBTI en la región”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 30 de julio de 2023, párr. 14-16, <https://bit.ly/48vTmsB>.

compromisos estatales. Estos factores de vulnerabilidad e incluso de discriminación han dado paso a un desbalance social que evita una efectiva garantía de derechos fundamentales; entonces, se busca que a través de esta figura exista un tratamiento especial a los sujetos identificados y con mayor vulnerabilidad por parte del Estado, con el fin de brindar atención adecuada, indispensable y salvaguarde los derechos que les asisten, adoptando medidas concretas en aras de consolidar los fines del Estado y el sistema democrático.<sup>15</sup>

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-167 de 2011, ha establecido como sujetos de especial protección constitucional a los individuos que presentan condiciones específicas, sean físicas, psicológicas o sociales, las cuales generan un grado de desigualdad social, por lo que el Estado, a través de políticas públicas, debe garantizar y velar por sus derechos.<sup>16</sup> Para su efectivo reconocimiento, es indispensable analizar las situaciones específicas en las que se encuentra cada sujeto de especial protección constitucional, siendo posible determinar los instrumentos para una efectiva defensa judicial atendiendo a la garantía de sus derechos.<sup>17</sup>

En este entendido, la población LGBTIQ+ ha sido reconocida como sujetos de especial protección constitucional, puesto que la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional ha asegurado que dicha población ha estado sujeta históricamente a discriminación, violencia y vulneraciones, por lo que es necesario adoptar lineamientos judiciales orientados a reestablecer sus derechos.<sup>18</sup> Asimismo, en Sentencia T-068 de 2021, ha señalado que el carácter de sujetos de especial protección constitucional se acredita por su constante e histórica discriminación y marginalidad, pues han sido sometidos a una discriminación estructural evidente que ha afectado su plena garantía como sujetos de derechos y han sido invalidados desde esferas esenciales de la sociedad.<sup>19</sup>

Su carácter estructural de discriminación es catalogado como un hecho notorio, puesto que su invisibilización ha dejado observar las vulneraciones concretas

---

15. Julie Marcela Daza Rojas, “Sujetos de especial protección constitucional en Colombia, criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 34 (2018): 72.

16. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-167*, 11 de marzo de 2011, 2.

17. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-678*, 2 de diciembre de 2016, 2.

18. Colombia Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., Sección Segunda, “Sentencia”, en *Expediente n.º 11001-33-35-008-2018-00118-00*, 1 de julio de 2020, 4.

19. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-068*, 19 de marzo de 2021, 82.

a sus derechos y lo mismo lo han demostrado los diferentes informes de protección en el ámbito regional y universal, por lo que no existe duda alguna que debido al margen contextual de patrones sexistas y factores de heteronormalización han generado un panorama de invisibilización a esta problemática.<sup>20</sup>

Como ha sido reiterado por parte de la Corte Constitucional colombiana, con respecto a la notoriedad de vulneraciones históricas de la población LGBTIQ+, esto es respaldado por organismos internacionales como Naciones Unidas, encargados de la visibilización, sensibilización y adopción de medidas que erradiquen actos de violencia y discriminación. Estos organismos han sido enfáticos en determinar que la LGBTIQ+-fobia es estructurada por ideologías de machismo, cisgenderismo y adoctrinamiento, reforzadas por la falta de protección jurídica adecuada ante los mencionados actos de violencia.<sup>21</sup>

En cuanto al sistema regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la importancia del reconocimiento integral de los derechos que asisten a las personas LGBTIQ+; de esta forma, permite establecer una cultura de sensibilización con el fin de consolidar una inclusión óptima y una garantía de prerrogativas a la población. Así, han determinado estándares interamericanos sobre los derechos de esta población, y estipulan lineamientos y obligaciones a los Estados para adoptar medidas que garanticen la vida, integridad personal y demás derechos contemplados en la CADH y en los diferentes pronunciamientos de la Corte IDH.<sup>22</sup>

Con respecto a la Corte IDH, existe un pronunciamiento catalogado como un gran avance en la protección y garantía de los derechos LGBTIQ+; así, en la sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* se declaró la responsabilidad del Estado de Honduras por el homicidio de Vicky Hernández, mujer transgénero asesinada por agentes estatales. En esta sentencia, la Corte IDH reconoce las violencias sistemáticas que la población LGBTIQ+, y en especial las mujeres transgénero trabajadoras sexuales, viven día a día en la sociedad, además de la importancia del acceso a la justicia, el debido proceso

---

20. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-141*, 7 de marzo de 2017, 7.

21. ONU Naciones Unidas, “LGBTQI+ libres e iguales, no criminalizad@s”, *ONU Naciones Unidas*, sin fecha, párr. 4, <https://bit.ly/3TJnonX>.

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI* (2018), 184, <https://bit.ly/48i1i08>.

y la garantía de derechos como la vida, igualdad y no discriminación de la población.<sup>23</sup>

A través de los análisis jurídicos, históricos y sociales ha sido posible determinar la importancia de la reivindicación de los derechos LGBTIQ+, además de reiterar las graves violaciones y vulneraciones de las cuales estas personas son sujetos, por lo que se desencadenan obligaciones a los Estados con el fin de garantizar sus derechos. Estas razones han dado paso a debatir acerca de la efectividad del acceso a la justicia en cuanto a las violencias sistemáticas, homicidios y feminicidios secuenciales a este grupo social, debido a que para muchos existe impunidad, por lo que determinan que dichos crímenes por circunstancias de diversidad sexual y de género son delitos de lesa humanidad.

## **DELITOS DE LESA HUMANIDAD: CONCEPTO Y DESARROLLO DESDE EL ÁMBITO COLOMBIANO E INTERNACIONAL**

Diferentes procesos sociales, como las guerras mundiales, trajeron consigo diversas perspectivas consistentes en graves violaciones al ser humano; es así que, a medida de la estructuración de las Naciones Unidas, la Carta de Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos Humanos, se empieza a hablar de actos gravosos que afectan los derechos humanos. Estos crímenes de lesa humanidad cobran estructura e implementación en el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en 1945, plasmándose en el Derecho Penal Internacional debido a su relevancia y gravedad.<sup>24</sup>

El proceso para su codificación obtuvo un desarrollo paulatino, que inició con la Convención de La Haya sobre las Leyes de Costumbre de la Guerra Terrestre de 1907, a través de la Cláusula Martens, la cual buscaba garantías a las costumbres internacionales, al derecho de las gentes y a las leyes de la humanidad, concepto que sería adoptado en los juicios de Nüremberg, que pre-

---

23. Corte IDH, “Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 26 de marzo de 2021, <https://bit.ly/4aDirTK>.

24. Andreas Forer y Claudia López Díaz, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia* (Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania, 2020), 9, <https://bit.ly/48gIGhc>.



tendían declarar la responsabilidad por los actos cometidos por el régimen nazi en la Segunda Guerra Mundial. Así, se crea un estatuto para la competencia del Tribunal de Nüremberg, en el que se incluye competencia concreta a crímenes contra la paz, la guerra y lesa humanidad, entre los que destaca el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y demás actos inhumanos.<sup>25</sup>

Tras una consolidación de los delitos de lesa humanidad y su adaptación a tribunales transitorios, como en el caso de Ruanda y Yugoslavia, se genera una tipificación concreta de estos delitos a través del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional en 1998; al interior del estatuto, se contempla en el art. 7 los crímenes de lesa humanidad, entre los que se destaca el asesinato, la esclavitud, tortura, violación, desaparición forzada, entre otros, por lo que el término lesa humanidad contempla variados elementos del delito que se han adaptado a través de los años, identificándose que la naturaleza del delito es independiente de los contextos de conflicto armado internacional o interno. Ahora, con relación a motivaciones discriminatorias, se convierte en un elemento clave para la afectación al *núcleo duro de los derechos humanos*.<sup>26</sup>

Con respecto a los delitos de lesa humanidad, la Corte Constitucional colombiana ha resaltado que estos delitos se encuentran avalados al interior del bloque de constitucionalidad, se encuentran tipificados en el Código Penal colombiano, y existe una obligación del Estado con el fin de investigar, juzgar y sancionar la ejecución y comisión de este tipo de delitos, puesto que se encuentran inmersos no solo en compromisos estatales, sino internacionales, orientados a preservar los derechos de las personas y el derecho internacional humanitario.<sup>27</sup>

Estas obligaciones y compromisos internacionales también devienen de lo adoptado tanto por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, como los de Ruanda, la ex-Yugoslavia, así como del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, ya que plasman garantías, seguridad jurídica y una línea concreta en la efectividad y el juzgamiento de estos delitos.<sup>28</sup> De este modo, la Corte Consti-

---

25. Christopher Alexis Servín Rodríguez, “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”, *Boletín mexicano de derecho comparado* 47, n.º 139 (2014): 221.

26. *Ibid.*, 237.

27. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia C-579*, 28 de agosto de 2013, 167.

28. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia C-1007*, 18 de noviembre de 2002, 57.

tucional colombiana, en Sentencia C-291 de 2007, ha reiterado las obligaciones de los Estados con respecto al Derecho Internacional Humanitario, como son el deber de impartir lineamientos necesarios a miembros de la fuerza pública para dar cumplimiento a dichos preceptos; asimismo, acciones como investigar, juzgar y sancionar conductas que revistan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio se reflejan como deberes para el Estado, al igual que la efectiva reparación a las víctimas. Todo esto bajo un criterio hermenéutico de interpretación entre la norma internacional y la norma interna con el fin de garantizar no solo compromisos internacionales, sino también con fines estatales, a través de la implementación de medidas judiciales y administrativas.<sup>29</sup>

Dentro de sus características, las cuales se han venido desarrollando a través de las diferentes jurisprudencias y la adaptación concreta del Estatuto de Roma en casos concretos, se ha destacado que tanto los delitos de lesa humanidad, guerra y genocidio comparten la sistematicidad como elemento típico del delito, pues exige que exista una forma secuencial de ejecución del delito además de que este se oriente en finalidades de guerra, afectación a la población civil y un dolo específico basado en afectaciones concretas a la población; para el caso del genocidio, este dolo específico se estructura en la finalidad de orientar el homicidio a grupos poblacionales por razones políticas, religiosas, étnicas, culturales, raciales o nacionales.<sup>30</sup>

Desde un aspecto procesal, tanto en los delitos de lesa humanidad como el genocidio y los crímenes de guerra su acción penal ha sido catalogada por la Corte Constitucional colombiana como imprescriptible; esta es una garantía constitucional que asiste a todo ciudadano a fin de que se defina su situación jurídica que, para el caso de los delitos imprescriptibles, no cuentan con un término establecido, pues la acción penal no prescribe. Esto puede reflejarse como una grave violación al debido proceso, sin embargo, el legislador ha contemplado principios como la dignidad humana y la proporcionalidad de las sanciones con el fin de garantizar los derechos de las víctimas como son la verdad, justicia, reparación y no repetición, y reafirmar compromisos internacionales del Estado colombiano con respecto a la gravedad que repre-

---

29. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia C-291*, 25 de abril de 2007, 96.

30. María Cristina Rodríguez, *Crímenes de lesa humanidad* (Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho, 2009), 65-86, <https://bit.ly/3RKmJjC>.

senta la comisión de este tipo de delitos para la sociedad y el Estado social de derecho.<sup>31</sup>

Estos motivos permiten observar la necesidad de tipificar las violencias sistemáticas a la población LGBTIQ+ como parte de una garantía procesal y jurídica, con el fin de establecer y dar un pleno ejercicio a los derechos de las víctimas.

## **UNA MIRADA A LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y AL ESTATUTO DE ROMA**

En este orden de ideas es necesario recalcar las circunstancias sociales presentes con respecto a la LGBTIQ+-fobia, la cual se ha dicho que es estructural, patriarcal, sistemática e histórica y que se ha visto generalizada a través de los años en los diferentes contextos sociales; sin embargo, a pesar de los avances jurídico-penales como en el caso de Colombia, y además gracias a las recomendaciones y obligaciones impuestas por los diferentes organismos de los sistemas regionales y universal, no existe efectividad que logre resarcir los daños causados, evitar la continuidad progresiva, el incremento de las violencias sistemáticas y los homicidios secuenciales.

La población LGBTIQ+ ha sido discriminada, perseguida y vulnerada en su integridad física y vida a través de los años. A pesar de los esfuerzos que se realizan, dichos índices continúan presentes en la sociedad, pues los estereotipos de género y la heteronormatividad contribuyen a esos factores de reforzamiento a la LGBTIQ+-fobia; siendo un grupo social vulnerable e históricamente agredido y marginado, por lo que se procura una protección efectiva a sus prerrogativas.<sup>32</sup>

De este modo, es claro que los discursos de odio, discriminación, violencia física, sexual, mental, homicidios, entre otros tipos de violencias, son sistemáticos y en muchos casos dolosos, con la intención de vulnerar a un grupo poblacional que no se encuentra en el molde del pensamiento conservador. Resulta interesante analizar por qué los delitos de lesa humanidad y el Estatuto de Roma no han logrado una concepción y plena adaptabilidad de los enfoques diferenciales de género y la diversidad sexual como causales concretas de

---

31. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia SU-312*, 13 de agosto de 2020, 5.4.

32. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Sentencia T-212*, 2 de julio de 2021, 204.

vulneraciones gravísimas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Es claro que las conductas asociadas con delitos de lesa humanidad, genocidio y otras conductas tipificadas en el Estatuto de Roma se adecuan plenamente a motivos de género y diversidad sexual; ciertamente, existe una inclusión al género femenino, pero cisgénero; sin embargo, cabe preguntarse qué sucede con orientaciones sexuales transgénero e incluso no binarias. Esta es una interrogante, puesto que la intención dolosa de cometer estos actos subyacentes tiene un fin específico, siendo el generar zozobra, dolor y desigualdad a un grupo vulnerable como las personas LGBTIQ+.<sup>33</sup>

A pesar de la existencia de la declaración de derechos relacionados con la orientación sexual e identidad de género por la Asamblea General de Naciones Unidas, e incluso los estándares interamericanos sobre los derechos de las personas LGBTI y los principios de Yogyakarta, aún no existe una inclusión de la diversidad y orientación sexual como parte de la expansión de violencias sistemáticas, ya que estas conductas no están catalogadas como parte de los delitos contemplados en el Estatuto de Roma, por lo que se requiere un amplio debate sobre su incorporación como delitos de lesa humanidad, entendiendo a la orientación sexual como una clave precisa y concreta frente a graves vulneraciones a los derechos de las personas LGBTIQ+ en los diferentes contextos sociales.<sup>34</sup>

## CONCLUSIÓN

La normatividad internacional y nacional ha sido clara en establecer los desafíos que como sociedad tenemos frente a las vulneraciones, discriminaciones, afectaciones, violencias sistemáticas y homicidios secuenciales por las que atraviesan las personas LGBTIQ+, observándose la imposición de la heteronormatividad en la sociedad contemporánea. A pesar de los esfuerzos de protección y garantía a los derechos no existen vías judiciales efectivas

---

33. María Paula Machado et al., *Abordando el crimen de persecución por motivos de género contra personas LGBTIQ+: un análisis de los principales retos de su investigación en el sistema de justicia transicional colombiano* (Barranquilla: Caribe Informativo, 2023), 34, <https://bit.ly/3RYPc6z>.

34. Nicolás Eduardo Buitrago Rey, “El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT”, *Anuario iberoamericano de derecho internacional penal* 7, n.º 1 (2019): 69.

que den paso a una justicia material para las víctimas actuales de esta discriminación ni tampoco se establecen medidas para evitar dichas vulneraciones a futuro.

La constante discriminación por orientación sexual traducida en LGBTIQ-fobia, interpretado en la violencia sistemática y homicidios secuenciales a este grupo de personas, justifica la postura respecto a que estas conductas deben ser abordadas como parte de los delitos de lesa humanidad e incluso del mismo genocidio, pues como se ha podido inferir a través de los pronunciamientos jurisprudenciales e informes expuestos en este artículo, efectivamente, la discriminación está orientada a una zozobra, daño, flagelación y afectación a la población LGBTIQ+ por ser un grupo poblacional históricamente discriminado y sin garantías de protección. Quizá esta propuesta sea un tema de discusión procesal y jurídica ardua, pero seguramente la adaptación del Estatuto de Roma y la tipificación de los delitos de lesa humanidad a favor de la población LGBTIQ+ permitirá garantizar normativamente en la protección de derechos de un grupo población marginado por décadas, estigmatizado y vulnerado en una sociedad patriarcal, conservadora y machista.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *La protección internacional de las personas LGBTI*. 2014. <https://bit.ly/3H2W9NF>.
- Buitrago Rey, Nicolás Eduardo. “El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* 7, n.º 1 (2019): 69. <https://bit.ly/3v13kOH>.
- Carballo Henríquez, María Elisa, y Freddy José Palmar Barros. “Protección de personas LGBT frente a la violencia de género a partir de los elementos contenidos en la Ley 1761 de 2015”. Tesis de maestría en Derecho Penal. Universidad Libre. 2021. <https://bit.ly/4awQXz0>.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Sentencia C-1007*. 18 de noviembre de 2002. <https://bit.ly/41G3c8o>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia C-291*. 25 de abril de 2007. <http://bit.ly/3RYeYHY>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia T-167*. 11 de marzo de 2011. <https://bit.ly/4aCiX4p>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia C-579*. 28 de agosto de 2013. <https://bit.ly/3RZbNQs>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia C-091*. 15 de febrero de 2015. <https://bit.ly/3GZJhI2>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia T-678*. 2 de diciembre de 2016. <https://bit.ly/4aHxPyg>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia C-097*. 15 de febrero de 2017. <https://bit.ly/48bqIwu>.

- . “Sentencia”. En *Sentencia T-141*. 7 de marzo de 2017. <https://bit.ly/41JMuVW>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia SU-312*. 13 de agosto de 2020. <https://bit.ly/3txWS6r>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia T-068*. 19 de marzo de 2021. <https://bit.ly/41E3lJz>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia T-068/21*. 19 de marzo de 2021. <https://bit.ly/3S0Jhh7>.
- . “Sentencia”. En *Sentencia SU-067*. 16 de marzo de 2023. <https://bit.ly/3TCiol4>.
- Colombia Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C., Sección Segunda. “Sentencia”. En *Expediente n.º 11001-33-35-008-2018-00118-00*. 1 de julio de 2020. <https://bit.ly/48FBNG9>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Boletín Panorama de la situación de los derechos de las personas LGBTI en la región”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 30 de julio de 2023. <https://bit.ly/48vTmsB>.
- . *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. 2018. <https://bit.ly/48i1i08>.
- Corte IDH. “Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. 26 de marzo de 2021. <https://bit.ly/4aDirTK>.
- Daza Rojas, Julie Marcela. “Sujetos de especial protección constitucional en Colombia, criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 34 (2018): 72. <https://bit.ly/4aBWdBx>.
- De la Rosa Russo, Cristian, Sibelys Barrios Navarro, Betsy de la Hoz Charris, Ces Badillo Gutiérrez y Jairo Mendoza Choles. *No se mata lo que no se olvida: Informe sobre la situación de los derechos humanos de personas LGBTIQ+ en Colombia 2022*. Barranquilla: Caribe Informativo, 2023. <https://bit.ly/487tG5b>.
- Forer, Andreas, y Claudia López Díaz. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania, 2020. <https://bit.ly/48gIGhc>.
- Galindo, Luz María. “Diversidad sexual y discriminación en el plan nacional de desarrollo (2013-2018) y el programa nacional para la igualdad y no discriminación (2014-2018) de México”. En *Diversidad sexual, discriminación y violencia. Desafíos para los derechos humanos en México*, editado por Flavio López y H. R. Astorga, 27-42. Ciudad de México: CNDH, 2018. <https://bit.ly/4aIjJN9>.
- Línea Convivencia y Seguridad Ciudadana. “Boletín-Violencia contra la población LGBTIQ+ en Colombia”. *Pares, Fundación Paz & Reconciliación*. 28 de junio de 2023. <http://bit.ly/4aHQrOI>.
- Machado, María Paula, Jairo Anibal Mendoza Choles, Katrim de la Hoz del Villar y Laura Osorio. *Abordando el crimen de persecución por motivos de género contra personas LGBTIQ+: un análisis de los principales retos de su investigación en el sistema de justicia transicional colombiano*. Barranquilla: Caribe Informativo, 2023. <https://bit.ly/3RYPc6z>.

- Maya Chaverra, Luisa Fernanda. “La otra cara de la exclusión: las víctimas LGBT del conflicto armado colombiano”. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad del Rosario. 2016. <https://bit.ly/41GKrSe>.
- ONU Naciones Unidas. “LGBTQI+ libres e iguales, no criminalizad@s”. *ONU Naciones Unidas*. <https://bit.ly/3TJnonX>.
- Rodríguez, María Cristina. *Crímenes de lesa humanidad*. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho, 2009. <https://bit.ly/3RKmJjC>.
- Sándor, Bea. *Prevenir y combatir los diferentes tipos de violencia contra la infancia y adolescencia LGTBI+*. Girona: Programa de Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea, 2021. <https://bit.ly/41NS9u4>.
- Servín Rodríguez, Christopher Alexis. “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 139 (2014): 221-37. <https://bit.ly/4ayHZkZ>.

**Fausto Quizhpe Gualán, *Hacia una arquitectónica de la filosofía indígena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2023.**

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.11>

Este libro tiene cuatro capítulos, un prólogo y una introducción. El primer capítulo hace un breve análisis histórico crítico de lo “indígena”. Parte de la crítica a los indigenistas e indigenismo. El indigenismo es entendido como un cuerpo doctrinario que intenta encerrar el objeto indígena en abstracto, sin tomar en cuenta tales especificidades. Indigenista, en cambio, sería toda persona que se autoidentifica como no-indígena, y a la vez estudia a los indígenas, sin contar con la voz de aquellos. Esto se rompe, según el autor, en el momento en que los indígenas reaparecen y hablan por sí mismos, es decir, cuando dejan de necesitar representantes e interlocutores.

En un segundo capítulo recurre a la experiencia vivida por el autor en el Registro Civil del Ecuador cuando le correspondía autoidentificarse (blanco, mestizo, afroecuatoriano o indígena), a partir del cual sostiene que en pleno siglo XXI aún se reproduce la concepción de lo “indígena” del siglo XVI, es decir, aún no se ha superado lo colonial. Esto obliga a discutir la descolonización.

En el tercer capítulo contrapone entre lo indígena, lo no-indígena y la descolonización, desde el campo etnológico, antropológico y sociológico, en donde el “indígena” es objeto de conocimiento.

En el cuarto capítulo da un salto de lo colonial a lo decolonial, plantea la revelación de lo que llama “filosofía indígena”, asentado en la responsabilidad con el cuidado de la vida *sumak kawsay*. Sumak lo traduce como “ética, responsabilidad o acto consciente”, y *kawsay* como “vida y amor” en integralidad.

El autor sostiene que se puede hablar de “filosofía indígena” porque en los escritos de los clásicos como Sócrates, Platón y Aristóteles se reafirma que la filosofía griega tiene raíz africana. Que en África estaría el origen humano y que compartimos lazos de hermandad. Pero que en Latinoamérica existiría el entrecruzamiento de tres sistemas filosóficos. El indígena (*ayamara, shuar, kichwa*, etc.); el indigenista, que tiene matriz euronorteamericana; y el afri-



cano. La “filosofía indígena” se plasma en la praxis cotidiana de la vida y en trascendentalidad, en donde los animales, plantas o el agua toman un carácter divinizado, la vida en general es trascendental.

La filosofía indígena se fundamenta en material oral, la interpretación de algunos mitos, especialmente relatos kichwa-saraguro. Esta filosofía indígena estaría representada en lo que el autor llama “cuidado de la vida *sumak kawsay*”. El *sumak kawsay*, según el autor, sería la superadora del sistema de acumulación y desarrollista, es decir, del sistema económico dominante llamado capitalista.

El *sumak kawsay* o cuidado de la vida es ético y espiritual. Ética en conexión con la trascendentalidad. Espiritualidad no perteneciente a una religión. Es decir, *sumak kawsay* que plantea un “horizonte de convivencia humana bajo la utopía de supresión de toda forma de dominación” (219).

El libro *Hacia una arquitectónica de la filosofía indígena*, de Fausto Quizhpe, puede tener varias lecturas, dependiendo de quién la lea: desde lecturas esencialistas o lecturas desde la crítica-proposición.

Como todo buen libro, deja muchas preguntas por contestar; apenas voy a mencionar algunas: ¿Se puede llamar indigenista por el solo hecho de identificarse como no indígena y hablar de los indígenas sin la participación de los indígenas? ¿Existen indigenistas que se autoidentifiquen como indígenas? Si se puede hablar de filosofía indígena, ¿existe la filosofía indígena o filosofías indígenas? ¿No será que el equivalente a filosofía en las comunidades andinas es el *sumak kawsay*? ¿El cuidado de la vida será exclusivo de lo indígena?

Recomiendo leer este libro, seguro que les llevará a “pensar”.

Raúl Llasag Fernández,  
*Docente-investigador de la Universidad Central del Ecuador*

**María Augusta León Moreta y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, eds., *Desafíos actuales del derecho económico. Pandemia, economía digital y otros fenómenos a escala global*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2023.**

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.12>

El derecho económico enfrenta enormes desafíos en el siglo XXI. Considerando su naturaleza interdisciplinaria, las nuevas dinámicas de la economía digital han cambiado el enfoque de las actividades de distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios. Estos cambios nos obligan a replantearnos estrategias para el derecho regulatorio y la práctica regulatoria, en un nuevo entorno de conformidad jurídica fundamentada en la gestión de riesgos. El libro presenta diferentes problemáticas que han surgido en el tiempo y el espacio, por el surgimiento de nuevas tecnologías tales como las metodologías de la inteligencia artificial, la *blockchain*, y/o por catástrofes naturales y pandemia como la del COVID-19. En este contexto, el libro presenta la necesidad de un derecho económico que asuma un marco de flexibilidad para convertirse en responsivo, considerando la volatilidad de los activos financieros con respecto a los riesgos sistémicos, riesgos macroeconómicos, riesgos operacionales, riesgos financieros y riesgos jurídicos. Todos ellos terminan en una necesidad de replantear el derecho regulatorio, con miras a una mayor eficiencia, eficacia y rentabilidad en los procesos productivos.

Con respecto al primer eje, los artículos de los profesores Francisco Oliva y Jorge Alvarado se focalizan en las nuevas dinámicas de la economía digital, las cuales ofrecen muchas oportunidades, pero a la vez replantean la necesidad de proteger los derechos y libertades de las personas. Así, en un entorno de gobernanza algorítmica, nuevos escenarios de riesgos emergen contra los derechos y libertades de las personas naturales, en donde hay que cuestionarse el estado del arte actual del manejo de riesgos jurídicos, lo cual conlleva a una visión disruptiva del derecho, que requiere considerar la adaptación de métodos científicos para aspirar a una toma de decisiones informada. La confrontación entre nociones clásicas de la soberanía del Estado se pone a prueba en el contexto de las nuevas tecnologías, en donde se muestra necesario deconstruir

diversos conceptos bien establecidos para lograr una mejora de los derechos y libertades. Los artículos de Jorge Wilker, Eddy de la Guerra y Gabriela Valdiviezo evidencian las vulnerabilidades del sistema fiscal y la fragilización de conceptos clásicos de Estado nación, que simplemente no encajan con las dinámicas del siglo XXI. Dentro de estas vulnerabilidades es necesario mejorar las estrategias de control de la corrupción, de la eficiencia del gasto público, pero desde una visión analítica, cuantitativa y holística.

La pérdida de credibilidad generalizada se alinea de manera sincrónica con los inevitables cambios que trae la tecnología. El desgaste de la credibilidad en los Estados hace que se refleje en los ciudadanos una mayor desconfianza en las políticas públicas, y se desnude su fragilidad. Por ejemplo, *¿cómo lograr confianza para la legalización de las Central Bank Digital Currencies, cuando la gran mayoría de Gobiernos del mundo no han respetado el derecho a la vida privada de las personas naturales?* Asimismo, *¿cómo contribuir con el Estado en circunstancias excepcionales, cuando la gestión de recursos durante la pandemia del COVID-19 fue empañada por la corrupción?* Los artículos de Matthias Herdegen, de Elisa Sierra y de Amimée Figueroa presentan un panorama de protección fallida de los derechos y libertades de las personas naturales, en donde se evidencia que el Estado promueve el deber ser, pero hace muy poco en la práctica regulatoria para garantizarlos. De otro lado, confiar la protección de los derechos y libertades de las personas naturales a instituciones privadas conlleva una mayor responsabilidad del Estado, por cuanto tiene la obligación de establecer la autorregulación de procesos productivos en un marco metarregulatorio, caracterizado por una nueva ola del derecho fundamentado en la gestión de riesgos.

Finalmente, cabe agregar que el libro contribuye de diversas maneras al pensamiento crítico, y, sobre todo, impulsa al lector a entender la necesidad de investigación para actualizar el derecho regulatorio desde una dimensión del cómo hacerlo. Recomendando la lectura de este libro a todos los protagonistas de la economía digital, abogados, economistas, analistas de riesgos jurídicos, y a todos quienes buscan una reflexión profunda sobre la fragilidad de un concepto de Estado en esta nueva era.

Luis Enríquez,  
*Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

## Colaboradores

**Luis Hernán Altamirano Espinosa:** ecuatoriano. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Especialista Superior en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Especialista Superior y Magíster en Derecho Penal en la UASB-E. Curso de Estudios Avanzados en Justicia Juvenil en la Universidad de Ginebra, Suiza. Actualmente, juez especializado de Garantías Penitenciarias de Santo Domingo. Ha realizado publicaciones en revistas indexadas nacionales e internacionales en temas constitucionales, de justicia penal juvenil y garantías penitenciarias. Se ha desempeñado como capacitador en talleres y seminarios, entre ellos como formador del Consejo de la Judicatura en materia de justicia penal juvenil y garantías penitenciarias.

**Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín:** ecuatoriano. Abogado con mención honorífica por la Universidad Nacional de Chimborazo. Especialista Superior en Derecho Penal por la UASB-E. Magíster en Derecho Penal por la UASB-E. Profesor universitario. Autor del libro *Criminología y nuevas formas de poder*.

**Jainor Avellaneda-Vásquez:** peruano. Egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae, ocupando el 1.º puesto de su promoción. Es escritor, investigador multidisciplinario y conferencista. Ha participado en calidad de ponente en la Cumbre Mundial el Estado Constitucional de Derecho, los Nuevos Derechos Sociales y el Futuro de los Derechos Fundamentales con el tema “Los derechos lingüísticos como derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios en el Perú”.

**José Andrés Charry Dávalos:** ecuatoriano. Abogado experto en la estructuración y defensa de litigios en materia penal. Docente de cátedras en posgrado en las universidades: UASB-E, San Gregorio de Portoviejo (USGP), Internacional SEK (UISEK) e Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universitat de Barcelona (UB) y la Universitat Pompeu Fabra (UPF), máster en Estudios Jurídicos Avanzados por la UB, especialista en Derecho Procesal por la UASB-E y doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la UB.

**Brayan Alexander Chávez Rivera:** colombiano. Estudiante de décimo semestre del Programa de Derecho de la Universidad Cesmag. Integrante del Semillero de Derecho en la línea de trabajo de Derecho Público.

**Janeth Patricia González Malla:** ecuatoriana. Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja en las asignaturas de Ciencias Penales, Derechos Humanos, Derecho Procesal Penal, Derecho Internacional Público, Practicum 1 (investigación jurídica).

Estudiante de doctorado en Ciencias Sociales, Criminológicas y del Comportamiento por la Universidad de Cádiz. Autora de libros, capítulos de libro y artículos científicos en el área penal y penitenciaria.

**Gladis Margot Proaño Reyes:** ecuatoriana. Profesora titular a tiempo completo de posgrado de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, experta consultora del Programa de Asistencia contra el crimen organizado de la Unión Europea, experta consultora del Programa de las Naciones Unidas, experta en investigación en la escena del crimen, exconjuce de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, directora nacional de posgrados en la Universidad UNIANDÉS.

**Holger Enrique Proaño Reyes:** ecuatoriano. Mediador formado en la PUCE, expositor y capacitador, abogado en materia penal y funcionario de la Defensoría Pública del Napo.

**Juan Pablo Quezada Astudillo:** ecuatoriano. Abogado litigante-investigador en defensa penal y constitucional. Grado por la Universidad Católica de Cuenca. Magíster en Derecho Penal por la UASB-E. Egresado del programa de Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Estudiante del doctorado en Derecho por la UCAB.

**María Alexandra Ruiz Cabrera:** colombiana. Doctoranda en Derecho UASB-E. Docente universitaria en pregrado y posgrado de la Universidad de Nariño. Áreas de especialización e investigación referentes a Derecho Penal, Procesal Penal, Constitucional y Criminología.

**Nuccia Seminario-Hurtado:** peruana. Investigadora Renacyt del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec) del Gobierno Peruano. Abogada. Magíster en Docencia Universitaria y Gestión Educativa. Magíster en Defensa de los Derechos Humanos. Profesor investigador a tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae, y profesor de la maestría en Defensa de los Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Chiapas.

**Diego Alfredo Zalamea León:** ecuatoriano. Posdoctorado y PhD en Derecho. Máster en Criminología. Docente investigador de Universidad de las Américas, UDLA. Fue director nacional de Gestión Procesal, Política Penal, así como del Programa de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General del Estado. Coordinador interinstitucional con órganos autónomos del Consejo de la Judicatura. Miembro del Comité de Expertos de Selección de la Corte Nacional. Perito ante la Corte IDH, promotor reforma oral.

## Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* es una publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y la Corporación Editora Nacional, que se edita bajo la responsabilidad del Área de Derecho de la universidad. Pública únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *Foro* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <https://bit.ly/2t4CDxT>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
  - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7.0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
  - Extensión máxima: entre 5000 a 6000 palabras, considerando el cuerpo del artículo como las citas al pie y la lista de referencias.
  - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
  - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
  - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá

muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).

- Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más destacados y principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.
  - Abstract en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y estilo, si es necesario.
  - Palabras clave en español / keywords en inglés: 6 máximo. Se recomienda el uso del Thesaurus de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
  - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
6. Estilo, citas y referencias: *Foro* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).
7. En todas las publicaciones de la UASB-E se propende a una expresión escrita que no discrimine a la mujer ni a ningún grupo de la sociedad y que, al mismo tiempo, reconozca la historia, la estructura y la economía de la lengua, y el uso más cómodo para los lectores y hablantes.

Por tanto, no se aceptarán usos sexistas o inconvenientes desde el punto de vista de la igualdad; tampoco, por contravenir el uso estándar de la lengua, el empleo inmoderado de las duplicaciones inclusivas ni el morfema *e*, la @ (no es una letra) o la *x* para componer palabras supuestamente genéricas.

## Proceso editorial

- *Foro* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimaré el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.
- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.
- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección ortotipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de tres días para hacerlo.





## **UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: revista.foro@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN  
EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 255 4358

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIÓN ANUAL  
(dos números)

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 255 4358

ventas@cenlibrosecuador.org • www.cenlibrosecuador.org

**Precio: USD 33,60**

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	USD 6,04	USD 39,64
América	USD 59,40	USD 93,00
Europa	USD 61,60	USD 95,20
Resto del mundo	USD 64,00	USD 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**

**Centro de Información**

Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Subvertir la selectividad penal. El desafío garantista para América Latina

*Adrián Alejandro Alvaracín Jarrín*

La cooperación internacional, clave para atender los problemas penitenciarios

*Gladis Margot Proaño Reyes y Holger Enrique Proaño Reyes*

El privado como autor de peculado: ¿debate cerrado por la Corte Constitucional?

*José Andrés Charry Dávalos*

Presunción de inocencia y privación de la libertad en el sentido del fallo

*María Alexandra Ruiz Cabrera*

Población penitenciaria con discapacidad en el sistema jurídico peruano

*Nuccia Seminario-Hurtado y Jainor Avellaneda Vásquez*

Los servicios previos al juicio: respuesta al abuso de la prisión preventiva

*Diego Alfredo Zalamea León*

El sistema penitenciario ecuatoriano. Sin luz al final del túnel

*Janeth Patricia González Malla*

Traslados: la distancia y el olvido de los otros

*Luis Hernán Altamirano Espinosa*

El diálogo social: la participación democrática de los trabajadores en prisión

*Juan Pablo Quezada Astudillo*

LGBTIQ-fobia, una mirada a los delitos de lesa humanidad desde la diversidad sexual

*Brayan Alexander Chávez Rivera*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

