

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Jurisprudencia

**PENAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD COMO
ALTERNATIVA A LAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERTAD DE CORTA DURACIÓN**

Mia Renata Masoumi Maya

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de
Abogada.

Director: *Xavier Andrade*

Quito, 21 junio de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

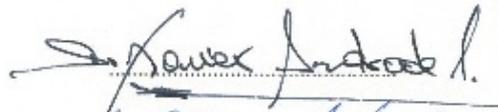
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

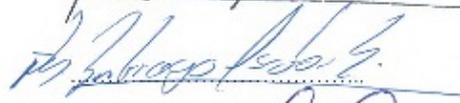
"Penas no privativas de libertad como alternativa a las penas privativas de libertad de corta duración"

Mia Masoumi

Xavier Andrade
Directora del Trabajo de Titulación



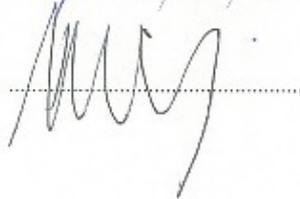
Santiago Escobar
Lector del Trabajo de Titulación



Fernando Flores
Lector del Trabajo de Titulación



Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, julio del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Penas no privativas de libertad como alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración

ALUMNO: Mía Renata Masoumi

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El presente trabajo de titulación refleja uno de los problemas carcelarios de siempre, el hacinamiento. Por ello, siempre es útil buscar herramientas idóneas para enfrentarlo, y con ello lograr eficiencia en el sistema penitenciario, y cumplir con sus fines como lo es, por ejemplo, la reinserción del individuo en la sociedad, además de generar la idea de humanización de la pena, que, en la actualidad, resulta insuficiente para cumplir, sin duda, cada una de las finalidades que han justificado su razón de ser y de existir dentro del derecho de castigar.

A través de este trabajo investigativo se establecen algunos de los problemas carcelarios de la realidad ecuatoriana, señalando al hacinamiento, a la violación de derechos humanos de quienes han sido privados de la libertad -con enfoque en el derecho a la salud-, desocialización de delincuentes primarios y un costo estatal sumamente elevado para el mantenimiento y funcionamiento de las cárceles, como ejemplos claros, de ello. Para sustentar lo planteado, se parte del análisis de los principios rectores del derecho penal, los fines de la pena, algo de teoría del delito y particularmente las políticas a favor y en contra de la privación de la libertad de corta duración, bajo todas sus aristas, incluso la opinión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la legislación ecuatoriana, así como el desarrollo de los fines de la pena a través del tiempo, para razonar sobre la contradicción real que existe entre la finalidad actual de la pena privativa de la libertad, y los efectos naturales y de derechos de la misma, en el siglo XXI.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del trabajo versa sobre la necesidad de implementar penas alternativas a la pena privativa de la libertad como mecanismos autónomos e independientes y no accesorios a la privación de libertad, en delitos de menor gravedad o cuya pena sea de corta duración -que en realidad son vinculantes-. La hipótesis expuesta se basa en la afirmación de que las penas no privativas de la libertad representan una alternativa idónea para la descongestión de los sistemas penitenciarios -herramienta contra el hacinamiento-, y planteada como un medio adecuado para evidenciar una verdadera humanización de las penas, así como una suerte de innovación en la teoría del delito y la pena. Para ello, no se plantea la abolición del sistema penitenciario, sino más bien la intervención de *ultima ratio* del derecho penal, bajo los principios y garantías que la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos establecen, haciendo énfasis

en el principio de legalidad, necesidad e idoneidad de las penas. En adición, se plantea también la pertinencia de incorporar el principio de exigüidad (escaso de lesividad) del hecho, con enfoque en la proporcionalidad de la pena en relación con la conducta, mismo que tendría fundamento en la trascendencia del bien jurídico que ha sido violentado, basado en la experiencia de países como Holanda, Suecia, Escandinavia, Italia, España y Alemania, que han obtenido resultados positivos en cuanto a la prevención penal y sus fines.

Para sustentar su hipótesis, la autora expone algunas teorías a favor de la privación de la libertad, otras en contra, e incluso algunas híbridas o mixtas respecto, sentando las razones y reflexiones por las que la privación de la libertad en ciertos delitos –menores-, debería replantear su existencia o razón de ser. Todo esto, con enfoque en los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, frente así a la necesidad de establecer mecanismos de sanción concretos y especializados para humanizar la aplicación de la pena de cárcel y permitir la resocialización del individuo que ha delinquido por primera vez. Por otro lado, destaca -como argumento de su hipótesis- los derechos, garantías y principios de una Constitución garantista de derechos, que contrasta con un Código Orgánico Integral Penal, extremadamente castigador y punitivo. Realiza un análisis de la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal para determinar la factibilidad de aplicación de penas no privativas de la libertad como alternativa a la privación de libertad estableciendo que ambos cuerpos normativos definen la aplicación de penas alternativas para ciertos casos, pero que no han sido aplicadas porque no existe una manera sustantiva o adjetiva o un sistema especializado para hacerlo, y porque es el mismo Código Orgánico Integral Penal el que limita la aplicación de penas distintas a la privación de libertad, cuando le da un carácter accesorio y no independiente o autónomo al de la pena principal.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El trabajo refleja el uso de diversas fuentes dónde destacan alrededor de 70 fuentes bibliográficas, de las cuales se refleja gran diversidad de información. Se revisó la obra de Carlos Fontán Balestra de 1980 y la más actual de Michel Cárdenas del 2018. Al ser un tema no debatido a profundidad en el Ecuador existe primacía de fuentes internacionales, dónde es evidente el uso de instrumentos internacionales como por ejemplo las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, entre otros. La autora en su investigación también emplea cuerpos normativos de distintos países como son: el Código Penal de Alemania e Italia, para analizar medidas alternas a la prisión. Revisa libros de diversos autores en derechos y garantías como Cohen (1998), Ferrajoli (1997), y Von Lizst (1999). Se destaca el uso de fuentes diversas nacionales para demostrar la situación penitenciaria del país, tales como noticias sobre la crisis penitenciaria actual y estudios de La Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, además del análisis del Código Orgánico Integral Penal y la Constitución; para establecer la viabilidad de la propuesta. Debe hacerse notar que existe un balance de fuentes, dónde en su mayoría se precisan fuentes electrónicas o net gráficas, bases de datos jurídicas como JSTOR, VLEX y libros con distintas teorías y opiniones en relación con la pena privativa de la libertad y el derecho penal.

No existe jurisprudencia nacional porque como se expuso la discusión es poco profunda y no hay evidencia sobre opinión jurisdiccional. Sin embargo, se evidencia el análisis de distintos ordenamientos jurídicos, tales como Holanda, Suecia, Escandinavia, Italia, España y Alemania, que han aplicado este tipo de penas con resultados satisfactorios que sustentan la hipótesis de este trabajo de titulación. Los materiales bibliográficos y los documentos de soporte son complementados con información obtenida de páginas web y fuentes de una diversa índole, generando un adecuado, conveniente y correcto desarrollo estructural de contenidos sobre todos los temas y subtemas investigados, es decir, fuentes suficientes para las variables de estudio.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Desde la introducción la autora perfila el problema, una hipótesis clara y una estructura de cómo desarrollará su investigación de tres capítulos. Así el Primer Capítulo, plantea en general, el origen del delito, su definición, el interés principal a través del cual se precisa su existencia, entendido como bien jurídico protegido. Continúa con los principios que dieron origen al derecho penal. Este capítulo es teórico pues destaca los pilares y presupuestos legales para la existencia del delito. En esta definición de delito se precisan sus tres elementos de rigor, incluso como antiguamente se sostenía, a la pena (p. 3). La autora, al hablar del bien jurídico protegido, señala, no solamente la subjetividad de su concepto, sino que destaca las distintas teorías donde los bienes jurídicos que el derecho penal protege, dependen más bien de la sociedad –histórica- que se somete al mismo (p.4), y la manera en que cada colectividad ha clasificado a los mismos. Destaca el cambio notorio de concepción histórica de los derechos que se busca proteger, donde inicialmente, tenía fundamento empírico basado en los derechos inherentes al ser humano tales como la vida, integridad, entre otros; y que, con el paso del tiempo, este sentido es alterado radicalmente al plantear que serán bienes protegidos aquellos que el estado considere, señalando como ejemplo, la incorporación del patrimonio –como bien jurídico de protección- incluso en su mínima afectación (p.5). Destaca también que el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino más bien la voluntad general de protección en su Constitución, basada en la reglamentación de instrumentos internacionales que los crea (p.5). Finalmente, para terminar este capítulo, la autora resalta que la idea de tutela de bienes jurídicos protegidos, no implica necesariamente que en todos los bienes tutelados, intervenga el derecho penal, donde solo los bienes jurídicos protegidos deberían ser aquellos no susceptibles de valoración económica (p.6). De esta forma analiza también los principios fundamentales del derecho penal relacionados entre sí, por el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución e instrumentos internacionales, al referirse al principio de legalidad, humanización del derecho penal, proporcionalidad, mínima intervención del derecho penal y lesividad (pp. 7-8). La descripción de toda esta información es complemento fundamental para el desarrollo de la tesis.

El Capítulo Segundo revisa la teoría de la pena, planteando una génesis de la potestad de sancionar conforme los distintos ordenamientos jurídicos que dieron origen a la pena, resaltando

que el poder punitivo no era aplicable en el desarrollo de las primeras civilizaciones y la solución era el acuerdo de las partes (p.9). Explica que, el derecho germánico, se basó en la Ley de Talión y la Venganza (p.9). Hace énfasis en la influencia de la religión en el derecho penal, haciendo mención en el derecho hebreo y el derecho canónico, así como la influencia de la biblia que desarrolló preceptos tales como el Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio (p.8). Se analiza también el derecho romano y su influencia. En esta línea argumental, estudia al ordenamiento ecuatoriano, con el derecho inca y el derecho de la colonia con su influencia en la teoría de la pena (p.10). Por otro lado, se define a la pena desde una perspectiva general y acorde al Código Orgánico Integral Penal dilucidando la idea de potestad de sancionar (p.11). La autora destaca que la pena privativa de la libertad es distinta a la pena en su sentido amplio, y por tal razón precisa también su origen y concepto (pp.11-13). Se realiza una exposición de las teorías de la a favor de la pena privativa de la libertad, de las que tienen como fundamento principal, la humanización de la pena, señalando que la cárcel habría eliminado el teatro de la pena, además de cumplir con la prevención especial negativa basada en la intimidación para que el individuo no pueda delinquir y que, paradójicamente, se complementa con la idea de resocializar al individuo para evitar que vuelva hacerlo; teoría que mira a la cárcel como un mal necesario (p.15). Por otra parte, en contrasentido, plantea a la teoría que está en contra de la pena privativa de libertad, en donde sustenta la posición desde las ideas de M. Foucault, quien establece que la cárcel aparece como una falsa humanización de la pena pues la misma todavía representa vulneración de derechos y sufrimiento corporal, y que nació a causa de la manifestación del poder industrial con fundamento económico (p.16). Se revisa también a la teoría unificadora de la pena, en donde se destaca que, al ser una suerte de híbrido o combinación entre teorías (como exponente a Beccaria), de corte liberal, mantiene una crítica al sistema penitenciario, dónde se expone la necesidad de penas para determinadas conductas que no deben necesariamente sancionarse con privación de libertad (se complementan con las ideas de Jakobs y Lardizábal), quienes precisan que el Estado, en su régimen carcelario debe propender a la prevención especial y general positiva (pp. 17-18). El capítulo termina con la descripción del estado actual de las prisiones en Ecuador con sustento en que el fin -en esencia de la pena privativa de la libertad-, es la reinserción, y que lamentablemente no ha sido cumplido. Describe los problemas de la pena privativa de libertad que producen hacinamiento, desocialización, violación de garantías y derechos, y costo social elevado. Toda esta información es sustentada con estadísticas, noticias y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pp.18-21).

El Capítulo Tercero abarca las penas alternativas a la privación de libertad en general, al describir también las penas privativas de la libertad de corta duración. En primer lugar, la autora manifiesta la necesidad de una política penal reduccionista con fundamento en las garantías de la Constitución y el punitivismo excesivo del Código Orgánico Integral Penal. Explica que el delito abarca mayores aspectos que los que en la actualidad son apreciados por el juez, tales como causas y circunstancias del delito, así como sus efectos en la colectividad (pp. 21- 23). Por su parte, plantea las razones de existencia de las penas privativas de libertad de corta duración y su relación con el principio de proporcionalidad y de la valoración del bien jurídico protegido vulnerado por la conducta, y que son “demasiado graves para delitos menores”. Incluye ejemplos como resoluciones de la Comisión de Estupefacientes respecto a los Estados de promover directrices para delitos relacionados con drogas con aplicación menos severa de penas y también

la idea de Hassemer de un derecho de intervención que separe el derecho penal de las contravenciones por su naturaleza (p. 24). Es interesante la idea de incorporar al principio de exigüidad del hecho como fundamento de aplicación de las penas no privativas de la libertad y la noción de complementariedad que el mismo tendría con los principios que rigen al derecho penal, descritos en el Capítulo I. Este concepto se describe con sustento el ordenamiento jurídico italiano como el análisis de las circunstancias y consecuencias del ilícito y la manera en que otros países han aplicado dicho principio. Destaca al ordenamiento alemán con respaldo de la tipificación de condiciones para acogerse a estas penas. Cita al Código Penal portugués con dispensa de penas con límite a seis meses (pp. 25-26). Precisa el modelo de penas alternativas con enfoque en sus beneficios, así como su posible aplicación y la aclaración de que dicho modelo no corresponde a una despenalización de los delitos (pp.26-29). Hace también una clasificación de penas alternativas, con enfoque en aquellas aplicadas en modelos de éxito tales como Suecia, Holanda y Escandinavia dónde describe que el problema de dichos ordenamientos jurídicos radica en la falta de delincuentes en la cárcel, y que en dichos países se cumplen los fines de la pena. (pp. 29-31).

Finaliza el presente trabajo con el Capítulo Cuarto, en donde la autora plantea “la propuesta”, comenzando con el análisis del marco normativo de Ecuador para demostrar la viabilidad de la idea de aplicación de penas alternativas a la pena privativa de la libertad. Simplifica los aspectos más importantes, en donde subraya que tanto la Constitución como el Código Orgánico Integral Penal, reglan la aplicación de penas alternativas, pero que las mismas no son aplicables en la actualidad por inexistencia de una entidad especializada, la falta de un cuerpo normativo con pautas previas y el carácter de accesorio de las penas no privativas de la libertad ante la prisión acorde al Código Orgánico Integral Penal, artículo 60. (pp.31-34). La formulación de la propuesta se describe de manera breve y precisa estableciendo la pertinencia de aplicación de estas penas por los jueces facultados para el efecto, bajo la creación de un sistema diseñado con ese objetivo, que establezca pautas y criterios de valoración para el juez, así como la educación del mismo. Insiste en la incorporación del principio de exigüidad y la reforma del artículo 70 del Código Orgánico Integral Penal en relación con el carácter de accesorio de las penas no privativas de libertad, además de la reforma del artículo 10 del mismo cuerpo legal dónde no exista la prohibición de la privación de libertad en establecimientos no autorizados, esto acorde también con la Constitución respectivamente (pp.34-35), lo que ciertamente es aún muy discutible. Termina con las conclusiones de rigor, algunas de ellas ciertamente, también controversiales.

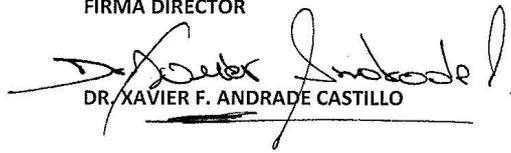
e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Este trabajo de investigación fue desarrollado durante cinco meses y medio aproximadamente. La estudiante presentó a la par los capítulos I y II en el mes de enero del 2019 y a los cuales se realizaron observaciones de forma y fondo. Así, en el Primer Capítulo se realizaron observaciones respecto a ampliaciones de temas y disminución de información sobre la historia y el origen de la pena, se sugirió la aplicación de citas y notas bibliográficas y pequeñas correcciones ortográficas. En el segundo capítulo las observaciones fueron respecto a incorporación de más citas, ampliación del fondo de la teoría del delito y las distintas posturas respecto a la pena privativa de la libertad. El Capítulo Tercero, se entregó el 3 de mayo y su revisión fue el 14 de

mayo, donde se recomendó la eliminación de cierta información poco relevante de manera que se de prioridad a las variables de estudio, así como brindar mayor sustento a la idea de penas no privativas de libertad y la manera en que el modelo de aplicación de las mismas sería posible. Se observó sobre la necesidad de profundizar sobre las teorías a favor y el contra de la privación de la libertad y sus fundamentos, sobre todo en base a los fines de la pena.

Por último, se cumplieron todos los requerimientos de investigación y recomendaciones de tutoría, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR



DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política previamente descrita.

De esta forma, autorizo a la Universidad San Francisco de Quito para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual de la institución, acorde a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: 

Nombre: Mía Renata Masoumi Maya

Código: 00117806

C. C. 1724151442

Fecha: Quito, 21 de junio de 2019

Agradezco a:

Dios, por su constante amor y manifestación en mi vida.

Mi familia, por creer en mi y hacer de este sueño realidad.

Mis hermanas de vida y mis camaradas.

La Maga, por la inspiración que su presencia brinda a cada uno de mis días.

Mis maestros, porque gracias a ustedes floreció el amor hacia el derecho, el conocimiento, la responsabilidad, el valor de la honestidad y la constancia.

Hago énfasis especial en mi mentor, Xavier Andrade, quien ha guiado mi camino desde el inicio de esta aventura. ¡Siempre serás mi guía!

Farith, por todo tu apoyo.

Claudia y Verónica por enseñarme a ser cada día mejor.

Fernanda, Sheyla y Álvaro por su paciencia.

Panchito, por ser tan comprensivo.

El mundo le pertenece a quienes no tienen miedo de cambiar las cosas, de cuestionarlas y analizarlas. El día de hoy, reafirmo la idea de que solamente es imposible aquello que no se intenta, y que la evolución del derecho depende de cada uno de nosotros.

Siempre creeré en el poder del amor y la palabra.

¡Que dicha estar viva!

Resumen

Durante el desarrollo de la historia de la humanidad, los individuos que coexisten en sociedad han buscado limitar la libertad de los individuos que conforman dicho colectivo. Sin embargo, la forma de suplir dicha necesidad ha mutado acorde a las circunstancias históricas de cada sociedad en concreto, porque tal como se precisará, la delegación de poder al estado, haciendo énfasis en el poder punitivo, no ha existido siempre. Es por tanto que la esencia de este trabajo consiste en el análisis histórico de la evolución o paradójico retroceso de la pena, en busca de comprender no solamente la razón de ser del derecho penal, sino dilucidar de forma paralela y breve la teoría del delito.

Para el efecto, se abarcarán las distintas perspectivas que engloban al derecho penal como máxima manifestación de la facultad punitiva del Estado, con enfoque en la aplicación de penas privativas de libertad, al desmembrar el concepto, precisar las teorías que delinear sus existencia, con sustento en una breve reseña de la historia de los delitos y de las penas. Se establecerán también las ventajas y desventajas de la aplicación de la pena privativa de libertad con enfoque en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se caracteriza por mantener un Código Penal esencialmente punitivista y que reposa bajo una Constitución garantista de derechos.

Finalmente, en busca de encontrar una solución a la situación actual de la pena privativa de libertad, se desarrollará la idea de aplicación de penas alternativas a la pena privativa de libertad, con el objeto de innovar la teoría del delito mediante el reconocimiento de los principios que delinear el derecho penal, y la preponderancia que tienen los derechos inherentes al ser humano, respecto a la vulneración de bienes jurídicos protegidos y la posterior privación del derecho a la libertad ambulatoria que caracteriza al derecho penal en esencia.

Palabras clave: Código Orgánico Integral Penal; De la teoría del Delito; De la teoría de las Penas; Penas Privativas de Libertad; Penas Alternativas; Ius Puniendi, Hacinamiento; Costo Social de la Cárcel; Derechos de los reclusos; Desocialización.

Abstract

During human history development, individuals who aim to coexist together, have sought to limit their freedom. However, the way in which they decide to limit themselves has changed according to the historical circumstances of each society. As it will be demonstrated, the delegation of freedom and power to the state, essentially punitive power, has not always existed. This work consists on the historical/sociological analysis about the evolution or paradoxical regression of punishment law.

It is really important to understand, for this purpose, all the perspectives that surround criminal law, as the maximum manifestation of the punitive power of the State, focusing on the application of custodial sentences, by dismembering the concept and specifying the theories that emphasize its existence. This work includes a brief review about the history of crime and penalties, essentially in Ecuador, where there are advantages, but also disadvantages evolving criminal law, the ones that are explained in this work.

Finally, in the course of the analysis of criminal law in Ecuador, different alternative penalties will be also described. All of this, with the aim of innovating the theory of crime; through the recognition of principles that characterize criminal law, and the preponderance of the inherent rights of the human being, with respect of protected legal rights and the subsequent deprivation of the ambulatory freedom.

Keywords: COIP; Punishment History; Criminal Law; Imprisonment; Alternative Ways of Punishment; Jail Overcrowding; Social Cost; Desocialization.

Introducción.....	1
Capítulo I: De los delitos	3
1.1 Definición de delito.....	3
1.2 Del bien jurídico protegido	3
1.3 Principios del Derecho Penal	7
Capítulo II: De las penas.....	9
2.1 Génesis de la potestad de sancionar	9
2.2 Definición de pena.....	12
2.3 De la pena privativa de libertad.....	13
2.3.1 Nacimiento de la pena privativa de libertad.....	13
2.3.2 Concepto	14
2.3.3 Teorías de la pena privativa de libertad	15
2.3.3.1 Teorías a favor de la pena privativa de libertad.....	16
2.3.3.2 Teorías en contra de la pena privativa de libertad	17
2.3.3.3 Teorías unificadoras de la pena privativa de libertad	18
2.3.4 Situación actual de la pena privativa de libertad.....	20
Capítulo III: De las penas alternativas a la privación de libertad	25
3.1 Política penal y reduccionismo.....	25
3.2 De las penas privativas de libertad de corta duración	26
3.3 De la exigüidad del hecho	28
3.3 Del modelo de penas alternativas a la pena privativa de la libertad.....	30
3.4 Clasificación de las penas alternativas	32
Capítulo IV: Propuesta.....	35
4.1 Marco normativo en Ecuador	35
4.2 Formulación de la propuesta	38
Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	42

Introducción

El Derecho es una ciencia social, sujeta a constante modificación y cambio. En este aspecto, al ser derecho penal una de las ramas que derivan del mismo, corresponde a la teoría del delito y de las penas, adaptarse a la realidad social, moral, económica y política del espacio-tiempo en que se desenvuelve. Por tal razón, en la actualidad es necesario establecer las razones por las que el derecho penal ha sido creado, comprender su desarrollo y evolución a través de la historia, para de esta forma abarcar la potestad estatal de sancionar, materializada en su máxima expresión a través de las penas privativas de libertad; estableciendo de esta manera la pertinencia de comprender su origen, progreso, ventajas y desventajas con enfoque en el ordenamiento jurídico de Ecuador.

Por ende, tomando en cuenta que en nuestros días el sistema penitenciario se caracteriza por encontrarse en crisis, y que la pena no cumple los objetivos por los que ha sido creada, es necesario indagar y analizar la teoría del delito y de las penas en su conjunto, para de este modo reconocer problemas y fortalezas; además de establecer soluciones al caso concreto, con sustento en la realidad social contemporánea. Para el efecto, se desmembrarán cada uno de los conceptos que conforman esta rama del saber y que por su naturaleza, precisan una determinación teórica con aplicación posterior práctica. Este análisis se realizará en relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y de ser el caso, mediante el uso de legislación comparada e instrumentos internacionales.

En primer lugar, a partir del capítulo I, se desarrollará la teoría del delito, con objeto de definir el concepto, establecer sus principios, al reconocer las garantías que la Constitución y los instrumentos internacionales establecen, además de determinar la naturaleza e importancia del bien jurídico protegido por el derecho penal. Posteriormente, en el capítulo II, se precisará la teoría de las penas entendida como la potestad de sancionar, al estudiar su génesis, así como la definición del concepto de pena, el origen de la pena privativa de la libertad y las distintas teorías tanto en contra como a favor de la imposición de la pena, la descripción de los fines de la pena privativa de la libertad y su situación actual, materializada en los problemas que en pleno siglo XXI atraviesa. Subsiguiente, por medio del capítulo III, se desarrollará un análisis de las penas

alternativas a la pena privativa de libertad, con fundamento en el punitivismo que caracteriza al Código Orgánico Integral Penal y el garantismo de la Constitución del Ecuador, además de la idea del reduccionismo penal en las penas privativas de libertad de corta duración, mediante la implementación del principio de exigüidad del hecho, como complemento de los principios que en la actualidad rigen al derecho penal, además de la descripción breve de ordenamientos jurídicos donde la implementación de este tipo de penas ha traído resultados beneficiosos. De esta forma, será posible en concordancia con el capítulo IV, plantear un modelo de penas alternativas a la pena privativa de libertad como solución a los propios problemas que la cárcel en Ecuador trae consigo. Todo esto, partiendo de la implementación de penas alternativas a la pena privativa de libertad y que para el efecto, corresponderán al análisis de la factibilidad o no, acorde a la legislación ecuatoriana de dicha propuesta, con la ulterior formulación de una solución concreta.

Capítulo I: De los delitos

Precisar la naturaleza del delito y de las penas, radica en primer lugar, en el análisis y estudio de los presupuestos jurídicos que delinean el comportamiento humano; análisis escalonado y metodológico de la aplicación de la ley penal en el caso concreto y que encuentra su fundamento en la teoría del delito. Por lo que, a continuación se precisará la concepción general del delito, para derivar de esta forma en la genealogía de la potestad estatal de sancionar.

1.1 Definición de delito

En la actualidad, se entiende al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. Es decir, como una acción u omisión, respectivamente, que se encuentra establecida en un Código Penal, que encaja en cada uno los elementos que el legislador ha prescrito para el efecto y que ocurre ya sea de manera negligente o con la intención de causar daño a determinado bien jurídico protegido por un sistema legal concreto.¹ Cabe resaltar, que un delito puede corresponder a un resultado lesivo, o al mero peligro de que dicho resultado se concrete. Por su parte, el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Código Orgánico Integral Penal ha prescrito que “las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones”² y que serán penalmente relevantes aquellas acciones u omisiones que pongan en peligro o produzcan resultados lesivos, descriptibles y demostrables³.

1.2 Del bien jurídico protegido

La definición de bien jurídico en el derecho penal, implica el análisis de diversas perspectivas. Autores como Von Liszt, plantearon la idea de *bien jurídico* entendido como un interés fundamental para el correcto desenvolvimiento de la colectividad, y que por su

¹ Fernando CASTELLANOS. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Parte General*. 43ª Edición. México: Porrúa, 2002, p. 15.

² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 19. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 22. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

importancia adquiere reconocimiento jurídico.⁴ En este aspecto, dicho interés subsiste de manera distinta a un derecho objetivo, porque el bien jurídico no corresponde una ley, sino más bien un interés fundamental que se ha positivado a través de ella.⁵ De esta forma, el bien jurídico protegido tampoco es un derecho subjetivo, porque no implica la facultad de exigir un derecho. Mucho menos consistirá el bien jurídico en el objeto material de la acción, pues dicho objeto corresponde al ente casi siempre material, sobre el que recae la misma.⁶ A manera de ejemplo, en el delito de hurto, el objeto se materializa en la cosa mueble que ha sido sustraída por el sujeto activo de la conducta; el bien jurídico comprende la propiedad, mientras el derecho objetivo se concreta a través de la norma que contiene dicho delito, y el derecho subjetivo reside en la facultad que tiene la persona afectada, de denunciar dicho acto.

Por otro lado, tal como Stratenwerth establece, para Binding es el legislador el que decide los bienes jurídicos que son imprescindibles para el desarrollo de una vida armoniosa en colectividad.⁷ Mientras que para Leyva, citando a Mezger, los intereses que corresponden al bien jurídico, no solamente se perfilan en el individuo, sino también en la sociedad.⁸ El maestro Abanto, haciendo alusión en Welzel, estableció, que la existencia de bienes jurídicos protegidos responde a la idea de protección de valores fundamentales de carácter ético social; identificando al bien jurídico como todo estado social deseable que el derecho busca resguardar para la consecución de sus fines.⁹ Quintero, en cambio, instauró que el bien jurídico precisa algo más que un interés, pues corresponde a un derecho social reconocido por la Constitución y el Derecho Internacional, y que por su notable naturaleza, al ser la mayoría de veces no susceptible de apreciación económica, precisa la “más alta protección jurídica que es la pena”.¹⁰

⁴ Franz VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. 20ª ed. T. I. Madrid: Reus, 1999, p.6.

⁵ Mariano KIERSZENBAUM. “El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual”. *Lecciones y Ensayos* (2009), p. 190.

⁶ *Ibid.*

⁷ Günter STRATENWERTH. *Derecho penal. Parte general*. 4ª ed. T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 65.

⁸ Manuel LEYVA, Larisbel LUGO. “El bien jurídico y las funciones del Derecho penal”. *Revista Derecho Penal y Criminología* (2015), p. 66.

⁹ Manuel ABANTO. “Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”. *Revista Penal*, p. 25.

¹⁰ Gonzalo QUINTERO. “Delitos contra Intereses Generales o Derechos Sociales”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (1983), p.574.

El eximio Ferrajoli, describe una *parábola involutiva del bien jurídico* dónde inicialmente para el pensamiento ilustrado que va de Thomasius a Feuerbach y Humboldt, de Bentham a Condorcet, de Genovesi y Filangieri a Romagnosi, Pagano y Carmignani, la tipificación del delito, correspondió a la necesidad de evitar la lesión de un derecho natural inherente a una persona, tales como la vida, salud y libertad; mismos que no son susceptibles de valoración monetaria.¹¹ Para la escuela clásica italiana, también ilustre destacan Rossi, quien entiende a la pena como un mal necesario, y para Carrara que describe al delito como la consecuencia a la lesión de un bien protegido, el concepto mantuvo una base empírica y que durante la segunda mitad del siglo XVII pierde toda función axiológica, pues acorde a Ferrajoli:

Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad. Este giro, en parte, es atribuido a Hegel.¹²

Finalmente dentro de esta involución, Ferrajoli enfatiza la etapa espiritual de la cultura alemana del siglo XVIII, alejada de la razón y de todo fundamento científico, dónde “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y auto reflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”¹³ y que de manera posterior a la segunda guerra mundial, se convierte nuevamente en crítico y axiológico. Se convierte en el interés del estado de no dañar a otros, más no existe una delimitación del daño y las razones por las que se pretende proteger un BJ por sobre otro.

En este punto, tomando en cuenta que el derecho penal protege los bienes jurídicos del ordenamiento jurídico, ya sea como un interés anterior al derecho, o como un derecho con carácter social, surge la incógnita: *¿es el derecho penal creador de los bienes jurídicos protegidos?* Y la respuesta es no, porque el derecho penal sanciona las conductas lesivas en relación con bienes jurídicos protegidos, más no los establece. El

¹¹ Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Italiana, 1997, p. 467.

¹² Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Italiana, 1997, p. 464.

¹³ *Ibid.*

bien jurídico es creado, en países democráticos, por el Derecho Internacional y por ende, el Derecho Constitucional.¹⁴ Partiendo de la idea de bien jurídico protegido, nace el delito; comprendido como una conducta que atenta dichos bienes, y que representa la función sistemática y progresiva en relación con intereses que la sociedad protege, acorde a su importancia, para de este modo clasificar y catalogar los delitos.

Sin embargo, la afirmación de que el derecho penal busca tutelar bienes jurídicos del ciudadano o de la comunidad, no implica que su protección abarque todos los bienes jurídicos, ni que el ataque hacia los bienes jurídicos que son penalmente tutelados, consista en la intervención permanente del derecho penal;¹⁵ por el contrario el derecho penal debe actuar para salvaguardar los bienes jurídicos más esenciales del ordenamiento jurídico, aquellos no susceptibles de una simple valoración económica, y que se manifiestan acorde con los principios que su propia Constitución establece, tales como subsidiariedad y el carácter de última ratio del derecho penal, que son comunes dentro de muchos ordenamientos democráticos.¹⁶

Entonces, dado que el criterio de ataques lesivos implica una apreciación puramente subjetiva, se pretendería que todos los bienes jurídicos que la Constitución en estados democráticos garantiza, deberían protegerse a través del derecho penal, pero esta idea adquiere un tinte insuficiente, ya que para determinar si un bien jurídico debe ser protegido penalmente, deben analizarse otros factores, tales como consecuencias sociales de la conducta, apreciación monetaria del bien jurídico, sancionando únicamente los comportamientos que afectan de manera inaceptable la estabilidad social¹⁷ acorde a los principios que rigen el derecho penal y que se precisarán a continuación.

¹⁴ Mariano KIERSZENBAUM. "El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual". *Lecciones y Ensayos (2009)*, p. 189.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ María CAMACHO. El bien jurídico Penal. www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf (acceso 15/05/2019).

¹⁷ *Ibid.*

1.3 Principios del Derecho Penal

Una de las fuentes más importantes del derecho penal radica en los principios establecidos de manera previa a su funcionamiento y desarrollo. Cabe precisar, que al ser el ordenamiento jurídico ecuatoriano materia de este trabajo, los principios que rigen el derecho penal, ya sea durante el desarrollo del proceso, o al imponer una pena privativa de libertad, se encuentran plasmados no solamente en el Código Orgánico Integral Penal, sino también en la Constitución e instrumentos internacionales. Sin embargo, para efectos del tema a tratar, se describirán aquellos relacionados de manera directa con la pena privativa de libertad y la idea de penas alternativas a la pena privativa de la libertad, resaltando que no son los únicos, mucho menos son excluyentes.

Para el efecto, se destaca que dichos principios se vinculan con la idea de Garantismo Penal, que se encuentra explícito en el artículo 11 y los títulos III y IX de la Constitución del Ecuador, y que para Ferrajoli consiste en una teoría de legitimación o deslegitimación del derecho penal, que busca la racionalización del poder punitivo.¹⁸

Primero, destaca el principio de legalidad, descrito en el artículo 5, numeral primero del Código Orgánico Integral Penal y en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución; y que encuentra su origen en la frase *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*¹⁹ que determina la no existencia de proceso penal sin norma que establezca la existencia del delito, y que tiene su origen esencialmente en la prevención general positiva²⁰ como uno de los fines de la pena.

Por otro lado, se precisa la humanización del Derecho Penal, dónde se reitera la titularidad de todas las personas que intervienen en el proceso penal, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales, tales como, La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas

¹⁸ Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Italiana, 1997, p. 852.

¹⁹ Frase en latín que en español significa “ Ningún delito, ninguna pena, sin ley previa”.

²⁰ Teoría del fin de la pena que se describirá de manera posterior.

a la Esclavitud de 1956, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de la Libertad, entre otros; y que acorde al bloque de constitucionalidad, serán aplicables en materia penal.²¹

El principio de proporcionalidad, por su parte, es de los principios que mayor interpretación requiere. El término proporcional hace especial referencia a la correspondencia que debe existir entre una cosa y otra; y en aspectos legales, establece parámetros jurídicos que deben analizarse al aplicar una sanción, tales como una mayor o menor sanción acorde al tipo de delito. Este principio se encuentra constitucionalizado en el artículo 76 numeral 6, que prescribe: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Este principio constitucional tiene por finalidad evitar la arbitrariedad en la aplicación de las penas y tiene como subprincipio a la idoneidad²².

La idoneidad consiste además en la relación de causalidad, del medio y el fin, es decir, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Este análisis debe manifestarse en la medida en que la medida restrictiva tenga un fin constitucional y jurídico que sea adecuado para la protección de otro bien jurídico que sea el más relevante para el caso concreto.

Finalmente, el principio de mínima intervención del derecho penal reposa en dos vertientes, dónde la primera consiste en que el derecho penal ha de usarse dada a su naturaleza restrictiva sobre derechos fundamentales, como último recurso al haber fracasado otros mecanismos de protección de derechos; y por otro lado, corresponde a que las sanciones penales han de limitarse al círculo de lo indispensable, es decir para enfrentar conductas delictivas de la más alta gravedad, dónde la pena privativa de la libertad sea la más idónea para la protección del bienestar general, con tolerancia a los

²¹ José CORNEJO. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. *Ius Humani*, (2016), p. 225.

²² Toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

ilícitos más leves.²³ El derecho penal, una vez aceptada su necesidad²⁴ no buscará sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos protegidos, sino únicamente a todas las conductas que lesionen los bienes jurídicos más importantes.

Este principio, se manifiesta ya se a partir de la descriminalización de conductas típicas cuya percepción social haya mutado a través del tiempo, o con la sustitución de penas tradicionales como la pena privativa de la libertad, con otras penas menos nocivas de derechos fundamentales del condenado. El principio de mínima intervención del derecho penal consiste en un límite en relación con el juzgador, de aplicar penas graves solamente a los delitos más graves²⁵.

En este aspecto, radica también el principio de lesividad que Cornejo, haciendo énfasis en el criterio de Ávila, define como aquel en que serán penalmente relevantes aquellas conductas que no solamente comprendan un daño a tercero, sino que también impliquen una transgresión extremadamente ofensiva para el bienestar colectivo y no una simple vulneración de bienes jurídicos no trascendentales para el desarrollo de la vida en colectividad.²⁶

Capítulo II: De las penas

2.1 Génesis de la potestad de sancionar

Tras haber descrito los principios trascendentales del derecho penal, es necesario establecer su origen, para comprender de esta forma, que al igual que otras ciencias sociales, el derecho penal se crea y evoluciona conforme lo hace la sociedad a través de

²³ Rodrigo GIL. “Medidas Sustitutivas a la Pena de Privación de la Libertad”. *Derecho y Humanidades* (2011), p. 42.

²⁴ Toda intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que se precisan para la sanción concreta.

²⁵ Rodrigo GIL. “Medidas Sustitutivas a la Pena de Privación de la Libertad”. *Derecho y Humanidades* (2011), p. 50.

²⁶ José CORNEJO. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. *Ius Humani*, (2016), P. 225.

la historia. Por ende, el delito corresponde a la valoración jurídico-histórica que realiza la sociedad en una época determinada de ciertas conductas, y que se vislumbra mediante un conjunto de normas punitivas, entendidas como penas; establecidas en la actualidad en países democráticos por el Estado como representante y aparente protector de la voluntad y bienestar general, pues la pena no es consecuencia del delito, sino más bien un fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines que persigue.²⁷

En primer lugar, Ponce precisa la afirmación de Zaffaroni en que durante el desarrollo de las primeras civilizaciones que habitaron nuestro planeta, el poder punitivo del Estado no era aplicable. Es decir, los conflictos encontraban solución en el acuerdo de las partes, con enfoque en una reparación proporcional al detrimento ocasionado a la víctima. La venganza era netamente privada, siendo acorde al “ojo por ojo” establecido en la Ley de Tali3n. En Babilonia, con fundamento en el C3digo de Hammurabi, se establecían penas drásticas que incluían la mutilación y la muerte.²⁸

Sin embargo, esta perspectiva depende del espacio-tiempo en que las relaciones jurídicas se desenvuelven, pues en el derecho germánico, basado en la costumbre, los delitos eran considerados asunto privado y familiar, d3nde la familia ejercía el *faida artestas*, entendido como sangre con sus propias manos basado en la Ley de Tali3n;²⁹ o podía por otro lado, a partir de la vigencia de la Composición,³⁰ prescindir de este tipo de venganza, al admitir un convenio de indemnización.³¹ Sin embargo, a partir del nacimiento de los denominados delitos de majestad, así como la influencia del

²⁷ Norberto HERNÁNDEZ. La Dinámica del Encarcelamiento. www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/j.ctv1xz12t.4.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Acaeeef8637ec53b3d15dcc563db5ce986 (acceso 13/04/2019).

²⁸ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del C3digo Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de Pregrado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

²⁹ Ley que establecía el “ojo por ojo, diente por diente” y que dio origen al fin retributivo de la pena.

³⁰ Ley posterior a la Ley de Tali3n que establecía nuevas formas de castigar.

³¹ Eduardo NOVOA. *Curso de Derecho Penal chileno*. 3ª ed. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 16.

cristianismo³² comenzó el ejercicio de la acción penal pública,³³ por corresponder a la vulneración de intereses que se percibían como generales.

Además, llama la atención que en el desarrollo de la historia del derecho penal, juega un rol fundamental el derecho penal hebreo, basado en la legislación Mosaica, con origen en el Pentateuco,³⁴ fundamentado en principios religiosos expuestos esencialmente dentro del Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio y que se convirtieron en normas jurídicas. Por su parte, destaca también el Derecho Penal Romano que se caracterizó esencialmente por su racionalidad, esto porque además de afirmar el carácter público y social de la acción, planteó nuevas concepciones basadas en la naturaleza de la conducta del sujeto, determinando la existencia de delitos dolosos y culposos, separando el aspecto eclesiástico de la norma jurídica, además de delimitar causales de exclusión de la antijuridicidad de la conducta.³⁵ A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, tales como el derecho canónico que dieron gran preponderancia a la religión y la iglesia³⁶.

Por su parte, el derecho hispánico determinó criterios enfocados en generar una conciencia colectiva de prevención contra el delito, además del establecimiento del principio de proporcionalidad de la pena como elemento fundamental para determinar la sanción aplicable al delito. Todo esto a partir de la implementación de penas no solamente corporales, sino también monetarias; mismas que se aplicaban mediante Códigos denominados fuero; dónde existió preponderancia a la sanción monetaria en delitos relacionados con el patrimonio de las personas y aquellos que afectaban en general a terceros.

Por otro lado, el imperio Inca, con un ordenamiento jurídico basado en la costumbre y que acorde a De la Torre correspondió a un sistema público de la acción que procedía de oficio, lejano a la venganza privada, con tipicidad delictual fundamentada en delitos

³² Delitos contra los reyes y miembros de la corona de la monarquía.

³³ Cualquiera de los miembros de la colectividad podría presentar la denuncia, tal como se la conoce en el derecho procesal moderno.

³⁴ Antiguo testamento de la biblia.

³⁵ Carlos FONTÁN. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Artes Gráficas Candil, 1980, p. 43.

³⁶ *Ibid.*

similares a los que actualmente abarca el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, correspondió a un análisis de la pena en relación con las circunstancias del delito con penas públicas que podían acarrear hasta la muerte del condenado, violatorias del principio de igualdad ante la ley y que correspondían a la vulneración de bienes jurídicos inherentes a la persona y no aquellos netamente pecuniarios³⁷. Finalmente, el derecho penal durante la colonia fue netamente público, dado que el Estado establecía la pertinencia de tipificar determinadas conductas, y solamente sería el mismo Estado el encargado de hacer cumplir lo establecido, al sancionar las conductas contrarias a los mandamientos de Dios.³⁸

2.2 Definición de pena

De manera posterior a la comprensión del delito, es necesaria la delimitación de la consecuencia que deriva del mismo, que se conoce como pena, y que corresponde en esencia al derecho penal. Al ser una rama del derecho público, el derecho penal está basado en la delegación del uso de la fuerza al Estado y que implica la protección que el aparato estatal garantiza a sus súbditos, al monopolizar ejercicio del uso de la fuerza, pues la relación jurídica que nace del delito “se forma entre el delincuente, y el Estado como soberano y no entre aquel y el particular ofendido”.³⁹

El derecho penal tiene su razón de ser en la pena, pues en la misma se establecen supuestos de conducta acorde a la maquinaria social vigente. En este punto, con fundamento en la jerarquía normativa⁴⁰ y bloque constitucional, el Derecho Penal debe estar sujeto al Derecho Constitucional respecto a la protección de bienes jurídicos, pues solamente de esta forma podrá precautelar de manera precisa los bienes jurídicos que la sociedad busca proteger.

³⁷ Javier DE LA TORRE. *Estudio del Derecho Penal*. Quito: Biblioteca Universidad de las Américas, 1994, p. 7.

³⁸ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de Pregrado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

³⁹ Fernando CASTELLANOS. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Parte General*. 43ª Edición. México: Porrúa, 2002, p. 19.

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Desde una perspectiva general, el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para la contravención de dichas órdenes. La pena es la pérdida o disminución de sus derechos personales que la ley impone a una persona (el delincuente) como consecuencia de determinados hechos (el delito).⁴¹

Para Cabanellas, la pena corresponde a una sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados”⁴² y etimológicamente la palabra *pena* procede del latín *poena* que significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento;⁴³ misma que debe ser: “pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles, en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes”.⁴⁴ El artículo 50 del Código Orgánico Integral Penal define a la pena como “una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada”, concepto que reitera la apreciación doctrinaria de la potestad estatal de sancionar o *ius puniendi* previamente descrita.

2.3 De la pena privativa de libertad

2.3.1 Nacimiento de la pena privativa de libertad

El origen de la privación de libertad como pena, no es igual al nacimiento del derecho penal. Esto, porque en primer lugar, tal como Ponce afirma, en Grecia, Roma y la península Ibérica, la privación de la libertad no era una pena, sino más bien un mecanismo de custodia para evitar la no comparecencia del acusado, mecanismo similar a la actual prisión preventiva.⁴⁵ Durante el desarrollo de la edad media, la prisión dependía de los príncipes, quienes podían establecer, acorde a la clase social del imputado, la

⁴¹ Alfonso ZAMBRANO. *Manual de Derecho Penal*. Guayaquil: Editorial Edino, 2002, p.47.

⁴² Guillermo CABANELLAS. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, Argentina, 2002, p. 279.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de Pregrado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

⁴⁵ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

compensación de la cárcel con dinero.⁴⁶ Las prisiones correspondían a una medida de castigo para quienes violaban el mandato de Dios, más no implicaban una pena *per se*, pues las sanciones en su mayoría representaban distintas formas de tortura pública.⁴⁷

Es menester destacar que a partir de la Baja Edad Media,⁴⁸ los delitos contra la propiedad tomaron protagonismo a causa de la distinción de clases, dónde las penas se endurecieron tornándose netamente corporales e incluyendo a la pena de muerte, incluso en delitos contra la propiedad con afectación mínima a un tercero.⁴⁹ Finalmente, en la Modernidad, dónde aparentemente la prisión nace como humanización de la pena y cambio de paradigma social, para Hernández mencionando a Foucault, se estableció la prisión como mecanismo para suplir la escasez de mano de obra, y como institución para administrar la fuerza productiva de las personas privadas de libertad.⁵⁰

2.3.2 Concepto

Para precisar el concepto de este tipo de penas, es necesario delimitar el alcance del derecho a la libertad. Este derecho se caracteriza por tener una doble vertiente, la primera que para Cabanellas, se define como la "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos"⁵¹ y la otra que corresponde en la no afectación a los derechos de otro. Cabe señalar que existen distintos tipos de libertad, pero para efectos de este trabajo se tomará en cuenta la libertad en base a su primera vertiente, y que a causa de los actos de un individuo o libre albedrío, se verá inicialmente limitada en su aspecto ambulatorio.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Montserrat LÓPEZ. "Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español". *ADPCP* (2013), p. 205.

⁴⁸ Un ejemplo de esta afirmación corresponde a las casas de trabajo o corrección que fueron inicialmente implementadas en Inglaterra en el año 1552, para la población campesina que migraba a la ciudad para ser utilizada como mano de obra barata. Dicha figura fue reemplazada posteriormente por las fábricas por el gasto que una casa de trabajo implicaba.

⁴⁹ Norberto HERNANDEZ. La Dinámica del Encarcelamiento. www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/j.ctv1xz12t.4.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Acaef8637ec53b3d15dce563db5ce986 (acceso 13/04/2019).

⁵⁰ Norberto HERNANDEZ. La Dinámica del Encarcelamiento. www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/j.ctv1xz12t.4.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Acaef8637ec53b3d15dce563db5ce986 (acceso 13/04/2019).

⁵¹ Guillermo CABANELLAS. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, Argentina, 2002, p. 236.

Durante la época histórica anterior a la cárcel, la libertad no se consideraba un derecho humano. Un claro ejemplo de lo previamente descrito consiste en recordar que de manera previa a la época industrial o capitalista, la cárcel no tenía un valor económico materializado a través de la represión establecida por un sistema social.⁵² Sin embargo, desde la antigüedad, existieron diversas discusiones sobre la libertad, que fueron planteadas por Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes, Locke y Rousseau en sus distintas obras filosóficas y sociales. Claro está que cada uno de estos filósofos se caracterizó por precisar distinta ideología, pero todos coincidían en un punto fundamental, demostrar el verdadero valor de la libertad como un derecho inherente al ser humano.⁵³ Sin embargo, no es sino a partir de la promulgación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre en 1948 que la libertad se convierte en un derecho. Cabe resaltar que la libertad se caracteriza por tener distintas vertientes, pero que para efectos de este trabajo se limitará a la libertad ambulatoria.

En este aspecto, la pena privativa de libertad atañe a la limitación de la capacidad del individuo de relacionarse con su entorno, en otras palabras, tal como se expuso, la limitación de la autodeterminación ambulatoria, misma que podrá corresponder también a otro tipo de limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, entendida como pérdida de libertades concretas. Sin embargo, tomando en cuenta que la libertad es también un derecho humano, con un valor sumamente alto, *¿hasta que punto es legítima la intervención estatal para restringirla?*

2.3.3 Teorías de la pena privativa de libertad

En este punto, tras haber analizado el fundamento histórico del nacimiento de la pena privativa de libertad, y haber delimitado su concepto, surgen esencialmente tres teorías basadas en el análisis de dicha sanción. Teorías contrarias la una de la otra, pues mientras una entiende a la pena privativa de la libertad como una evolución del derecho penal, otra

⁵² Montserrat LÓPEZ. “Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español”. *ADPCP* (2013), p. 210.

⁵³ *Ibid.*

considera a la cárcel como un mal que debe ser evitado, y finalmente destaca una en la que se establece la pertinencia de la cárcel solamente en escenarios determinados.

2.3.3.1 Teorías a favor de la pena privativa de libertad

Un sector de la doctrina, esencialmente los defensores del pacto social, conciben a la pena privativa de libertad como una consecuencia de la filosofía humanista del liberalismo clásico, en que se delinea la función, los límites de la pena y el libre albedrío para justificar de esta forma la existencia del derecho penal⁵⁴. En este punto, una persona era castigada por transgredir el pacto social de forma voluntaria, y consecuentemente por vulnerar el bienestar general. Bajo este supuesto, la pena privativa de la libertad nace para proteger a la sociedad,⁵⁵ pero también como una suerte de humanización de las penas, dónde el espectáculo público que caracterizó a la imposición de las penas a lo largo de la historia, quedó en el pasado, convirtiendo al encierro en la alternativa más viable e idónea, para la época, de precautelar los derechos de todos los ciudadanos.⁵⁶

En este sentido, destacan autores como Neumann, que acorde a González, sostiene que la ideología del individualismo liberal representa los ideales de igualdad, fraternidad y libertad, y que tuvo influencia directa en las ciencias penales, pues en ese ámbito se cumplieron los sentimientos de respeto al ser humano,⁵⁷ mencionando Cutiño también a García Basalo que afirma que “[l]a reforma del derecho penal produce la limitación y aun la abolición de las penas corporales. La privación de la libertad se convierte entonces en una verdadera pena”⁵⁸ y finalmente destaca Cutiño con énfasis en Kaufman quien afirma

⁵⁴ Luis GONZÁLEZ. *Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá,2000.

⁵⁵ Montserrat LÓPEZ. “Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español”. *ADPCP* (2013), p. 385.

⁵⁶ Luis GONZÁLEZ. *Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá,2000.

⁵⁷ Luis GONZÁLEZ. *Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá,2000.

⁵⁸ Salvador CUTIÑO. *Sobre el fin de la pena de prisión. Análisis del principio de Resocialización y su realidad en el Sistema penitenciario español*. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Sevilla, 2013.

que la introducción de la pena privativa de la libertad “fue el producto de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano.”⁵⁹

El desarrollo de esta teoría tiene relación directa con la prevención especial negativa o inocuizadora que pretendía que el sujeto que ha delinquido no lo vuelva a hacer a partir de métodos como la privación de libertad y la cárcel, para erradicarlo de la sociedad.⁶⁰ Además de la prevención general negativa, con origen en la *teoría de la coacción psicológica de Freuerbach*, descrita por Alpusig, en que se entendió al individuo como receptor de la norma con capacidad para establecer y comprender el mal que representa la pena respecto al supuesto beneficio que el delito le podría generar. La prevención general negativa consistió en una teoría de amenaza e imposición, expuesta a partir de la intimidación.⁶¹ Complemento de las teorías anteriores, surgen también las teorías justificacionistas que mantuvieron la idea que la pena, aun siendo un mal, debe mantenerse vigente como reacción estatal legítima ante el fenómeno delictivo.⁶²

2.3.3.2 Teorías en contra de la pena privativa de libertad

El pensamiento de Foucault representa la base para el desarrollo de teorías abolicionistas de la pena privativa de la libertad, pues para Foucault las prisiones fueron concebidas como una falsa humanización de la pena. En este aspecto destaca que pese a la concepción histórica de las penas como un espectáculo público, la prisión se convirtió en un espectáculo privado, pues su implementación ha procurado siempre en cierta medida, el sufrimiento corporal, justificado en la perpetuación de dicho tormento a lo largo del tiempo.⁶³ Para Foucault, la cárcel nace por fundamentos económicos basados en el proceso de industrialización, como máxima manifestación de poder de las clases

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Salvador CUTIÑO. *Sobre el fin de la pena de prisión. Análisis del principio de Resocialización y su realidad en el Sistema penitenciario español*. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Sevilla, 2013.

⁶¹ Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Michel FOUCAULT. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. 1ª ed. Madrid: Siglo XXI editores.

dominantes y que para Hernández, corresponde a la creación de sujetos aptos para una sociedad industrial, al convertir al proletario en criminal.⁶⁴

Por otro lado, destacan posturas radicales como las de Mathiesen, resaltadas también por Hernández, que describe que la justicia penal debe dejar de existir; Ponce, quien mencionando a Cándido Furtado establece: "una cosa, por cierto, es cierta y enfática, el actual sistema carcelario tiene que ser rápidamente eliminado de la fase de la tierra, por inoperante, inmoral e inconveniente con el crimen"⁶⁵ y posturas moderadas como la de Hulsman, enfatizada por Hernández que sin negar necesariamente la existencia de la justicia penal, propuso alternativas a la misma, con enfoque victimológico⁶⁶ y que encuentra sustento en la doctrina de Cohen que expuso:

De manera que tampoco la abolición de la cárcel será el gran salto libertador. Ello representará simplemente la toma de partido por una alternativa históricamente válida: o archivamos la cárcel como medio de control social por irracional, absurdo, obsoleto e intolerable, o la conservaremos, aún modificada, cumpliendo la única función que hoy le es posible cumplir: servir como "depósito para seres humanos: lugares donde la gente es detenida hasta que la sociedad no decida qué hacer de ella."⁶⁷

2.3.3.3 Teorías unificadoras de la pena privativa de libertad

Bajo esta premisa, se buscó fusionar los aspectos positivos de cada una de las formulaciones anteriores para desechar puntos inconsistentes entre las teorías descritas.⁶⁸ Podría decirse que Beccaria, expositor de la filosofía humanista del liberalismo, seguiría la corriente de comprender a la cárcel como un mal necesario. Sin embargo, tal como Sandoval Huertas expone, el pensamiento de Beccaria es aún más profundo, pues consiste en la proposición de penas para determinadas conductas delictivas, que, como en el caso

⁶⁴ Norberto HERNÁNDEZ. La Dinámica del Encarcelamiento. www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/j.ctv1xz12t.4.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Acaef8637ec53b3d15dce563db5ce986 (acceso 13/04/2019).

⁶⁵ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Stanley COHEN. *Visiones de control social*. Barcelona: PPU, 1998.

⁶⁸ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

del hurto, de la turbación a la tranquilidad pública y de las injurias no habrían de ser castigadas con la pena privativa de la libertad sino, por el contrario, mediante otro tipo de sanciones; por lo que Sandoval Huertas concluye: “Dentro de este orden de ideas, pues, se impondría la privación de la libertad como sanción solo para aquellos comportamientos cuyas víctimas hubiesen padecido una afección análoga.”⁶⁹

Cabe recalcar también que esta teoría encaja con los supuestos de función preventiva general positiva de la pena, expuesta por el alemán Günther Jakobs, mencionado por López, que pretendía que la sociedad sea consciente de la existencia del delito y de una sanción en relación con el mismo, para de esta forma evitar que los ciudadanos incurran en un delito, y la función preventiva especial positiva de la pena enfocada en evitar que aquel que haya cometido un acto ilícito vuelva a tener tal actitud en el futuro.⁷⁰ Dicha prevención mantuvo enfoque en que a través de la educación, fuese posible resocializar al infractor para ser apto en la sociedad, sin limitar la misma a la pena privativa de libertad.⁷¹

Lardizábal para quien el primero y principal fin de la pena radica en la protección de la sociedad y la seguridad de los ciudadanos, estableció que

[L]as buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se vean precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás.⁷²

Por tal razón, sería el Estado, el encargado de incidir en la mente del sujeto para ayudar con dicha decisión, no solamente a partir de la imposición de penas severas, sino

⁶⁹ Emiro SANDOVAL. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*. Bogotá: Temis, 1998, p.250.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

⁷² Montserrat LÓPEZ. “Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español”. *ADPCP* (2013), p. 377.

buscando precautelar el bienestar del reo, y consecuentemente de la comunidad con la aplicación de penas distintas.⁷³

2.3.4 Situación actual de la pena privativa de libertad

Con fundamento en la historia de la pena privativa de la libertad y los distintos fines que las dispares sociedades han dado a la misma, y haciendo énfasis en las distintas teorías de función de la pena previamente descritas; en la actualidad, uno de los mayores fines de la pena privativa de libertad, es la resocialización entendida como una formulación teórica que se complementa con la teoría de prevención especial positiva, que tiene como objetivo reeducar y corregir al infractor.⁷⁴

Para Baratta, “[e]l derecho penal contemporáneo se autodefine como derecho penal del tratamiento. La legislación más reciente atribuye al tratamiento la finalidad de reeducar y reincorporar al delincuente a la sociedad”.⁷⁵ Por su parte, el artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador establece que el fin principal del Código Penal manifestado a través de la pena corresponde a la resocialización del individuo, el ordenamiento jurídico penal italiano en su artículo primero determina que “en relación con los condenados y los internos debe emplearse un tratamiento educativo que tienda, a través de los contactos con el mundo externo, a la reincorporación social de ellos”⁷⁶ y la ley alemana determina que es fin de la pena privativa de libertad es el de conducir en el futuro, una vida sin delitos.⁷⁷

No obstante, la resocialización es discutida actualmente, pues tal como Jácome manifiesta:

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Montserrat LÓPEZ. “Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español”. *ADPCP* (2013), p. 390.

⁷⁵ Alessandro BARATTA. “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”. *Foro de Derecho Penal N15*.

⁷⁶ Código Penal Italiano. perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf (acceso 1/06/2019).

⁷⁷ Código Penal Alemán. www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (acceso 1/06/2019).

La concepción de la Rehabilitación, a pesar de innumerables antecedentes, aún hoy se observa, no se halla arraigada en la sociedad porque generalmente se encuentra en el subconsciente social, más bien lo corroborado a diario, es la retribución. En ciertos casos cuando se comete un delito particularmente repulsivo para la comunidad, la gente se inclina no sólo a afirmar que hay que matar a sus autores, sino que los debiéramos torturar lo más posible.⁷⁸

Es entonces cuando se precisa establecer que las penas corresponden a la expresión de la sociedad y el Estado frente al delito y de este modo, las penas nacen para defender a la comunidad frente a un individuo que ha decidido vulnerar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la pena debería ser razonable, adecuada, necesaria, proporcionales y basada en posibles alternativas con sustento en la naturaleza de la conducta que se discute, pues además de prevenir la comisión de ilícitos penales, y retribuir por el mal ocasionado, la pena debería tal como se ha expuesto, resocializar al condenado en la medida de lo posible. Precisando de este modo, que la resocialización depende del caso concreto⁷⁹ y que cuando sea posible la resocialización, el Estado debe buscar todos los medios para precautelar dicho fin.

Por otro lado, tal como se ha expuesto, la pena privativa de libertad, nacida a finales del XVIII, como respuesta más racional y humana a las sanciones anteriores que el poder punitivo estatal establecía, manifestó que en realidad, pese a todos los esfuerzos por incidir en el desarrollo de la persona privada de libertad, su participación no cumplía con los fines para los que fue creada. Afirmación que puede vislumbrarse en la actualidad, pues la pena privativa de la libertad acarrea consigo importantes desventajas, tales como hacinamiento carcelario, servicios de salud deficientes, desocialización y un costo estatal sumamente elevado.

Las condiciones de reclusión en muchos países democráticos, no cumplen con los estándares mínimos establecidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, así como otras normas y estándares internacionales y

⁷⁸ Gonzalo JÁCOME. *Derecho Penitenciario y Soluciones a la Rehabilitación Social, acorde a los Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito: Editorial Universitaria, 2009, p.41.

⁷⁹ *Ibid.*

regionales. En este aspecto destacan principalmente la falta de espacios adecuados para el desenvolvimiento del reo, alimentación y servicios básicos. El hacinamiento se convierte entonces en el deterioro de las condiciones de la prisión que además de vulnerar derechos fundamentales, genera violencia y constituye una de las mayores causas de propagación de enfermedades.⁸⁰

Las cárceles de casi todo el mundo, aíslan a los reclusos de la sociedad, con mecanismos de control poco eficientes que no garantizan evitar la tortura y los malos tratos en los centros de detención.⁸¹ El hacinamiento carcelario está prohibido expresamente en el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal en Ecuador. De todas formas, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al ser la pena privativa de libertad, la pena que se aplica en casi todos los delitos, la población carcelaria hasta 2018, superaba su propia infraestructura con una capacidad total de 28.000 personas, y una población de 41.000 individuos privados de la libertad; dónde existió un 40% de hacinamiento a escala nacional;⁸² destacando un 54% de personas reclusas por delitos contra la propiedad y que a comparación del año 2006, correspondió un aumento significativo de porcentaje de personas privadas de la libertad por este tipo de delitos.⁸³ En febrero de 2019, la Defensoría del Pueblo de Ecuador declaró como insostenible la situación del sistema de rehabilitación social del país y estableció la pertinencia de tomar acciones de manera urgente.⁸⁴

Otro de los problemas del sistema penitenciario actual radica en que la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, tal como el en

⁸⁰ Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano. Opinión Técnica Consultiva ex officio No. 006/2013 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf (acceso 30/05/2019).

⁸¹ Gonzalo JÁCOME. *Derecho Penitenciario y Soluciones a la Rehabilitación Social, acorde a los Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito: Editorial Universitaria, 2009, p.41.

⁸² Ecuavisa. www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/482901-mas-40-mil-personas-carceles-ecuador (acceso 15/05/2019).

⁸³ Claudio GALLARDO, Jorge NUÑEZ. *Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Quito, 2006.

⁸⁴ Diario el Telégrafo. El exceso de internos en las cárceles llega hasta el 356%. www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/el-exceso-de-internos-en-las-carceles-llega-hasta-el-356 (acceso 15/05/2019).

el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, se ve sumamente vulnerado. En este aspecto, las personas privadas de la libertad tienen derecho a recibir el mismo nivel de atención médica que el que recibe la sociedad. Sin embargo, los servicios de salud en las cárceles en su mayoría son deficientes y carecen además de medicamentos y atención personalizada.⁸⁵ La atención sanitaria en los centros penitenciarios impide el correcto desarrollo y reinserción de los reclusos, quienes además de no tener acceso a medicamentos y atención adecuada, carecen también de una nutrición balanceada, habitan en condiciones poco sanitarias, con escaso acceso al aire fresco, ejercicio físico limitado y nulo escaso a salud dental, entre otros aspectos.⁸⁶

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas CON fecha 23 de noviembre de 2010, la falta de atención médica adecuada en los centros penitenciarios corresponde a un trato cruel, inhumano y degradante contrario a la dignidad humana y que por tanto corresponde a la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además, el costo social de la pena es alto; porque el valor que el Estado debe saldar por todos los gastos económicos que el mantenimiento de una persona privada de la libertad trae consigo corresponde a diversas aristas. No solamente se debe mantener al preso sino también se paga una remuneración a los policías para mantenerlo. “[E]l costo para el Estado ecuatoriano por cada interno está entre 400 a 500 dólares mensuales; hay detenidos por peculado con un perjuicio que no supera los 2.000 dólares, sentenciados a seis años”,⁸⁷ señaló Rosana Alvarado en una entrevista para Ecuavisa.

⁸⁵ Claudio GALLARDO, Jorge NUÑEZ. *Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Quito, 2006.

⁸⁶ Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano. Opinión Técnica Consultiva ex officio No. 006/2013 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf (acceso 30/05/2019).

⁸⁷ Ecuavisa. www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/482901-mas-40-mil-personas-carceles-ecuador (acceso 15/05/2019).

Finalmente aunque parecería paradójico, la prisión actual, lejos de resocializar tal y como el Código Orgánico Integral Penal establece en sus objetivos; acentúa la desocialización y marginación de quienes ingresan a la misma. A causa del hacinamiento que actualmente caracteriza a las cárceles, el contacto con otros reclusos y la interacción con distintas pandillas que componen las cárceles, sujetas a relaciones intrínsecas de poder, resulta sumamente perjudicial para los pequeños criminales.⁸⁸ Bajo esta idea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que

[l]os reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes [...] secciones dentro de[l] establecimiento, según [...] los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles”⁷⁸, y “[l]os detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena⁸⁹

De todas formas, pese a que esta disposición de la corte ha sido aparentemente acatada por el ordenamiento ecuatoriano, la cárcel representa un escenario de contagio criminal, donde las penas largas son perniciosas y destruyen al ser humano mientras que las penas cortas son insuficientes para resocializar, pero suficientes para el contagio criminal, dónde se “fabrica un verdadero ejército de enemigos interiores”.⁹⁰ La vida en los grandes establecimientos carcelarios aparece dominada por las relaciones de poder que se generan entre los mismos internos: las mafias carcelarias intimidan a los individuos, controlan el tráfico de drogas en condiciones más duras, caras y escasas de higiene que en la calle, y que ajustan las cuentas a los que se resisten.⁹¹

Cabe recordar que es el Estado garante de derechos de las personas que han sido privadas de la libertad y que bajo los términos del artículo 5.2 de la Convención Interamericana del Derechos Humanos, toda persona que ha sido privada de la libertad

tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad

⁸⁸ Claudio GALLARDO, Jorge NUÑEZ. *Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Quito, 2006.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 2002.

⁹⁰ Michel FOUCAULT. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. 1ª ed. Madrid: Siglo XXI editores, p.23.

⁹¹ *Ibid.*

personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.⁹²

Sin embargo, es lamentable notar que en la actualidad, la mayoría de las personas que han sido privadas de la libertad por delitos menores no han podido reinsertarse a la sociedad, pues muchas de ellas reinciden en un delito o cometen delitos sancionados con pena privativa de libertad más larga,⁹³ lo que denota la inminente crisis en que la actualidad se encuentra el sistema de rehabilitación social ecuatoriano, destacando que la resocialización no es posible en todos los escenarios, pero que al hablar de delincuentes primarios respecto a determinados delitos, podría ser posible dotando de un valor agregado al sistema punitivo actual.

Capítulo III: De las penas alternativas a la privación de libertad

3.1 Política penal y reduccionismo

En primer lugar, para abarcar la idea de penas alternativas a la privación de la libertad, se precisa destacar en Ecuador que así como la Constitución garantiza derechos, con el fin de precautarlos en su título tercero; el Código Orgánico Integral Penal destaca paradójicamente por ser excesivamente punitivista; esto dado que la pena privativa de la libertad es la sanción más aplicada y prescrita por el Código Orgánico Integral Penal.⁹⁴ Sin embargo, es imperante precisar que el punitivismo es necesario, siempre y cuando respete los parámetros que la Constitución del Ecuador, de naturaleza garantista establece. Ávila, citado por Cornejo, para el efecto menciona que “la parte punitivista del Código Orgánico Integral Penal, no debe ir en contra de la Constitución, ni en contra de las garantías y principios generales del propio Código”.⁹⁵

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

⁹³ Claudio GALLARDO, Jorge NUÑEZ. *Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Quito, 2006.

⁹⁴ José CORNEJO. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. *Ius Humani*, (2016), p. 225.

⁹⁵ José CORNEJO. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. *Ius Humani*, (2016), p. 200.

Por esto, es imperante hablar de una política penal reduccionista, que precisa la no atribución exclusiva al derecho penal respecto a la lucha contra la delincuencia,⁹⁶ sino más bien la comprensión de que el delito corresponde también a razones sociales estructurales, y que el derecho penal además de sancionar, con objeto de prevenir la comisión de delitos, debería mantener su enfoque en establecer las causas de criminalidad, y no basar únicamente su existencia en motivos intrínsecos del ser pues no se debe entender al ser humano como un depravado mental o moral.⁹⁷

De este modo, sería posible concebir al derecho penal como un instrumento necesario, pero de última intervención para resolver los conflictos sociales, que podría estar construido sobre un sistema diferenciado de penas, dónde el centro del castigo no sea únicamente la pena privativa de libertad, sino otras alternativas que puedan satisfacer los ideales de justicia que persigue el Derecho para derrotar al menos en un porcentaje las verdaderas causas que han perpetuado los altos índices de criminalidad que actualmente se vislumbran en la sociedad.⁹⁸ Las penas alternativas podrían no ser solución suficiente para frenar la criminalidad, pero representarían un efectivo instrumento de disuasión en cuanto a la evasión de conductas criminales, como una propuesta de mejora para el sistema penitenciario actual.⁹⁹

3.2 De las penas privativas de libertad de corta duración

Estas penas nacen como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, como estrategia diferenciada respecto a la violación de determinado bien jurídico protegido, y que respecto a la importancia del mismo, serán catalogadas como graves o leves con una sanción de menor duración, o viceversa. Acorde a Von Liszt, las penas privativas de libertad de corta duración “ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo

⁹⁶Francisco BUENO et al. La cárcel y sus alternativas. www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/40820232.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Af7dbf378ca5972e1d4f7b8a79cf22437 (acceso 26/05/2019).

⁹⁷ Loïc WACQUANT. *Las dos caras del Gueto*. Buenos Aires: Editora siglo XXI, 2010, p. 61.

⁹⁸ José CORNEJO. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. *Ius Humani*, (2016), p. 225.

⁹⁹ *Ibid.*

del crimen”;¹⁰⁰ consecuencia innecesaria y poco ventajosa para el aparato estatal en caso de delincuentes primarios¹⁰¹, posibles de resocializar. Para Mir Puig “[l]a única razón que hoy puede verse como fundamento válido de la evitación de las penas cortas de prisión es que no que sean demasiado cartas pura resocializar, sino que son demasiado graves para delitos menores”.¹⁰²

A manera de ejemplo, de la importancia que tiene la implementación de nuevas alternativas a la pena privativa de libertad, destaca la Comisión de Estupefacientes, que mediante su resolución 59/7 insta a los Estados miembros a que

[p]romuevan políticas, prácticas y directrices nacionales proporcionadas, en lo que respecta a la imposición de penas por delitos relacionados con las drogas, de modo que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos y que se tengan en cuenta factores tanto atenuantes como agravantes

y la Resolución 58/5 en que invitó a que los países miembros a través de la colaboración entre las autoridades de salud y de justicia, apliquen una amplia variedad de medidas sustitutivas de la condena o de la pena a los delitos menores, destacando que dichas medidas podrían prevenir el hacinamiento carcelario y otros males que derivan de la cárcel.¹⁰³ Cárdenas citando a Hassemmer plantea también, la idea de un Derecho de Intervención que separe el nuevo derecho penal, de las contravenciones, para de esta forma evitar la desocialización y el hacinamiento carcelario.¹⁰⁴

Tomando en cuenta todo lo previamente descrito, no suena descabellada la idea de evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, en casos en que, sea

¹⁰⁰ Franz VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. 20ª ed. T. I. Madrid: Reus, 1999, p.89.

¹⁰¹ Entiéndase como el individuo que delinque por primera vez, sin afectar de manera excesiva al bienestar general.

¹⁰² Santiago MIR PUIG. *Estado, pena y delito*. Montevideo: BdeF, 2006, p. 64.

¹⁰³ La UNODC recomienda penas proporcionales y alternativas al encarcelamiento para mujeres que comenten delitos menores de drogas. www.unodc.org/bolivia/es/La-UNODC-recomienda-penas-proporcionales-y-alternativas-al-encarcelamiento-para-mujeres-que-comenten-delitos-menores-de-drogas.html (acceso 29/05/2019).

¹⁰⁴ Michelle CÁRDENAS. “Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores”. *Revista PUCE* (2018), pp. 49.

posible la resocialización del individuo mediante la imposición de sanciones menos drásticas que la privación de libertad; dónde el alcance de dichas sanciones no se limite a contravenciones, o delitos relacionados con estupefacientes, sino más bien al caso concreto y a la relevancia del bien jurídico protegido que ha sido vulnerado, así como las circunstancias que permitieron la consumación del delito.

3.3 De la exigüidad del hecho

Como fundamento de la aplicación de penas no privativas de libertad como alternativa a las privativas de libertad de corta duración, se plantea la noción de principio de exigüidad del hecho, mismo que de manera práctica tiene estrecha relación con los principios esenciales del derecho penal, expuestos en el capítulo I, y que de manera conjunta podrán permitir la delimitación de criterios de interpretación para el juzgador en relación con el desvalor de la acción y del resultado respectivamente. Cabe resaltar que el interés de este trabajo consiste en exponer las distintas formas en que se aplica la exigüidad como criterio para sancionar, no busca eliminar la pena, sino más bien flexibilizar la aplicación de la misma.

Abarcar el concepto de exigüidad del delito, corresponde a dilucidar en primer lugar, que esta noción no implica una inofensividad del hecho delictivo, sino más bien que su ofensividad es escasa, pues “supera los umbrales de la relevancia penal *en abstracto*, pero que *en concreto* demuestra ser de un nivel “mínimo”.¹⁰⁵ En otras palabras, la exigüidad consiste en el carácter del ilícito, perfecto en sus elementos constitutivos pero que por sus consecuencias no alcanza el umbral de la necesidad de una pena. La lesión al bien jurídico protegido existe, analizándose la gravedad del delito en su totalidad acorde a las circunstancias; mientras que la ofensividad radica en la existencia o no del delito. Entonces, podría definirse a la exigüidad como aquel criterio o principio que establece que el delito que presente una gravedad mínima, tal para “no justificar la intervención sancionatoria penal, no debe ser castigado”.¹⁰⁶ Reiterando que el principio de exigüidad

¹⁰⁵ Caterina PONGILUPPI. “El concepto de exigüidad del delito: perspectivas dogmáticas y político criminales”. Revista Nuevo Foro Penal (2011).

¹⁰⁶ Caterina PONGILUPPI. “El concepto de exigüidad del delito: perspectivas dogmáticas y político criminales”. Revista Nuevo Foro Penal (2011).

no solamente implica la no sanción, sino también la imposición de sanciones menos lesivas de derechos fundamentales.

Segundo, para definir la noción de mínima gravedad del hecho, es necesario describir los elementos que permitan graduar la gravedad del delito. Para esto, destacan dos líneas de pensamiento, dónde la primera establece que la exigüidad comprende la comprobación ulterior de los elementos constitutivos del delito, “como resultado de verificación autónoma sobre la punibilidad del hecho”¹⁰⁷ por otro lado, se entiende a la exigüidad como eventual, pero inherente al delito y que define sus elementos típicos con enfoque en la no necesidad de aplicación de una pena determinada en el caso concreto.

Bajo este criterio, la exigüidad consiste en un canon aplicativo que participa en la determinación de la pena aplicable en determinados supuestos dónde “los elementos que concurren a la determinación del hecho serán (...) todos aquellos que, manifestando en concreto los elementos de la tipicidad del tipo incriminatorio, contemporáneamente revelan el merecimiento y la necesidad de pena de aquel hecho y de aquel individuo”¹⁰⁸ dónde la ofensa al bien jurídico en su particular intensidad dilucidará la necesidad de determinada pena.

El ordenamiento jurídico alemán, descrito por Pongiluppi, prescribe que el juez debe valorar si la carga impuesta al imputado “es adecuada para sopesar el interés social en la persecución del hecho”¹⁰⁹ a partir de condiciones listadas en modo no taxativo en el artículo 153 del Código Penal alemán, que precisa la reparación del daño, así como otras sanciones alternativas. Por su parte, en el derecho penal austriaco, la aplicación de este principio está ligada a un punto de vista formal, al permitir la aplicación de otras sanciones a la pena privativa de la libertad, solamente en delitos patrimoniales y que no superen los tres años, dónde se analiza de forma rigurosa las consecuencias del hecho, al requerir la ausencia de consecuencias lesivas al bienestar general, o la existencia de consecuencias insignificantes para la sociedad.

¹⁰⁷ *Ibid*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

El Código Penal portugués destaca un instituto particular denominado *dispensa de pena* en casos en que el delito corresponde a penas de detención no superior a seis meses, dónde acorde a la ley, el juez puede declarar la culpabilidad del imputado, sin establecer una pena¹¹⁰. En Italia, los factores de exigüidad nacen de la ley y están basado en “diferentes índices y referentes interpretativos” al considerar la dimensión de la ofensa material al bien jurídico protegido con una valoración ponderada del hecho y el resultado.¹¹¹ No existe un criterio uniforme para el establecimiento de las condiciones que deben cumplirse para la aplicación de este principio. No obstante, cada país ha expuesto su perspectiva al crear cuerpos normativos con estipulaciones previas, que son valoradas por el juez el momento de imponer una sanción penal.

3.3 Del modelo de penas alternativas a la pena privativa de la libertad

Con sustento en todo lo descrito hasta ahora, y frente a la crisis actual de la legitimación de la pena privativa de la libertad, corresponde cuestionarse si las opciones reduccionistas del derecho penal, además del principio de exigüidad del hecho, podrían convertirse en una alternativa viable respecto a la idea de minimizar la intervención penal. En este sentido, la idea de aplicación de alternativas a la prisión corresponde a la diversificación de respuestas a la reclusión, acorde a la realidad actual y tal como se ha expuesto, a las circunstancias además de consecuencias del ilícito penal, para determinar la aplicación de penas menos lesivas para el individuo, la víctima y la sociedad, con fundamento en parámetros establecido previamente en la ley; para la satisfacción de los fines sociales que persigue la pena, pues la persona no solamente será sancionada, sino que de algún modo podrá retribuir y reparar a la víctima de la infracción, así como a la sociedad.¹¹²

¹¹⁰ Caterina PONGILUPPI. “El concepto de exigüidad del delito: perspectivas dogmáticas y político criminales”. Revista Nuevo Foro Penal (2011).

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

Las penas privativas de la libertad corresponden a la necesidad de individualizar la pena con criterios especiales positivos,¹¹³ mediante el análisis por parte del juez, del caso concreto; y del legislador al establecer las penas que serían factibles en ciertos delitos, determinando parámetros previos para su análisis y aplicación. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 54 del Código Orgánico Integral Penal establece que

La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

- 1.- Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
- 2.- Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
- 3.- El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

Por ende, para la correcta individualización de la pena, el sistema de sanciones podría flexibilizarse y de esta forma permitir a los jueces aplicar sanciones diferenciadas, sin vulnerar el principio de la igualdad real de todos ante la Ley, pues la pena será siempre proporcional al delito cometido, con fundamento en la teoría del bien jurídico protegido y su incidencia en la vida diaria.¹¹⁴

Por otro lado, destaca una teoría con fundamento en que la aplicación de penas alternativas a la pena privativa de la libertad traería consigo la despenalización de las conductas criminales, pues tal como el Sub-Comité de Descriminalización, del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, ha establecido mediante un conocido informe en 1980

el concepto de despenalización define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido el traspaso de un delito de la categoría de "crimen" o "felonía" a la de delito menor, puede considerarse como una despenalización. Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios.¹¹⁵

¹¹³ Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

¹¹⁴ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

¹¹⁵ *Ibid.*

Sin embargo, para el diccionario de la Real Academia de la Lengua, despenalizar corresponde a la “aprobación de una ley que deroga la tipificación como delito de una determinada conducta”.¹¹⁶ Por tanto, el hecho de tipificar nuevas sanciones como penas alternativas, no representaría la despenalización de una conducta, pues la misma seguiría formando parte del derecho penal, pero estaría a sanciones diversas, entre las que permanecería vigente la pena privativa de libertad como última opción.

Bajo este criterio, reducir la aplicación de las penas de reclusión, permitiría reducir el hacinamiento. Medida que el Estado debería adoptar con urgencia. Esto, porque el momento en que exista un porcentaje menor de presos, será posible un empleo más eficaz de los limitados recursos del sistema penitenciario, para la implementación de tratamientos penitenciarios individualizados, con mayores posibilidades de éxito.¹¹⁷

La aplicación de penas alternativas a la pena privativa de la libertad consiste en no exponer al infractor a los posibles riesgos de contagio criminal que trae consigo la cárcel, en casos de criminalidad menos grave.¹¹⁸ De este modo, al permitir al individuo que puede reinsertarse, continuar dentro de la sociedad, bajo la imposición de una sanción menos gravosa pero proporcional al delito, sería posible su no reincidencia. Cabe recalcar en este aspecto, que la pena alternativa debe estar enfocada también en satisfacer los intereses de la víctima y al estar tipificada en el Código Orgánico Integral Penal, debe mantener su fin de prevención tanto especial, como general, positiva.

3.4 Clasificación de las penas alternativas

Con fundamento en los ordenamientos jurídicos como el de Holanda, que en la actualidad se caracteriza por tener una de las tasas de encarcelamiento más bajas gracias a su innovador sistema de privación de libertad, dónde al haber implementado penas

¹¹⁶ Diccionario de la Lengua Española. dle.rae.es/?id=DJksG1J (acceso 15/05/2019).

¹¹⁷ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

¹¹⁸ *Ibid.*

alternativas a la pena privativa de la libertad, entendidas como políticas de reinserción que se complementan con programas de seguimiento, no solamente ha sido posible terminar con el hacinamiento, sino también con la reincidencia.¹¹⁹ Escandinavia, dónde en busca de educar al infractor en las cárceles se han implementado medidas para recordar a quien incurre en la vulneración de un bien jurídico protegido, el valor del bien que ha sido transgredido ya sea en la cárcel o mediante la aplicación de penas alternativas;¹²⁰ y Suecia, país en que se evita el encarcelamiento en la manera de la posible a partir de la aplicación de medidas distintas a las cárceles, se expondrán los tipos de penas alternativas a la pena privativa de la libertad más utilizadas y aplicadas.¹²¹

Cabe recalcar que la combinación de las sanciones descritas a continuación queda a criterio del juez, quien bajo la sana crítica, lineamientos previos y descritos en la norma jurídica, así como otros mecanismos para la vigencia de esta modalidad de pena, podrá aplicar las medidas que considere pertinentes. Haciendo énfasis en la variedad de opciones que se expondrán se precisa organizarlos bajo los cuatro grupos establecidos en la doctrina.¹²²

Como formas especiales de privación de libertad de corta y mediana duración destacan el arresto domiciliario, tomando en cuenta a la familia como eje de la rehabilitación, y haciendo énfasis en casos de enfermedades catastróficas, la pena podría cumplirse desde la vivienda del infractor; siempre y cuando cumpla las condiciones establecidas en la ley;¹²³ y el arresto de fin de semana como una pena que se ejecuta con la ayuda de un dispositivo electrónico, dónde la persona sancionada podrá acudir a su trabajo, establecimiento de educación, entre otros, durante la semana. Se precisa en este

¹¹⁹ Dialnet. Alternativas a la Pena de Prisión en Holanda. dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4336740.

¹²⁰ LAPPI-SEPPÄÄLA. Política criminal y penas alternativas a la prisión en Iso países escandinavos. libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/alternativas-prision-paises-escandinavos-414240926.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

¹²³ Michelle CÁRDENAS. "Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores". *Revista PUCE* (2018), pp. 52.

aspecto, redefinir el ideal de justicia, dónde la pena no corresponda a una retribución, sino más bien a la educación del individuo respecto al valor del bien jurídico que ha vulnerado.

Por otro lado, existen también medidas que implican la suspensión condicional de la pena, tales como la remisión condicional que corresponde a la suspensión del cumplimiento de la pena, con vigilancia por parte de la autoridad administrativa designada para la efecto, con duración no inferior al de la pena privativa de la libertad que habría sido aplicable y aplicada acorde a los supuestos establecidos previamente por la ley. Esta suspensión trae consigo la obligación de comparecencia ante una autoridad judicial y la educación en determinados establecimientos.¹²⁴

Como otras medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, reposa la pena pecuniaria o multa, misma que debería rediseñarse acorde a la naturaleza del delito y el caso concreto, con valores que correspondan a la gravedad del hecho ilícito y/o los días de reclusión que la conducta dañosa traiga consigo.¹²⁵ También reposa el trabajo en beneficio de la comunidad dónde el infractor reparará a la sociedad, retribuyendo el daño ocasionado con su trabajo. Finalmente, la pena de inhabilitación que consiste en la incapacidad para desempeñar cargos, empleos, comisiones públicas, ejercer profesiones o derechos¹²⁶.

Por otro lado, se precisa la existencia de otras penas alternativas, establecidas en el Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas, presentado al Segundo Congreso de la O.N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, tales como prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales semioficiales y asistencia obligatoria a centros de educación. Así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, que

¹²⁴ Digna ALPUSIG. *El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión*. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

¹²⁵ Anderson PONCE. *Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo*. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

¹²⁶ Michelle CÁRDENAS. "Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores". *Revista PUCE* (2018), pp. 55.

en su artículo 8.1 dispone como medidas alternativas además de las descritas con anterioridad, sanciones económicas y penas de dinero, como multas sobre los ingresos calculados por días y la posibilidad de establecer cualquier otro régimen que no entrañe internamiento. Precizando que cada una de estas penas traerá consigo la reparación integral de la víctima.

Capítulo IV: Propuesta

4.1 Marco normativo en Ecuador

Con fundamento en todo lo descrito, a continuación se realizará una exposición de los artículos del ordenamiento jurídico ecuatoriano para establecer si es posible o no, la aplicación de penas alternativas a la pena privativa de libertad en el caso concreto.

Primero, el artículo 54 del Código Orgánico Integral Penal establece que las penas se clasifican en “privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad”. De este modo, determina que las mismas serán principales o accesorias. Bajo esta línea, el artículo 60 destaca catorce penas no privativas de libertad. Sin embargo, estas penas, tal como el mismo artículo prescribe, son accesorias a la pena principal, que en la mayoría de los casos es la pena privativa de libertad. Por ende, en Ecuador, pese a que la Constitución en su artículos 77 numeral 11 y 89 reconoce la existencia de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Además de que en su artículo 38 prescribe

Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario

En la actualidad, no existe una verdadera implementación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Cabe destacar en este punto, que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 630 precisa la suspensión condicional de la pena siempre y cuando concurran los siguientes requisitos

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.

2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Es el mismo Código Orgánico Integral Penal el que prescribe que la pena puede suspenderse, acorde al supuesto de que no sea mayor a cinco años, y respecto al análisis del caso concreto. El Código Orgánico Integral Penal también brinda la posibilidad de conciliar penalmente, esencialmente delitos de corta duración o aquellos patrimoniales que no superen los treinta salarios básicos unificados.

Por otro lado, las penas accesorias a la pena privativa de libertad que corresponden a aquellas no privativas de libertad o de naturaleza patrimonial, incluyen a tres de las medidas alternativas expuestas con anterioridad. Las mismas son: tratamiento psicológico o educativo definido también en el artículo 62 del Código Orgánico Integral Penal, obligación de prestar servicio comunitario, prescrito también en el artículo 63 del Código Orgánico Integral Penal; y comparecencia permanente a la autoridad. Sin embargo, al ser estas penas acumulativas, únicamente complementan a la pena privativa de la libertad.

El artículo 69 del Código Orgánico Integral Penal determina que son penas restrictivas del derecho de la propiedad, esencialmente la multa, sanción que se encuentra clasificada por Salarios Básicos Unificados y que en la actualidad representa graves problemas para el infractor, dada su naturaleza poco precisa, que llega a ser incluso arbitraria para quien la recibe.¹²⁷

El régimen de penas no privativas de libertad es administrado por el Organismo Técnico encargado, pero no se hace énfasis de cual será el organismo. Dicho organismo debería formar parte del Sistema Nacional de Rehabilitación Social que se encuentra establecido por el Art. 672 el Código Orgánico Integral Penal, como “el conjunto de

¹²⁷ Elena LARRAURI. “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”. *Estudios Penales y Criminológicos* (1996), pp. 207-209.

principios, normas, políticas de las instituciones, programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral, para la ejecución penal” y que está compuesto por el Régimen de Penas No privativas de Libertad, el Régimen de Medidas Cautelares Personales y Rehabilitación Social; y, el régimen General de Rehabilitación Social. Sin embargo, este organismo no ha podido manejar penas no privativas de libertad al no existir un sistema, acorde a los principios estipulados en nuestra Constitución, que permita a las Juezas y Jueces de Garantías Penales aplicar proporcionalmente a la infracción cometida una pena alternativa a la privación de libertad, con fundamento en la individualización de la pena establecida en el artículo 54 del Código Orgánico Integral Penal.

Cabe recalcar que en el artículo Art. 77, numeral 11, en el Código Orgánico Integral Penal no se han desarrollado medidas alternativas a la pena, pues este cuerpo normativo solo hace referencia a las medidas alternativas a la prisión preventiva y en nada se refiere a las penas alternativas, pues tal como el artículo 630 del mismo cuerpo legal establece, cabe la sustitución de la prisión preventiva, por arresto domiciliario. Además, el artículo 10 prescribe que: “Se prohíbe cualquier forma de privación de libertad en instalaciones o lugares no autorizados legalmente, así como toda forma de arresto, coerción o privación de libertad derivada de procedimientos disciplinarios administrativos.”

El artículo 678 del Código Orgánico Integral Penal describe los centros de privación de libertad, dónde no existe apertura alguna al establecimiento de otros centros penitenciarios. Por su parte, dicho cuerpo normativo a partir del artículo 696 establece que los regímenes de rehabilitación social son: cerrado, semiabierto y abierto. De todas formas, pese a que el régimen abierto y semiabierto corresponden la flexibilización de la pena, los mismos proceden al haber cumplido el infractor, al menos, el 60% de la pena u 80% respectivamente.

Finalmente, se precisa recalcar que la legislación ecuatoriana, acorde al artículo 201 de la Constitución ha orientado su objetivo a establecer la reeducación y la reinserción social como mandatos de política penal y penitenciaria, con énfasis en la prevención especial positiva y el reconocimiento implícito de la prevención general positiva dónde

la pena debe adecuarse a la necesidad de tutelar intereses generales, no solamente a partir del desarrollo progresivo de la persona condenada, sino también al demostrar a la sociedad la vigencia y eficiencia del derecho penal para que de esta forma no exista el deseo de cometer delitos. Tras todo lo descrito, en Ecuador la aplicación de penas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración es viable.

Un ejemplo práctico de lo descrito corresponde a los delitos patrimoniales ejercidos sin violencia, como el hurto, que cuyo principal fin es proteger la propiedad propiamente dicha, y que al no ser *pluriofensivo*,¹²⁸ podría implicar a la imposición de sanciones menos lesivas en relación el derecho a la libertad y la ponderación del mismo respecto al derecho a la propiedad de una persona y las circunstancias que dieron origen a dicho ilícito, pues el bien jurídico propiedad es susceptible de apreciación pecuniaria; más el análisis sería distinto respecto al bien jurídico vida.

4.2 Formulación de la propuesta

Como consideración previa, se precisa citar a Larrauria quien plantea que: “[L]as discusiones residen más bien en cómo introducir alternativas a la cárcel conjurando tres riesgos que éstas conllevan”¹²⁹ hacer que las medidas o penas alternativas en lugar de ser añadidos de la pena privativa de libertad, se conviertan en una alternativa, definir las medidas que serán alternativas, y cuales implicarán la existencia de la cárcel, bajo criterios que correspondan a la importancia del bien jurídico protegido, a criterios de proporcionalidad, humanización e individualización de la pena.

Para esto, las penas alternativas deberían aplicarse por parte de los Organismos que forman parte del Sistema Penal, en primera instancia por Jueces de Garantías Penales fundamentados en un sistema creado para tal efecto. Es decir, se precisa crear un cuerpo normativo que guíe a los jueces respecto a las sanciones aplicables en el caso concreto y las condiciones que se precisan en relación con los mismos. Para tal efecto, podría crearse

¹²⁸ Que ataca a más de un bien jurídico protegido.

¹²⁹ Elena LARRAURI. “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”. *Estudios Penales y Criminológicos* (1996), pp. 207-209.

tal como se ha hecho en España, un sistema métrico compuesto de circunstancias, perfil psicológico del infractor, forma subjetiva de ataque al bien jurídico, trascendencia social del hecho, entre otros.¹³⁰ Por otro lado, también establecer la definición de los bienes jurídicos que sean más relevantes para el ordenamiento jurídico, a la luz de instrumentos internacionales y la Constitución, y consecuentemente la descripción de criterios que orienten al juez en relación los supuestos o condiciones requeridas para la aplicación, por parte del juzgador, de una pena alternativa a la pena privativa de libertad.

A la vez, es pertinente la integración del principio de exigüidad del hecho para su aplicación conjunta de los principios de proporcionalidad, humanización e individualización de la pena, proporcionalidad, entre otros. Finalmente destaca la importancia de capacitar a los funcionarios judiciales, respecto a la aplicación de penas no privativas de la libertad como penas independientes y no accesorias a la pena privativa de libertad.

Se buscará también eliminar el artículo 10 del Código Orgánico Integral Penal y artículo 203 numeral primero, que determinan la prohibición de privación de la libertad en establecimientos no autorizados, para ampliar el alcance de la privación de libertad ambulatoria, incluyendo los supuestos de restricción parcial de la libertad; y se establecerá una forma distinta de cálculo de las multas y sanciones patrimoniales que deriven del cometimiento de un delito; para la posterior aplicación de una pena ya sea privativa o no de la libertad.

¹³⁰ *Ibid.*

Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo se ha podido establecer que el derecho penal ha mutado conforme ha pasado el tiempo y que su desarrollo depende de los valores ético-morales que rigen a una sociedad determinada. Por ende, existen diversas concepciones respecto al fin que en realidad persigue la pena, pero que en la actualidad y en Ecuador, se manifiesta esencialmente en la necesidad de reinsertar al individuo a la sociedad, o más bien dicho de resocializarlo.

Sin embargo, no es posible resocializar al individuo en todos los casos, razón por la que las teorías abolicionistas de la pena privativa de la libertad quedan descartadas; pero que con fundamento en las garantías que la propia constitución establece, también desechan teorías que conciben a la cárcel como un mal necesario y sumamente innovador, pues el punitivismo penal con énfasis en Ecuador, al ser un país garantista y democrático, debe limitarse a vulneraciones de bienes jurídicos sociales que sean determinantes para el correcto desarrollo bienestar general; razón por la cual la teoría de unificación de la pena privativa de libertad es la más cercana a la solución.

El Derecho Penal tiene como pilares al principio de legalidad, humanidad de las penas, proporcionalidad y aplicación de ultima ratio, mismos que deben ser considerados durante la subsistencia del Derecho Penal, y que complementan la necesidad de incorporar nuevos mecanismos de sanción en el ordenamiento jurídico. En Ecuador, la pena privativa de libertad casi siempre es la pena principal, y las penas alternativas a la privación de libertad son accesorias y acumulativas. Todo esto, pese a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano declara la existencia y procedencia de penas alternativas, en su Constitución y Código Orgánico Integral Penal; pero que no ha establecido todavía mecanismos suficientes para materializar dichos preceptos.

Como principales problemas de la pena privativa de la libertad se manifiesta el hacinamiento carcelario, la desocialización de delincuentes primarios, vulneración de derecho a la salud, costo social sumamente elevado y elusión del principio de humanización e individualización de la pena; y que pese a que la pena privativa de la libertad nació como una suerte de innovación en materia penal, y humanización de la

forma de castigar, no existe evidencia alguna para establecer que las penas privativas de la libertad son más efectivas que las penas alternativas para resocializar a las personas, mucho menos para evitar que vuelvan a delinquir en el futuro. El Estado es el encargado de precautelar los derechos de las personas privadas de la libertad; y es lamentable que dichos derechos no se garanticen en su totalidad.

Cada día el número de reclusos en el mundo es mayor y las tasas de delincuencia no tienden a disminuir, por tal razón se precisa la implementación de nuevas medidas, tales como penas alternativas a la pena privativa de la libertad, que tal como se expuso no ha sido prohibida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino más bien son permitidas por el mismo; más precisan la creación de pautas previas a su aplicación, así como el establecimiento del principio de exigüidad del hecho para un proporcional análisis de la conducta y su consecuencia concreta.

Para garantizar los derechos que la propia Constitución y los instrumentos internacionales establecen, es necesario tomar en cuenta que existen mecanismos como las penas alternativas a la pena privativa de la libertad que son aplicables en el caso concreto, y que a partir del análisis y estudio de la aplicación práctica de esta propuesta, podría traer consigo resultados beneficiosos. La idea de innovación y flexibilización en materia penal, es posible y aparenta ser prometedora. Esto, con fundamento en los resultados positivos de la aplicación de penas alternativas a largo plazo, al observar los efectos positivos que han correspondido a su establecimiento en países como Holanda, Suecia y Escandinavia.

La teoría del delito y de las penas representa la máxima expresión del poder punitivo del Estado, que lejos de corresponder a una verdadera mejora en el campo del delito, ha traído consigo consecuencias que en la actualidad son poco deseables y que en pleno siglo XXI podrían ser erradicadas, al menos en un porcentaje, siempre y cuando se establezcan todos los parámetros necesarios para hacerlo, de manera que sea posible una aplicación de penas diferenciadas sin vulnerar el principio de igualdad ante la ley.

Bibliografía

Cuerpos Legales

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Las Partidas, Partida VII, Título XXXI, Ley 1. La Nueva Recopilación, Libro II, Título II, Cap. 2; y la Novísima Recopilación, Libro III, Título II, Ley 2.

Instrumentos Internacionales

Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1977).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (1990).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas CON fecha 23 de noviembre de 2010.

Libros

BECCARIA, Cesar. Tratado de los delitos y de las penas. 18ª ed. México: Porrúa.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta, Argentina, 2002.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Parte General. 43ª Edición. México: Porrúa, 2002.

COHEN, Stanley. Visiones de control social. Barcelona: PPU,1998.

DE LA TORRE, Javier. Estudio del Derecho Penal. Quito: Biblioteca Universidad de las Américas,1994.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Italiana,1997.

FONTÁN, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Artes Gráficas Candil, 1980.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión. 1ª ed. Madrid: Siglo XXI editores.

- GALLARDO, Claudio y Jorge NUÑEZ. Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Quito, 2006.
- GARCIA, Ramiro. Código Orgánico Integral Penal Comentado. Lima: Ara Editores, 2014, p. 444,459.
- GONZÁLEZ, Luis. Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá,2000.
- JACOME, Gonzalo. Derecho Penitenciario y Soluciones a la Rehabilitación Social, acorde a los Derechos Humanos en el Ecuador. Quito: Editorial Universitaria,2009.
- LARRAURI, Elena. “ Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”. Estudios Penales y Criminológicos 1996.
- MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Montevideo: BdeF, 2006.
- NOVOA, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno. 3ª ed. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SANDOVAL, Emiro. La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal. Bogotá: Temis, 1998.
- STRATENWERTH, Günter. Derecho penal. Parte general. 4ª Ed . T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. 20ª ed. T. I. Madrid: Reus, 1999.
- WACQUANT, Loïc. Las dos caras del Gueto. Buenos Aires: Editora siglo XXI, 2010.
- ZAMBRANO, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Guayaquil: Editorial Edino, 2002.

Revistas Académicas

ABANTO, Manuel. “ Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”. Revista Penal, pp. 3-40.

GIL, Rodrigo. “Medidas Sustitutivas a la Pena de Privación de la Libertad”. Derecho y Humanidades (2011), pp. 41-50.

BARATTA Alessandro. “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”. Foro de Derecho Penal N15. Pp. 737-749.

CÁRDENAS, Michelle. “Eficiencia de la Normativa Penal Ecuatoriana: Análisis Económico de los Delitos Menores”. Revista PUCE (2018), pp. 37-59.

CORNEJO, José. “El Garantismo y el Punitivismo en el Código Orgánico Integral Penal”. Ius Humani, (2016), pp. 217-227.

KIERSZENBAUM, Mariano. “El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas desde la Óptica de la Discusión Actual”. Lecciones y Ensayos (2009), pp. 187-211.

LEYVA, Manuel, LUGO Larisbel. “El Bien Jurídico y las Funciones del Derecho penal”. Revista Derecho Penal y Criminología (2015), pp. 63-73.

LÓPEZ, Montserrat. “Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español”. ADPCP (2013), pp. 363-402.

PONGILUPPI, Caterina. “ El concepto de exigüidad del delito: perspectivas dogmáticas y político criminales”. Revista Nuevo Foro Penal (2011), pp. 130-160.

QUINTERO, Gonzalo. “ Delitos contra Intereses Generales o Derechos Sociales”.
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
(1983), p.574.

Tesis

ALPUSIG, Digna. El Código Orgánico Integral Penal y la Aplicación Constitucional de Penas Alternativas a la Privación de Libertad en los Delitos Sancionados con Prisión. Tesis de grado. Universidad Técnica de Ambato. Ambato, 2016.

CUTIÑO, Salvador. Sobre el fin de la pena de prisión. Análisis del principio de Resocialización y su realidad en el Sistema penitenciario español. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Sevilla, 2013.

PONCE, Anderson. Las Penas no Privativas de Libertad como Estructura Punitivista del Estado y la Vulneración de la Finalidad del Código Orgánico Integral Penal Limitar el Poder Punitivo. Tesis de grado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Tulcán, 2017.

Fuentes Electrónicas

BUENO, Francisco et al. La cárcel y sus alternativas.
www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/40820232.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Af7dbf378ca5972e1d4f7b8a79cf22437
(acceso 26/05/2019).

CAMACHO, María. El bien jurídico Penal.
www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf (acceso 15/05/2019).

Código Penal Alemán.
www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (acceso 1/06/2019).

Código Penal Italiano.
perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf (acceso 1/06/2019).

Dialnet. Alternativas a la Pena de Prisión en Holanda.
dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4336740.

Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/?id=DJksG1J>(acceso 29/05/2019)

Diario el Telégrafo. El exceso de internos en las cárceles llega hasta el 356%.
www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/el-exceso-de-internos-en-las-carceles-llega-hasta-el-356 (acceso 15/05/2019).

Ecuavisa. www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/482901-mas-40-mil-personas-carceles-ecuador (acceso 15/05/2019).

HERNANDEZ, Norberto. La Dinámica del Encarcelamiento.
www.jstor.org.ezbiblio.usfq.edu.ec/stable/pdf/j.ctv1xz12t.4.pdf?ab_segments=0%252Fdefault-2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Acaef8637ec53b3d15dcc563db5ce986 (acceso 13/04/2019).

LAPPI-SEPPÄÄLA. Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos. libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/alternativas-prision-paises-escandinavos-414240926

Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano. Opinión Técnica Consultiva ex officio No. 006/2013 de la

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf (acceso 30/05/2019).

SEMPÉRTEGUI, Leonardo. La Importancia del Liberalismo Clásico para la supervivencia del Estado de Derecho.
www.usfq.edu.ec/publicaciones/polemika/Documents/polemika004/polemika004_015_articulo012.pdf (acceso 17/05/2019).