

Más allá de la pena: ¿se acabó la justicia?

Jorge Vicente Paladines¹

*En las prisiones no puede haber signos de impaciencia.
Hay que esperar siempre. Un portal es abierto cuando
el anterior ha sido cerrado. En las prisiones no debe
haber signos de impaciencia. Hay que esperar
siempre...*

Palabras recogidas en la prisión de Carandirú, San Pablo-Brasil²

I. Introducción

El estudio de la ejecución penal es el ámbito más olvidado en los análisis del derecho penal y en la construcción de política criminal. Sin embargo, aquí es donde el *ius puniendi* coloca en mayor situación de vulnerabilidad a las personas; donde el derecho se convierte en prisión, mientras la realidad en una constante para la sobrevivencia diaria del encierro. Estudiar por lo tanto el encierro como pena –o medida cautelar– no hace más que reflejar la disonancia entre el derecho y la realidad. De ahí emerge su urgente y necesaria reflexión desde el constitucionalismo, logrando a corto y largo plazo demandar la institucionalización de un sistema de garantías dentro de la “rehabilitación social”.

¹ Profesor de Sistemas Penales, Control Social y Derechos Humanos de la Universidad Andina “Simón Bolívar”. El presente artículo es una nueva versión de “Razón jurídica o Barbarie”, publicado el 2008 en la serie *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, volumen 5, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

² Citado por Elías Neuman, *El Estado penal y la prisión-muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 135.

Para lograr el cometido de constitucionalizar la pena partiré desde el *ser*, esto es desde la ontología del encierro como aflicción de una acción típica, antijurídica y culpable. No puedo imaginar una pena desde el *deber ser* cuando ella funciona materialmente de forma distinta a los dogmas y teorías de la pena. La pena es por lo tanto un hecho, una realidad que no puede falsearse con la retórica de juristas. En su ontología operan muchísimas circunstancias que incluso pasan desapercibidas por el legislador y los jueces, quienes actúan influyentemente en su predeterminación política y determinación judicial.

Comienzo en primer lugar haciendo una breve referencia sobre la conversión de la sanción desde la comunidad hacia el Estado. Haré referencia sobre el papel de la comunidad en la construcción pública de la pena además de la venganza privada. Se trata de volver al debate del génesis de la ley en su función de impedir la autodestrucción de la comunidad. Para ello es imprescindible recordar cómo el Estado (la entelequia) fue relegando penalmente a la sociedad (el cuerpo) hasta el punto de convertirla a ésta en una entelequia. La legitimidad del *ius puniendi* se va articulando de forma simbólica pero sobre efectos supremamente reales.

Seguidamente haré memoria sobre las tradicionales teorías que fundamentan la pena, tanto en su función como en su legitimidad. A su vez, observaremos si la pena de encierro es el único recurso que tiene la sociedad para efectivizar su “juicio de reproche”. Aparece aquí la discusión sobre el nacimiento y la implementación normativa de la ideología resocializadora, máxima expresión de la *prevención individual*. Emerge en este punto la reflexión sobre el discurso punitivo de la criminalización primaria y la desconocida realidad de su punición.

Será importante además introducirnos en las formas de prisionización como estructuras que pulsan en los modelos de encierro. Las formas de castigo comulgan bajo la lógica de “recuperación de capacidades” de las personas privadas de la libertad, en donde el aislamiento, la neutralización y la “rehabilitación” parecerían formar la unidad funcional de la pena moderna.

Finalmente, y como imperativo de la Constitución de la República del Ecuador, llegaré –como síntesis del planteo sobre la pena– hacia la inscripción de la tutela judicial efectiva en la fase de ejecución de lo penable, pues estar privado de la libertad no significa de ninguna manera estar privado de la justicia. Es ahí donde surge con mayor fuerza el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como garante de la legalidad del encierro de las personas privadas de su libertad, asegurando así la certidumbre en el cautiverio al reducir las consecuencias de la discrecionalidad ejecutiva. Al final señalaré algunos tópicos importantes para la judicialización de la ejecución penal como parte nuclear en la constitucionalización de la ley y praxis penal ejecutiva.

IncurSIONAR de esta manera sobre la cuestión constitucional de la ejecución penal permitirá plantear soluciones básicas del *ser* de la pena. El *deber ser* no es una demagogia normativa que hoy goza de rango constitucional en el Ecuador, sino una urgente implementación que demanda la mayor atención de los actores políticos y judiciales en la cada vez menos piadosa sociedad.

II. La pena como expresión de la ley y el orden

La pena ha sido un elemento *sine quanon* en el Derecho penal, al grado que su propio nombre deviene de ella. Por medio de la pena se permite observar las distintas vertientes y fases en el origen del poder punitivo, desde cuando el asilo eclesiástico desarrollado por los pueblos germanos, pasando por las ordalías –prueba de Dios–, hasta llegar al período de la venganza pública, en la cual la víctima u ofendido decidía por su propia cuenta “hacer justicia”. Sin embargo, el Derecho penal –derecho de sanciones (*Strafrecht*)–, nació cuando se endosó esa fuerza sancionadora al Estado, entelequia bajo la cual hoy se organiza política y jurídicamente la sociedad.

No obstante, el Estado no siempre mantuvo el monopolio de la aplicación de la pena. Una primera expresión de esa yuxtaposición entre sociedad y Estado la

encontramos en la noción de comunidad política, cuya raigambre la encontramos en la *polis* griega. En esta instancia la ciudadanía y Estado se fundían en las asambleas atenienses sin posibilidad alguna de distinguir la frontera entre gobernados y gobernantes, por ende entre la esfera de lo privado y lo público.

Si un ciudadano no participaba en la polis se lo consideraba como un *ídion* – idiota–, pues para la Grecia del siglo V a. C. la administración del poder devenía de la unidad entre ciudadanos y polis³. A su vez, los ciudadanos –*la polis*– contaban con potestades ejecutivas, legislativas y judiciales. La potestad de impartir justicia – lo que hoy se conoce como jurisdicción– implicó naturalmente el conocimiento de asuntos que llevaban consigo la sanción a quienes desestabilizaran la pretendida organización social griega. El orden se encontraba tutelado por la misma comunidad.

La administración de justicia traía consigo también la responsabilidad personal de los jurados, sobre todo si sus fallos se consideraban como errados. Una especie de boomerang penal en donde de condenador se pasaba a condenado. Quizá era la primera vez en que la idea de comunidad no implicaba, necesariamente, la destrucción desenfrenada del Otro, como una especie de aplicación del principio “juzga a tu prójimo como a ti mismo”⁴. La evidencia que la historia nos presenta se encuentra en el afamado juicio que describe Jenofonte –en el que se resalta la defensa de Euríptólemo–, en el cual se debatió la condena a muerte, apasionada e injusta, de algunos estrategas atenienses, la que después se revirtió sobre los mismos ciudadanos que los juzgaron erróneamente⁵.

Siglos después la Iglesia Católica institucionaliza el *ius puniendi* como una forma de evangelizar a la comunidad por medio de la interpretación exclusiva de las *sagradas escrituras*. El juzgamiento de quienes se atrevían a violar sus contenidos se llevó a cabo por parte de tribunales encargados de catequizar a la comunidad por

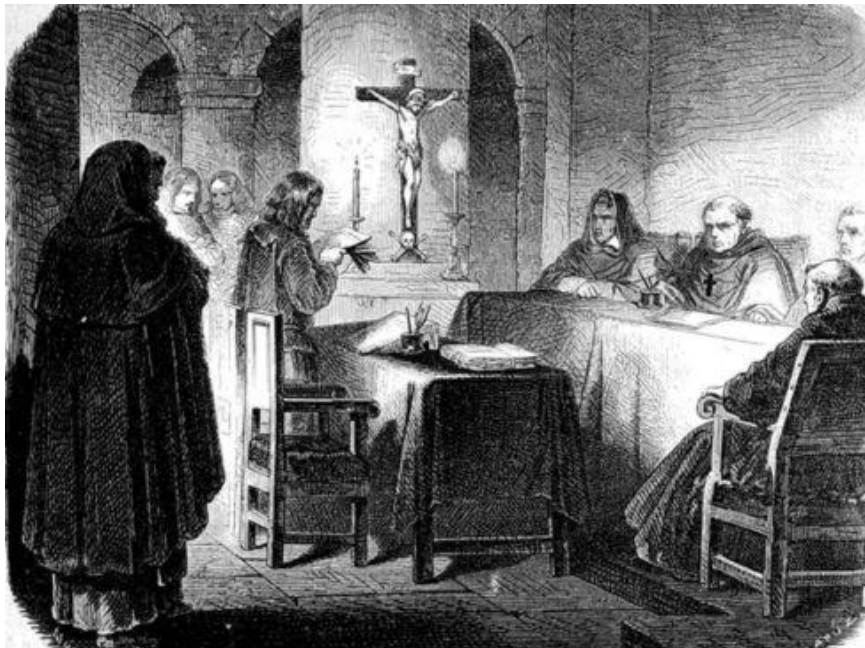
³ Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988, pp. 352 y 353.

⁴ Parfraseando el mandamiento “Amarás a tu prójimo como a ti mismo”.

⁵ David Held, *Modelos de democracia*, 2da. ed, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 41-45.

medio de la ley penal (Tribunal de la Santa Inquisición). Se recoge la idea de comunidad política para relegarse en la comunidad religiosa, la que más tarde sería secularizada por la entelequia Estado.

La primera manifestación del derecho de sancionar como institución se atiza en este período, cuando en el siglo XV se redactó el afamado Manual de la Inquisición (1484) aprobado por el papado y redactado por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger. Se fundó así el primer libro de las ciencias penales o criminales de la historia, bautizado con el título de *Malleus Maleficarum* –“El Martillo de las Brujas” –, cuyo contenido tenía la misión de “culturizar” a la mujer –concebida como pecadora desde el libro del Génesis con Adán y Eva– por ser más proclive a la maldad⁶. Se desató todo un aparato de persecución y cacería que condujo a las afamadas “noches de brujas” en las que se prisionizaron y condenaron a muerte a millones de mujeres acusadas de herejía, apostasía y masonería –brujería–.



⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, pp. 21-24. Siglos después, un ramal del discurso feminista proclama la solución de los problemas de violencia intrafamiliar por medio de la ley penal, sin pecar que el nacimiento y desarrollo de éste se encuentra bañado de crudas formas patriarcales y androcéntricas.

Tribunal de la Santa Inquisición⁷.

A pesar de la imbricación entre moral y justicia en la aplicación de la pena por parte de la Iglesia Católica, se comienza a pensar en la necesidad de su separación. El gobierno y la coerción dejan de apelar a la divinidad, estructurándose ahora como la habilidad del príncipe para controlar las tensiones provenientes de la comunidad. La concentración del poder radica en la neutralización del Otro, quienes sencillamente desalentaban con sus acciones la armonía del orden. Así, Maquiavelo sostenía que:

Debe, por tanto, un príncipe no preocuparse de la fama de cruel si a cambio mantiene a sus súbditos unidos y leales. Porque, con poquísimos castigos ejemplares, será más clemente que aquellos otros que, por excesiva clemencia, permiten que los desórdenes continúen, de lo cual surgen siempre asesinatos y rapiñas; pues bien, estas últimas suelen perjudicar a toda la comunidad, mientras las ejecuciones ordenadas por el príncipe perjudican sólo a un particular⁸.

Las acciones que desafectan al orden establecido por el gobierno van a complejizarse. Se niega a la comunidad su propia racionalidad y se la hace dependiente de la construcción de un sentido mayor: el Estado. De esta forma, las individualidades renuncian a su poder –por medio del pacto social– para endosarlo a un constructo protector que brinde a su vez la posibilidad de no aniquilarse en su violencia, en su natural conflicto, en su *estado de naturaleza*. Así es como Hobbes observa al individuo *per se*, y en él la posibilidad de la guerra y la conflagración del orden, sobre todo cuando expresaba que:

No fueron los súbditos quienes dieron al soberano tal derecho (a castigar); sino que limitándose a renunciar a los que ellos tenían, fortalecieron la capacidad del soberano (Estado) para hacer uso del suyo propio como le pareciese más conveniente para la preservación de todos⁹.

El orden supone la sobrevivencia de la comunidad, es una especie de repetición que establece cómo y cuándo se debe efectuar determinado acto, y bajo qué

⁷ <http://www.neoteo.com/Portals/0/imagenes/cache/25DAx1024y768.jpg>

⁸ Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, 15 reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 100.

⁹ Thomas Hobbes, *Leviatán*, 2da. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 249.

circunstancias se coacciona a quienes tratan de romperlo. Se normaliza el espacio público, dependiendo cada vez más de la aplicación de la ley –en la forma de pena– para mantener el orden¹⁰. A la comunidad –ahora sociedad civil– no le queda otra salida que encontrar la validez del orden por medio de la representación del Estado, que en definitiva, cumplirá con la función de crear acciones –delitos– y establecer su respectiva sanción o pena¹¹.

El derecho de sancionar se diluye del manejo de personas de carne y hueso hasta llegar a la polis griega; se diviniza en su aplicación por parte de la Iglesia Católica; y, se representa en el pacto social por medio de la entelequia estatal, cuya base fáctica es ejercida por las agencias ejecutivas del poder penal: la policía. La ley y el orden se reproduce en las relaciones sociales¹², pues las instituciones del Estado se encargan de restituir el orden a través de la ley. El Estado por lo tanto encarna a la comunidad desde su organización hasta su castigo; condena a quienes con sus acciones resquebrajaron el orden, sancionándolos en nombre de una comunidad que ahora se ha convertido en entelequia¹³.

¹⁰ Si la Ley no es más que la envoltura del orden, ¿se puede suspenderla para mantener el orden? La respuesta a esta pregunta llevó a Carl Schmitt a generar una teoría, en el marco del instituto del estado de sitio que desarrolló la Revolución Francesa, para restituir (dictadura soberana) o afianzar (dictadura comisarial) el orden por medio de la suspensión de la ley. Así, para el asesor del nazismo, la garantía del orden se encuentra en el *Estado de excepción*, como la potestad que tiene el ejecutivo para hacer respetar el orden, aunque implique la ruptura del orden jurídico. Carl Schmitt, *La dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1985. El dilema se presenta si el mantenimiento del Estado y el orden pasa por encima del mismo Estado de Derecho. Sin duda, hoy en día el Estado de excepción no es más que la internalización de la dictadura en democracia. Cfr. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, 2da. ed., Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2005.

¹¹ Más tarde, Feuerbach enuncia la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Según Welzel, esta disposición expresa tres ideas: 1) Sólo una Ley puede declarar delito a una acción; 2) Sólo una Ley puede imponer una pena; y, 3) Sólo antes que la acción sea ejecutada. Ver Hans Welzel, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11va. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 23.

¹² Luhmann aparece en el vértice de la racionalidad weberiana y de la sociología institucional. A través de la teoría de los sistemas autopoieticos salta a la vista una teoría del poder en la que, sencillamente, desaparece el ser humano, pues éste pertenece a su ambiente o entorno lleno de complejidad, en otras palabras, al *estado de naturaleza*. Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988, p. 173.

¹³ En nuestro país, esta paradoja se deduce de la frase sacramental *Administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley*, que emplea la administración de justicia para brindar fuerza resolutoria a sus fallos mediante el ropaje de representar a la sociedad políticamente organizada.

III. La construcción “jurídica” de la pena

A partir de la Revolución Francesa se van a presentar algunas variables de lo que ha de entenderse –y aplicarse– como pena, tanto en su legitimidad como en su función y finalidad. Se construye una polisemia de sentidos político-criminales en el que la pena se ve como el fin o medio de un derecho que impida la reaparición del *estado de naturaleza*. Surge de esta forma la aparente dicotomía entre las *teorías absolutas* y las *teorías relativas*, en el marco de axiomas que pretenden legitimar un derecho sancionador al servicio de la comunidad normalizada por el Estado.

En las *teorías absolutas* –defendida por la Escuela Clásica que busca la reafirmación del orden estatal u ordenamiento jurídico–, el Derecho penal es un instrumento al servicio del ideal de justicia. La pena cumple la función de *retribuir* el daño o lesión cometida culposamente, busca legitimar un derecho penal –derecho de sancionar– a través de la producción de un mal al autor del delito, es decir en quien supuestamente originó el mal. Se pretende “pagar un mal por medio de otro mal” por el hecho de haber usado indebidamente la libertad individual, en cuyo caso el mal sería proporcional a los valores que se expresan social y políticamente en la comunidad.

Las teorías absolutas o retributivas (de represión) de la pena encuentran en Kant –fundamento ético– y en Hegel –fundamento jurídico– a sus principales defensores. El mismo Hegel construyó la *dialéctica de la pena* al esgrimir que si el delito es la negación del derecho, la pena sería la negación del delito; es decir la reafirmación de la norma. En palabras de Welzel esto sería como “*la retribución justa de la infracción culpable del derecho*”¹⁴. La justicia que pretende el Estado se verifica a través de la construcción de juridicidad en la comunidad, incluso en el espacio

¹⁴ Hans Welzel, *op. cit.*, p. 281.

privado, como parte del fundamento ético-social que debe regir en los individuos por medio del respeto a los valores inyectados normativamente¹⁵.

Por su parte, las *teorías relativas* (de protección) –sostenida por el Escuela Positiva– pretenden afianzar un Derecho penal en virtud de la *utilidad*. Aparece la idea de *prevención*, esto es del establecimiento de una preocupación social del delito futuro para desdeñarse de las acciones delictivas que se presentaron en el pasado. La acción delictiva revela en el autor una fenomenología de futuras lesiones al ordenamiento jurídico. Se va abriendo por lo tanto paso a una teoría que construye en el derecho la función de utilidad social de la pena. De esta forma, se presentan algunas variables, aglomeradas positiva o negativamente en las categorías preventivas generales o especiales que se presentan a continuación¹⁶:

	a)	<i>General positiva</i> : Obediencia social del derecho
	b)	<i>General negativa</i> : Intimidación general a la sociedad
<i>Prevención</i>	c)	<i>Especial positiva</i> : Resocialización del delincuente
	d)	<i>Especial negativa</i> : Neutralización del delincuente.

(a) La *prevención general positiva* observa en la lesión del derecho el daño a la generalidad de la comunidad. No importa el delincuente sino la sociedad, en la que en definitiva repercute el mal ocasionado. El delito es el *daño social*, una vulneración al ordenamiento jurídico. Esta variable “preventiva” pretende

¹⁵ Hay que aclarar que no por cometer un delito el autor pierde su *ethos*. La ética acompaña a la persona como la sombra a los seres humanos, sin distinción alguna entre quienes cometieron o no un delito. Existe por ende también ética en quien delinque.

¹⁶ Para un mejor estudio de las variables de la prevención general y especial véase Fernando Tocora, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 66-77; y, Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 37-47.

construir una sociedad homogénea de individuos “normales” que respeten la ley. El método sería obtener un convicto educado, suavizado y homogenizado de conformidad al establecimiento social. Se busca en el “desviado” o “anormal” un encauzamiento a imagen y semejanza de las normas establecidas en la sociedad. En este caso la pena goza de un respaldo social.

(b) La *prevención general negativa* tiene asimismo su centro en lo social. No obstante, esta variable busca intimidar al des-asociado por medio del castigo. Se trata de “ejemplarizarlo” mediante la amenaza de una pena, en cuyo castigo se escarmienta y advierte a los individuos de la sociedad acerca de la coerción de su posible desviación¹⁷. Por ello, Pettit expresa que: “*los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier*”¹⁸. La pena se riega a través del miedo social como consecuencia al delinquir, como escarmiento puro.

(c) La *prevención especial positiva* persigue la recomposición ética del reo. Se mira al condenado como enfermo; por ello la pena actuaría como la medicina que asegure su potencial curación. Emerge la idea de “correccionalizar” al delincuente a través del método del *tratamiento*, es decir de transformar la personalidad de quien quebrantó con su conducta la norma. La pena tiene como núcleo la rehabilitación, emergiendo de esta forma las teorías “re” (reeducación, resocialización, reinserción) para asegurar la composición del daño a través del manejo de la personalidad del delincuente.

(d) La *prevención especial negativa*, finalmente, pretende la neutralización o eliminación del delincuente. Busca aislar al reo de la comunidad, pues su sola presencia equivale el riesgo de contagiarla criminalmente. El ánimo de la comunidad sería anular al delincuente, como un ser al que se le niegan sus

¹⁷ Recuérdese el escarmiento que Roma impuso a sus súbditos frente a la pretendida posibilidad de una insurrección. Se atemorizó penalmente a los viajeros que transitaban –desde Capua a Roma– y observaron a los miles de esclavos crucificados por la rebelión de Espartaco.

¹⁸ Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 204.

derechos por representar la descomposición o enfermedad social –el delito–. En este sentido, Franz von Liszt sostenía que la pena podía servir, además de *corrección*, para *intimidación* e *inocuidación* del delincuente. Se corregirá al delincuente capaz de corregirse; se intimidará al delincuente que no requiere corrección; y, finalmente, se inocuidará al delincuente que carece de capacidad de corrección, es decir, al delincuente habitual¹⁹.

Ambas teorías –absolutas y relativas– comulgan en la realidad político-criminal del encierro de la mayoría de los Estados, en cuya ejecución penal se permite a la vez, tanto la represión del individuo como la protección social por fuera del delincuente. De esta forma, Claus Roxin elaboró una teoría complaciente con las teorías expresadas anteriormente –“unificación dialéctica”–, en la que la pena cumple una triple función: i) De prevención general, cuando la ley amenace con penas; ii) De retribución, cuando se aplique la ley penal; y, iii) De prevención especial o resocialización, cuando se ejecute las penas. La pena brinda entonces el tratamiento al delincuente al percibirlo como una persona débil, pero sin dejar de considerarlo en su radio de libertad y responsabilidad, es decir sin alejar de él el juicio de reproche en la imputación.

Empero, el esquema que hoy en día recogen los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos es el de la prevención especial, es decir el de rehabilitación social²⁰. Para 1955 el mundo verá nacer las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, en las que se impregna con claridad la teoría relativa de

¹⁹ Este último criterio se aplica en países como los Estados Unidos de Norteamérica, donde sencillamente se repulsa la reinserción social de los *delincuentes habituales*, imponiéndoles la afamada pena de “cadena perpetua”, esto es una pena indeterminada cuyo fin es aislar al individuo de la comunidad. Sobre la referencia de von Liszt véase Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 34.

²⁰ En el Ecuador se consagra la rehabilitación a partir del Art. 201 de la Constitución de la República, que reza: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”.

prevención especial, así como los axiomas de la prevención general, como cuando en su Art. 58 se expresa que:

El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de la libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Tal como se observa, la directriz universal para la aplicación de la pena es el *tratamiento* (rehabilitación) del delincuente. Sin embargo, esta tendencia no deviene gratuitamente en el seno de las Naciones Unidas. En ello hay que hacer un breve ejercicio de memoria y encontrar en la Escuela Positiva (Lombroso-Ferri-Garófalo) a su principal precursora, pues ya en la segunda mitad del siglo XIX, Cesare Lombroso relacionaba al crimen con la personalidad del delincuente, como una de las primeras formas que, posteriormente, impulsó la estructura del *tratamiento* como pena²¹. Para Lombroso, los rasgos de la personalidad dividían a la sociedad en individuos proclives a delinquir y en individuos que encarnaban la ética. En este sentido, Del Olmo decía que:

Se comienzan a vislumbrar dos concepciones diferentes del hombre: el “normal” y el “anormal”. Al primero, como aceptaba el orden, se le vinculaba con el libre albedrío. El segundo estaba sujeto al determinismo. Es decir, el “anormal” se resistía al “orden” y delinquía porque era constitucional y psíquicamente inferior por razones ajenas a su “voluntad”²².

El delito en esta corriente deviene de la propia inferioridad moral, biológica y psicológica del delincuente²³, dando paso a la estructura socio-jurídica de un

²¹ Recuérdese que para Cesare Lombroso el delincuente se clasificaba en: a) delincuente pasional; b) delincuente ocasional; c) delincuente loco; d) delincuente epiléptico; e) delincuente loco-moral; y, f) delincuente nato –por tendencia congénita–. Al respecto se debe ver el interesante estudio que Marchiori realiza sobre la “evolución” de la criminología. Ver Hilda Marchiori, *Criminología. Teorías y pensamientos*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 36.

²² Rosa Del Olmo, *América Latina y su criminología*, 4ta. ed., México, Siglo XXI Editores, 1999, p. 31.

²³ Eugenio Raúl Zaffaroni y otros, *op. cit.*, p. 49.

*derecho penal de autor*²⁴. Los genotipos y fenotipos buscaban “explicar” en el derecho penal la raigambre individual del delito, por ende también de la pena. Paradójicamente, todas las personas que no se parecían, sea por su abolengo, por su condición de clase o por sus rasgos fenotípicos a los sectores dominantes de Europa, representaban en Lombroso la esfera de los delincuentes. Se trataba de la cuestión de ser y parecer delincuente ante la comunidad. Y es que las personas con estos rasgos –estereotipos– no fueron inventadas por Lombroso, sino por el contrario estaban, yacían en las cárceles europeas. No fue difícil entonces al creador del *delincuente nato* encontrar en los marginados su clasista correlación con delito.

Esta tesis sin duda retoma del *darwinismo social* la escisión biológica de los seres humanos como entes sujetos a clasificaciones raciales²⁵. La clasificación o etiquetamiento, producto de la etiología criminológica italiana, se complementa en la fase penitenciaria con la adopción de la clínica como método de rehabilitación social, cuyo fin es reducir la *peligrosidad* del delincuente²⁶. La práctica de la clínica penitenciaria se verifica con mayor énfasis en las etapas “curativas” del delincuente en la ejecución penal, como en las etapas de diagnóstico, pronóstico y tratamiento, que estructuran institucionalmente regímenes de seguridad mínima-media-alta o abierto-semiabierto-cerrado.

El Ecuador no ha superado la criminología clínica de raigambre lombrosiana, cuando en el Art. 13 del vigente Código de Ejecución de Penas se asocia al *régimen progresivo* con la clasificación *biotipológica* del delincuente²⁷. ¿Qué quiere decir esto? Basta con reflexionar sobre lo mencionado en líneas anteriores para darse

²⁴ Por el contrario, existe *derecho penal de acto* al referirse al delito como una acción que produce el resquebrajamiento de bienes jurídicos penales, sin estimar la personalidad del delincuente. El derecho penal de autor puede ser abordado desde dos vertientes: a) Por un lado, la línea *espiritualista*, que considera que el delincuente es un pecador; y, b) Por otra lado, la línea *mecanicista*, que encuentra en el delito la falla de un aparato mayor: la sociedad. *Ibidem.*, pp. 49-50.

²⁵ Michel Wieviorka, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 29 en adelante.

²⁶ La peligrosidad positivista debe ser proscrita en todo Estado de Derecho, toda vez que es peligrosa una cosa y no una persona que dispone de conciencia moral. Se asume así la cosificación de las personas, esto es la estigmatización legal del sujeto pasivo del proceso para generar un aumento o rigidez en la reducción de la pena y régimen penitenciario. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009 p. 263.

²⁷ Art. 13.b, Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de la República del Ecuador.

cuenta que nuestra ejecución penal considera al individuo como determinado moral, biológica y psicológicamente al delito. Será acaso una: ¿Criminalización ex ante al crimen?, o ¿Criminalización ex post a la cosa juzgada? Las personas con condena son tratadas como enfermas al procurarles un sistema de rehabilitación que asegure a la sociedad el alejamiento de un “contagio criminal”. Así, se ha llegado a establecer en la ley sobre ejecución penal nacional que:

A cada uno de los internos se le aplicará el expediente estandarizado, a nivel nacional, que contendrá los siguientes apartados: a) Datos estadísticos; b) Resumen procesal; c) Investigación socio-familiar; d) Estudio *somatométrico* y *antropológico*; e) Estudio medio; f) Estudio sicológico y psiquiátrico; g) Estudio del delito; y, h) *Índice de peligrosidad*²⁸ (Cursivas mías).

Los estereotipos del delito recaen generalmente en la *delincuencia torpe*, que criminaliza a la pobreza bajo la maniquea construcción de penas. Esto me lleva a algunas interrogantes como saber si: ¿existe un quantum científico de la pena?, ¿se aplican los criterios de proporcionalidad para su determinación legal? o ¿existe una pena creada con justicia?

Ferrajoli distingue tres formas de construir la pena, cada una de ellas estrictamente relacionadas con las funciones de la clásica y tripartita separación de poderes²⁹. De esta forma, hay una función de *predeterminación* de la pena en el poder legislativo; de *determinación* de la pena que se verifica en el poder judicial; y, de *post-determinación* de la pena que la realiza el poder ejecutivo por intermedio de las agencias de administración carcelaria. Para determinar la pena, Ferrajoli reconoce la seria dificultad que encuentra el legislador en cuanto al estudio del nexo entre la parte objetiva, basada en la gravedad o daño causado por el delito, y la parte subjetiva, basada en la culpabilidad del infractor, ahondada aún más para el establecimiento del límite entre pisos y techos, pues:

Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad: también una de estas penas breve puede en efecto procurar, aunque sólo sea por su

²⁸ Art. 42, *Ibíd.*

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 397-410.

carácter deshonoroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo³⁰.

Lejos de ser potestad legislativa o judicial, lo cierto es que hay una crisis de mensurabilidad para la determinación de la pena. En este sentido, Thomas Mathiesen hace una distinción entre la pena impuesta bajo la filosofía de la justicia retributiva y la pena que deviene de la filosofía de la justicia distributiva³¹. Ambas caen en un argumento circular que no se compadecen con la realidad del encierro. Técnicamente, la justicia distributiva hace ver que las escalas de castigo deben ser medidas por la gravedad u objetabilidad de las infracciones en cuestión. Así, la pena debería al menos cumplir con los siguientes elementos:

1. Incluir la objetabilidad del delito, la cual se relaciona con la culpabilidad del delincuente;
2. Estimar el daño o gravedad del delito sobre la base del daño efectivo comprobado empíricamente; y,
3. No incluir la severidad del castigo como parte integrante de la relación objetabilidad/gravedad.

Esto estructuraría una base para la determinación legislativa y judicial de la pena. El tiempo de encierro de una persona culpable podría cuantificarse proporcionalmente. Por ello, según Mathiesen habría aparentemente una solución:

La respuesta es sensacional: la gravedad o la objetabilidad del delito –que constituyen la base para determinar el valor del castigo y por ende su escala– se determinan a su vez por *lo que el delito merece en términos de castigo*, es decir, por el valor del castigo³².

Esta solución se funda a su vez en una racionalidad matemática penable. El legislador aparece como un cuantificador del tiempo del encierro medido en función

³⁰ *Ibíd.*, p. 400.

³¹ Mathiesen, Thomas, *Juicio a la Prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 79 y ss.

³² *Ibíd.*, p. 194.

de la gravedad del delito y la culpabilidad. Además, la relación objetabilidad/gravedad sería medida por un ejercicio comparatista con los demás delitos. De esta forma, el tiempo de la pena parece fundarse sobre la base de los siguientes criterios:

1. Que el tiempo –y en ello el tiempo de la pena– es percibido objetiva o intersubjetivamente como un estándar. Todas las personas asumimos que un día se compone de 24 horas o que una semana tiene siete días;
2. Que el tiempo de la pena es medido proporcionalmente; parte de un punto cero, toda vez que racionalmente doce años son el doble de seis;
3. Que el tiempo para el castigo deviene de dos magnitudes: i) una cardinal, medida en cuanto a la disponibilidad de espacio carcelario, y ii) otra ordinal, basada en el cotejo con otros delitos³³.

No obstante, la construcción de la pena sea por mano del legislador o del juez, olvida el excesivo grado de discrecionalidad política que disponen, así como la realidad del encierro en que ésta tiene que aplicarse. En contraste con los criterios mencionados anteriormente, Mathiesen señala que materialmente en la pena:

1. El tiempo es subjetivo, discrecional y está ligado a la posición privilegiada del legislador. No es lo mismo punir un delito contra la propiedad cuando se es propietario, que hacerlo cuando se es menesteroso.
2. El tiempo de la pena no es proporcional, toda vez que no asume los padecimientos o dolores inferidos principal y coyunturalmente con la privación de la libertad (privación de autonomía, seguridad, bienes y servicios, relaciones familiares y heterosexualidad).
3. Las magnitudes son desplazadas por los cambios históricos y los pánicos morales. Así, el justo merecido –*just desert*– tiene una fuerte vinculación con la moralidad de la época³⁴.

Contradictoriamente, el estudio de la pena aparece como uno de los fenómenos más interesantes en el Derecho penal. Lamentablemente, la determinación de la pena se funda sobre presupuestos de la teoría del delito y no de la pena, pues se concibe a la pena como una cosa dada y “superada” por el pensamiento penal moderno, en

³³ *Ibíd.*, p. 220.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 198-202 y 221.

donde la justicia penal –la mensurabilidad– se luce con lógico equilibrio para configurarla. Por el contrario:

Cuando los legisladores y jueces hacen esto, enmascaran la realidad, dando la impresión de que la prisión es defendible en una justicia de platillos equilibrados. Todos estos factores mencionados apuntan en la misma dirección, demostrando que la prisión, de hecho, no es defendible en la justicia³⁵.

El óptimo sería que la pena proyecte una relación entre la culpa y el castigo mediante una operación de equilibrio entre el dolor del delito y el dolor del castigo. Sin embargo, no cabe duda que la pena es un hecho político y no jurídico, nace sencillamente del estado de ánimo del legislador, condicionado en gran parte por los metamensajes provocados por los *mass media*³⁶.

En nuestra legislación el delito aparece como una falla individual; sin embargo, no necesariamente la pena tiene que serlo al momento de “correccionalizar” al sujeto³⁷. Quizá en esta instancia comience a fallar el sistema penal en su conjunto, pues si una persona supuestamente ha lesionado un bien jurídico –o desafectado con su conducta a la norma–, lo cual se traduce en el causamiento de daño a una víctima, ¿por qué no se permite su directa composición?

Louk Hulsman nos brindó el planteamiento de diversos métodos para la solución de los conflictos o “delitos”. En su ejemplo de los cinco estudiantes que conviven en un mismo departamento, enfoca las posibles variables que pueden suceder en la composición del daño al momento en que uno de los estudiantes rompe el televisor común; así, por ejemplo, encontramos las siguientes posiciones:

- a) Un miembro de esta pequeña comunidad estudiantil planteará la expulsión del compañero que arruinó el televisor;

³⁵ *Ibíd.*, p. 222.

³⁶ El profesor Tobías Barreto no dudaba en decir que: “El *amor a la justicia* es un hecho subjetivo. Tomado como principio regulador, él explica tan poco el instituto de la pena como el simple *amor a lo bello* puede explicar la existencia del arte”. Ver Tobías Barreto, *Introducción al estudio del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 63.

³⁷ La rehabilitación no existe, pues ninguna persona que delinque y es culpable está enferma.

- b) Un segundo incitará que el compañero sea tratado por medios clínicos y psicológicos, con el objeto de rehabilitarlo;
- c) Un tercero propondrá que el compañero causante del daño indemnice o pague el televisor estropeado; y,
- d) Un cuarto aprovechará la oportunidad para la conciliación entre todos los miembros³⁸.

La expulsión del estudiante al destierro o presidio no es la única salida. Tampoco el *tratamiento* penitenciario en el marco de la rehabilitación social. Se demuestra así que las instituciones penales no hacen nada más que ocultar las diferencias naturales entre los ciudadanos, llevándolos centrífugamente al *ius puniendi*. El Estado debe garantizar la composición del daño en la relación ofensor-ofendido. Por ello, Roxin sostiene que donde no es posible la despenalización se pueden implantar métodos o alternativas a la condena judicial. Para este autor, Alemania ha dado un paso adelante con la aplicación de la *diversión*, consistente en el establecimiento de reales prestaciones en favor de la comunidad, cuyo efecto puede llevar incluso a la renuncia de la acción penal³⁹.

No obstante, Ecuador presenta manifestaciones racionales y abolicionistas para manejar la penalidad, incluso muchísimo antes del pensamiento abolicionista europeo. Ellas se encuentran en los sistemas de justicia indígena, en donde la pena de encierro prolongada no se aplica y, por el contrario, se sustituye a través de una fiable composición del daño mediante formas efectivas de reparación como la purificación espiritual, la provisión de seguridad y alimentos a los familiares de la víctima, el trabajo reparatorio, entre otras⁴⁰.

Por su parte, en la realidad del sistema penal occidental –que estigmatiza y etiqueta clínicamente al individuo–, el proceso penal se desentiende de la fase ejecutiva de la sentencia. La pena carece de legitimación a toda vista puesto que no

³⁸ Este ejemplo es extraído del afamado libro-entrevista que Jacqueline Bernat de Celis le hiciera al desaparecido maestro Louk Hulsman, publicado en 1982 bajo el nombre de *Peines Perdues*. Véase Hulsman, Louk y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 88-89.

³⁹ Claus Roxin, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, p. 347.

⁴⁰ Un precedente sobre justicia indígena en el Ecuador fue sin duda el afamado caso La Cocha (2002).

repara el daño, y, por el contrario, prolonga el dolor sobre la destrucción de la sustancia humana con condena. Así, el maestro Zaffaroni dice que:

El concepto de pena no puede proporcionarlo ningún discurso legitimante y tampoco puede quedar en manos del legislador...El poder político hasta cierto punto, puede decir qué conductas somete a pena o cuáles no somete pena, porque es parte de su ejercicio en el marco del hecho de poder que ejerce el sistema penal, pero la agencia política no puede superar todo límite de irracionalidad e inventar la “pena” y la “no pena”...El legislador puede hacer muchísimas cosas, pero algunas no puede hacerlas y, entre éstas, no tiene poder para decir que lo doloroso no duele⁴¹.

A pesar del vacío jurídico de la pena, las tesis en favor de su ampliación y legitimación aparecen por doquier. No es extraña por lo tanto la reaparición de las teorías absolutas en la nueva dogmática penal. En ello, Günther Jakobs –conectado con la dialéctica hegeliana– sostiene que la pena lo que hace es restituir la confianza en la norma, que ha sido vulnerada por el actuar del delincuente⁴². De esta forma, se cierra el paso a la concepción de un Derecho penal que protege bienes jurídicos, construyendo una estructura jurídica en base de la confianza en la norma, en cuyo eje desaparece el individuo, sea como medio o como fin. Asombrosa tesis en la cual se amalgaman las teorías absolutas con las relativas, donde la rehabilitación se constituye en el medio que asegure un “mundo normativo” –ético– exento de sujetos a quienes se consideran como *peligrosos*.

IV. La cárcel y el encierro

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, 4ta. reimp., Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 208-209.

⁴² El principio de “confianza” es parte de la teoría jakobiana acerca de la *imputación objetiva*, pues para Jakobs, “...no es tan importante que en la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad...” Ver Günther Jakobs, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, pp. 28 y 29. Sobre la tesis funcionalista de la pena véase también Günther Jakobs, “La pena estatal: significado y finalidad”, en *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de derecho penal funcionalista)*, México, Porrúa, 2006, pp. 15-60.

La aplicación “moderna” de la pena se encuentra articulada con la funcionalidad de la prisión. La historia de la prisión como pena es antigua⁴³; de hecho, la pena que produjo la modernidad es la correspondiente a la prisión, como la “*pena de las sociedades civilizadas*”⁴⁴, pues antes que la cárcel se constituya en el *locus* de la pena, la humanidad tuvo que experimentar con formas como la pena de muerte, la mutilación o la picota pública, entre otras. La cárcel no era más que el lugar transitorio de la pena; sin embargo, toma mayor fuerza cuando ésta se constituyó en un fin en sí. Un precedente de ello lo revelan las mazmorras ubicadas en los castillos o fuertes, así como las galeras que navegaban como “prisiones flotantes” por toda Europa⁴⁵.

El castigo corporal adquirió a fines de 1840 una importancia lucrativa para los países de noroccidente. A medida que se expandía el desarrollo mercantil por el mundo, la presencia de menesterosos y desempleados se convirtió en el principal referente asociado a la idea del des-orden. Los vagabundos perturbaban el orden social en las calles, mientras el ejército de desempleados amenazaba con desestabilizar la economía; de ahí la necesidad de “controlarlos” por medio de su confinación en depósitos humanos denominados como prisión. La construcción de cárceles fue imparable para fines del siglo XIX, y la pena privativa de la libertad en la modalidad más empleada para el castigo jurídico-social.

Jeremías Bentham ideó –de 1830 a 1840– un proyecto arquitectónico universal para el mantenimiento de las condiciones de encierro denominado como el Panóptico, en cuyo seno se entremezcla la estructura carcelaria con el gobierno

⁴³ Personajes como Tocqueville y Arendt se dieron tiempo de iniciarse en estudios acerca de las prisiones. Sin embargo, hay que ser tributarios con el polémico estudio que a mediados del siglo XVIII –1779– hiciera John Howard en *State of Prisons*, quien posteriormente planteará una urgente reforma carcelaria para Inglaterra y Gales, que más tarde conmovió de alguna forma al resto de Europa, aunque sus estudios terminaran con su vida mientras realizara investigaciones en las cárceles rusas.

⁴⁴ Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002, p. 233.

⁴⁵ Elías Neuman, *op. cit.*, p. 139.

sobre los detenidos⁴⁶. El poder ejecutivo se organiza alrededor de esta infraestructura, como microcosmos político en donde debe procurarse la reproducción del orden estatal.

El Estado de Policía (*Polizeistaat*) encuentra su geografía del poder en estos pequeños espacios, en donde en ningún momento se puede dejar de perder su control y vigilancia. Las personas apresadas se convierten en los enemigos del sistema, por ello la necesidad de mantenerlas vigiladas bajo la contención de funcionarios públicos encargados de “aplicar la pena”. La burocracia del Estado se reproduce en las cárceles a través de un personal especializado –dirección, administración y guías carcelarios–, que no puede perder de vista en ningún momento a los convictos.



Ex penal “García Moreno”, Quito-Ecuador⁴⁷.

La cárcel adquirió la forma de casa de rehabilitación⁴⁸, concepto mediante el cual se procura la “mejora” del delincuente para devolverle la dignidad perdida producto

⁴⁶ El Ecuador se ha mantenido rezagado en cuanto a los avances de la modernidad. No obstante, inmediatamente después de construirse el primer Panóptico, Gabriel García Moreno construyó a los pocos años de su gobierno una prisión de similar infraestructura, que hoy en Quito se conoce precisamente como el “Ex penal García Moreno”. Sobre el Panóptico como mini-Estado ver *Ibid.*, p. 141.

⁴⁷ http://www.utccrs.gov.ec/site/images/cerchas/penal_redu.jpg

⁴⁸ Bajo esta óptica la cárcel comparte la misma estructura que los hospitales y manicomios.

de la comisión del delito⁴⁹. Se trata de volver dóciles a los seres humanos considerados como *peligrosos* por la sociedad, mediante la institución del *tratamiento*, cuyo axioma es corregir el comportamiento del delincuente. Su suavización se da en el marco del tiempo, el cual determina su mejoría para la resocialización a través de los siguientes principios:

a) *Principio de aislamiento*, mediante el cual se procura intimidar al condenado, y a la vez, establecer una brecha con la sociedad en libertad. De ahí que la pena sea individual e individualizante, excluyendo al individuo en las prisiones por considerarlo como un ser “diferente” del resto de seres que integran la comunidad. Aquí se debaten los modelos de Auburn y Filadelfia. Bajo el modelo de Auburn se busca en la noche reducir al individuo bajo su propio silencio, aunque en el día tenga que compartir los horarios de comidas y baño. El modelo de Filadelfia trata de reducir al reo día y noche en su silencio, como un perenne aislamiento que funciona para distraerlo de la comunidad, incluso, de la que está inmersa en las prisiones.

b) *Principio de trabajo*, que parte del hecho de ver al delincuente no sólo como malhechor, sino también como ocioso. Se trata de mantener ocupadas a las personas apresadas –detenido-obrero– como parte de la fuerza productiva que exige el modo de producción, por ende, de ajustarlas al aparato económico⁵⁰. En este sentido, no es por demás señalar que las cárceles comparten los mismos tópicos que las fábricas *fordistas*, donde se traduce el aislamiento infraestructural, pues siempre se ubican en la periferia de las ciudades y desarrollan condiciones de trabajo oculto, como parte de la no revelación de los “secretos de fábrica”. Melossi y Pavarini decían en este sentido que la fuerza de

⁴⁹ Para Mathiesen, la palabra “rehabilitar” viene del galicismo *re*, que significa retorno o repetición; y, del latín *habilis*, que significa competencia. De ahí que rehabilitación implique el “retorno a la competencia”. Thomas Mathiesen, *op. cit.*, pp. 61 y 64.

⁵⁰ Según Teresa Miralles, el trabajo en las cárceles presenta cualquiera de las siguientes características: 1) Escasez de instrucción laboral; 2) Imposibilidad de libre elección laboral; 3) Falta de estudios, o 4) Falta de encauzamiento laboral post-penitenciario. Teresa Miralles, “El control formal: la cárcel”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico: Estado y control*, Vol. II, Bogotá, Temis, 1983, p. 109.

trabajo extraída en estas condiciones genera una sustracción violenta de plusvalía, un obrero sin retribución y un no propietario criminal⁵¹.

c) *Principio de temporalidad*, que expresa la duración del castigo. El tiempo se constituye en un elemento medidor de la pena. De esta manera, la prolongación del encierro como pena precede de la gravedad del delito, es decir, mientras más grave sea el delito más años se aplicarán como pena. Sobre este principio, las Naciones Unidas han tratado de reducirlo por medio del *sistema progresivo*, según el cual la lógica de la rehabilitación circula en las fases de observación, tratamiento y prueba, dentro de un programa que procura colocar en cuestión la personalidad del delincuente⁵². No obstante, el tiempo del castigo mediante el encierro no es más que la eliminación física del espacio de la vida, así por ejemplo: si a un joven de veinte años lo condenamos a una pena de treinta, al salir de la cárcel su expectativa de sería inferior, sus oportunidades estarían casi reducidas y su “mejor tiempo” consumido por el encierro. Por otra parte, si se observa a la pena como productividad, la privación de la libertad sería una forma de eliminar también a las personas dentro de la producción. El tiempo en la “racionalidad” moderna de la pena –vinculado a los Estados modernos– se asocia a la producción (tiempo lineal), mientras que el tiempo en la racionalidad heurística –más vinculado a nuestras comunidades y pueblos indígenas– es retrospectivo (tiempo circular).

------(20 años de edad)------(50 años de edad)-----
segmento de extracción de la vida

El aislamiento pretende disciplinar al delincuente. Esta práctica penitenciaria busca estandarizar al prisionero con los modales del orden, es decir mediante

⁵¹ Para Melossi y Pavarini el aislamiento celular es un tipo de “control terrorista sobre el proletariado”. Ver Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI Editores, 1981, p. 11.

⁵² Michel Foucault, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

métodos educativos de homogenización social. La educación y el trabajo van a estructurarse como los principales pilares del *sistema progresivo*, pues a medida que el condenado asimile los procesos educativos y laborales para provocar su rehabilitación –“retorno de competencias”–, su libertad corporal estará más próxima. De ahí que se instituyan los mal llamados “beneficios penitenciarios”⁵³, que buscan crear un régimen meritorio para paliar la carga temporal del encierro.

Paralelamente, el sistema de rehabilitación social también tiene su propio sistema disciplinario. Aquí es donde se fortalece el aparato estatal por medio del ejecutivo, repitiendo sobre el prisionero un esquema que busca sancionar su mala conducta. Las sanciones a las faltas disciplinarias aplicadas por la administración carcelaria son ilegítimas *prima facie*. No hay garantía de imparcialidad en su aplicación, ni defensa en la apelación de las mismas. Por esta razón, como sostiene Miralles, la ideología del *tratamiento* se recluye a dos cuestiones:

- (i) Se somete el *tratamiento* a cuestiones reglamentarias; y,
- (ii) Se traduce el *tratamiento* a una clasificación y reclasificación del condenado⁵⁴.

La discrecionalidad disciplinaria somete aún más al prisionero al régimen del encierro. De ahí que el viejo lema que dice que en las condiciones de encierro se vive “a pan y agua” no es del todo mítico, por el contrario, es un detalle más de la disciplinarización arbitraria de la cárcel. Aquello lo estudió Mathiesen para revelar algunas “directrices” –que el Dr. Sebastián Egbertszoon en 1595 recomendara para inculcar las diferencias entre el bien y el mal– en las que se estableció el siguiente sistema de faltas y de sanciones dentro de la prisión:

- 1) Pelear = pan y agua por un día

⁵³ No se puede hablar de “beneficios penitenciarios”, pues todas las personas con condena por el hecho de sujetarse a una sentencia ejecutoriada se introducen inmediatamente en el *sistema progresivo*, el que mecánicamente debería conducir al prisionero hacia su reinserción social.

⁵⁴ El Ecuador padece de la excesiva reglamentación de la ejecución penal. Sin duda, el principio de legalidad deviene de la organización de cada centro carcelario, donde la norma es creada por el funcionario público encargado de mantener el orden penitenciario. El Congreso Nacional –hoy Asamblea Nacional– ha permitido que el Consejo Nacional de Rehabilitación Social internalice su lógica de reglamentación en el orden del día para la formación de leyes nacionales.

- 2) Maldecir = pan y agua por tres días
- 3) Insubordinarse = pan y agua por ocho días
- 4) Provocar daños materiales = pan y agua por catorce días
- 5) Provocar heridas = pan y agua por dos meses
- 6) Insubordinarse con malas palabras = pan y agua más calabozo por un mes
- 7) Negarse a trabajar = azotes más un mes en calabozo a pan y agua
- 8) Insubordinarse con heridas = azotes y seis meses en calabozo a pan y agua
- 9) Intentar evadirse = azotes más seis meses en calabozo bajo encadenamiento
- 10) Intentar evadirse con violencia = doble de pena que la anterior
- 11) Evasión = doble del tiempo de la pena
- 12) Negarse a trabajar por tercera vez = regreso al tribunal para ser castigado⁵⁵.

La privación de la libertad no viene sola. A ella se le suman una serie de padecimientos –dolores– que genera la realidad del encierro, que implican el núcleo y la coyuntura al momento de ser privado de la libertad⁵⁶:

1. En primer lugar es la privación *per se* de la libertad mediante el hecho de estar interno y a la vez aislado;
2. Es la privación del acceso a bienes y servicios, pues no se puede tomar agua potable ni conectarse a la web cuando se está cautivo;
3. Es la privación de las relaciones heterosexuales, no sólo por la exposición pública de la intimidad sexual –visitas conyugales–, sino porque es muy usual en los códigos de la cárcel la vulnerabilidad de la libertad sexual sobre todo cuando se es procesado por delitos contra la libertad sexual;
4. Es la privación de la autonomía, con lo que se genera un estado de dependencia por la sobrevivencia más que por la libertad; y,
5. Es la privación de la seguridad, en tanto que no sólo se está cosificado sino

⁵⁵ Thomas Mathiesen, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁵⁶ *Ibíd*, pp. 213-216.

además “empeñado”⁵⁷.

El sistema penal selecciona doblemente a las personas que van a ingresar a la cárcel, tanto en los bienes protegidos penalmente como en los individuos estigmatizados por la sociedad⁵⁸. A ello se suma la informalidad en las condiciones de encierro, la falta de certidumbre en las instituciones penales encargadas de aplicar el principio de legalidad; y, la sobrepoblación carcelaria sin sentencia. El encierro termina por imponer crudas patologías y enfermedades sobre las personas privadas de la libertad, pues como decía Concepción Arenal: “*de la cárcel los buenos salen malos y los malos, un poco peor....*”⁵⁹.

V. Pena con justicia

La privación de la libertad sin garantías deviene en un momento de incertidumbre jurídica y discrecionalidad estatal; así, el destino de las personas privadas de la libertad se deposita a una fase olvidada por la justicia. El procesado entra a la cárcel con un abandono total de la tutela judicial efectiva cuando es condenado. La judicatura por tanto se desentiende de él por considerar que su jurisdicción ha concluido con la emisión de un fallo condenatorio ejecutoriado. Arriban entonces las posiciones de creer que el debido proceso concluye con:

- (a) La emisión de la sentencia condenatoria;
- (b) La “rehabilitación” de las personas con condena; o,
- (c) La inclusión (reinserción) social efectiva de las ex personas privadas de la libertad.

Al constitucionalizar (judicializar) la ejecución penal se ofrecen, básicamente, dos clases de certidumbre sobre la realidad del encierro que padecen las personas privadas de la libertad: a) Una certidumbre jurídica (formal), que incluye la efectividad de los principios, derechos y garantías que regulan la ejecución penal; y,

⁵⁷ El “empeño” es una figura muy usual en las cárceles ecuatorianas. Tiene muchas modalidades, pero en general consiste en la ficción de un préstamo hacia el recién prisionizado, con la condición de reservar sobre él respeto a su integridad física si devuelve el “préstamo” con intereses.

⁵⁸ Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 362.

⁵⁹ Elías Neuman *op. cit.*, p. 144.

b) Una certidumbre institucional (material o real) fundada en el control de legalidad sobre el régimen penitenciario administrado generalmente por el poder ejecutivo. Con ello se provoca una extensión del principio *no hay pena sin crimen...ni pena sin jurisdiccionalidad*.

La certidumbre jurídica comienza con la tutela judicial efectiva, seguida de la aplicación de otros principios como:

- (a) Principio de legalidad
- (b) Principio de dignidad humana
- (c) Principio de inmediación
- (d) Principio de defensa
- (e) Principio de plazo razonable
- (f) Principio de celeridad
- (g) Principio de publicidad
- (h) Principio de prohibición de doble juzgamiento⁶⁰.

Con la judicialización de la ejecución penal las garantías del debido proceso también migran, atravesando la barrera cognitiva del proceso hacia la ejecutiva de la pena, pues como sostiene Bombini: “*Las reglas del debido proceso no ceden a partir del pronunciamiento de la sentencia*”⁶¹. Hay un avance al superar la clausura del debido proceso en la formalidad del proceso penal; de hecho, en la ejecución penal se presenta también un proceso que incluye la revisión, sustanciación y resolución de unificación y rebaja de penas, indultos, solicitudes anticipadas y una serie de controversias o problemas como la distribución en el sistema progresivo mediante la clasificación en los regímenes de mínima, media o máxima seguridad de las personas privadas de la libertad, cuestiones que suponen, claro está, un tratamiento jurisdiccional y no administrativo. Hay un claro mensaje al poder judicial cuando, constitucionalmente, se reconoce a las personas privadas de la libertad como grupos de atención prioritaria a través de los siguientes derechos:

⁶⁰ Estos son algunos de los principios que informan al debido proceso. Véase Carlos Enrique Edwards, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 99 y ss.

⁶¹ Gabriel Bombini, *Poder judicial y cárceles en Argentina*, Buenos Aires, Ad-hoc, noviembre 2000, p. 172. Cfr. Leonardo César Celso, “La ejecución de las penas en el nuevo sistema procesal”, segunda parte, en Marcelo Alfredo Riquert, Pablo Adrián Cistoldi y Leonardo César Celso, *Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público, Nuevos roles y clases en el sistema procesal penal bonaerense*, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 370.

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
3. Declarar ante autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de la libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia⁶².

En otras legislaciones se usa la nomenclatura de “jueces de vigilancia penitenciaria” o “jueces de ejecución penal”; sin embargo, en el Ecuador se ha optado por emplear la de “jueces de garantías penitenciarias”, tal como lo señala el Art. 203.3 de la Constitución de la República:

Las juezas u jueces de garantías penitenciarias asegurarán los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones (cursiva mía).

La decisión político-criminal de elevar a estándar constitucional la judicialización de la ejecución penal a través de la judicatura de garantías penitenciarias aún no ha podido efectivizarse. En el Ecuador el Código Orgánico de la Función Judicial también recoge lo postulado declarativamente en la Constitución; sin embargo, no se ha vislumbrado de las políticas judiciales la existencia material o real de estos juzgados.

Para judicializar la ejecución penal no necesariamente se requiere de la creación de un nuevo instituto judicial. Las garantías en la ejecución de la pena bien pueden ser vehiculizadas por cualquier juez de garantías penales, toda vez que el debido proceso y las garantías ejecutivas de la pena competen a cualquier juez en un Estado

⁶² Artículo 51 de la Constitución de la República.

Constitucional de Derechos y Justicia. Esto denota el sesgo que aún existe –no sólo a nivel institucional sino además en la cultura jurídica– entre la falsa frontera entre las competencias del juez de cognición (de procedimiento) y el juez de garantías penitenciarias (de ejecución).

La certidumbre institucional es el asiento real y operativo de las directrices constitucionales de la pena. Se presenta en el sistema de “rehabilitación” social como la aplicación de las garantías de ejecución penal, esto es en la aplicación y manejo de la pena a través de las garantías judiciales, que parten a su vez de dos vertientes: a) Una legal, en la que a través de la cognición o proceso se determinan los mínimos y máximos de la pena; y, b) Una judicial, en la que se realiza un control de las decisiones administrativas en la ejecución penal⁶³. El radio de acción de las juezas y jueces de garantías penitenciarias se traduce institucionalmente en el *control de la legalidad* de la fase ejecutiva de la pena⁶⁴, que comienza con la identificación de al menos cuatro macrofunciones:

- 1) Vigilancia en el cumplimiento adecuado de la sentencia (garantía ejecutivo-cognitiva);
- 2) Control de las resoluciones y actuaciones de la autoridad administrativa penitenciaria (garantía ejecutivo-administrativa);
- 3) Sustanciación y resolución de las cuestiones suscitadas durante la ejecución de la pena (garantía ejecutivo-procesal); y,
- 4) Garantía de los derechos de las personas en la fase post-penitenciaria (garantía ejecutivo-social).

1.- Vigilancia en el cumplimiento adecuado de la sentencia.- Dentro de estas competencias se encuadrarían las siguientes funciones:

⁶³ Leonardo César Celso, *op. cit.*, p. 357.

⁶⁴ Para el planteo de una posible reforma al Código de Ejecución de Penas trabajé con las abogadas Carolina Silva, María Belén Corredores y María Fernanda Álvarez. Participé en talleres organizados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador y pasantías para el estudio del régimen penitenciario en países como Chile, España y Francia. Para una mejor ampliación del debate se tomaron préstamos conceptuales de legislaciones como Alemania, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Guatemala, República Dominicana, Perú, Uruguay y Venezuela.

- a) Traslado de personas con condena a otros establecimientos o recintos carcelarios del país (CAIS/CRS/CDP), sea por motivos de cercanía o reagrupación familiar, sea por padecimiento de enfermedades graves e incurables, o por la inminencia de asistencia neuropsiquiátrica.
- b) Revisión del cómputo de la pena establecida por los jueces de cognición o de proceso para corregir eventuales errores de cálculo.
- c) Aplicación del denominado *indulto judicial*, que busca romper con la tradición monárquica de atribuir al poder ejecutivo funciones extremadamente discrecionales sobre cuestiones humanitarias, como el perdón por el hecho de padecer enfermedades graves, incurables o terminales como cáncer o VIH⁶⁵.
- d) Unificación de las penas, en virtud del principio de absorción jurídica, cuando se emitan sobre una persona con condena varias sentencias con diferentes tiempos de penas y percepciones de modulación diversas⁶⁶.
- e) Concesión, denegación o revocatoria de institutos como la pre-libertad, libertad condicional u otros similares⁶⁷.
- f) Disposición de medidas tendientes a la reparación de la víctima.

2.- Control de legalidad de los órganos administrativos.- Son funciones tendientes a resolver los incidentes promovidos, de oficio o a petición de parte –administración carcelaria, Fiscalía General del Estado, persona privada de su libertad o su defensor⁶⁸–, para debatir la aplicación de normas

⁶⁵ Esta iniciativa fue incluida en el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales a través de la denominada “Acción Extraordinaria de Revisión de la Pena”. Lamentablemente, hoy esta potestad sigue estando en manos de los poderes ejecutivo y legislativo, considerada como un hecho político y no como una situación jurídica.

⁶⁶ La modulación de la pena en el sistema judicial, al momento de imponer los mínimos y máximos, revelan las grietas de una falta de coherencia a nivel nacional, y el surgimiento de una notoria discrecionalidad, es decir, *decisionismo* puro.

⁶⁷ Esto rompe con la tradición administrativa y discrecional de conceder o denegar estos institutos sin motivación alguna. Sin duda, se trata de la coexistencia del Estado sobre el Estado de derecho de la rehabilitación.

⁶⁸ La defensa técnica en la ejecución penal debe desarrollarse con la implementación del instituto del “Defensor Penitenciario”.

de protección para las personas privadas de su libertad. Podrían en este caso ser incidentes:

- a) Ubicación no fundamentada de las personas con condena en las unidades del *sistema progresivo*;
- b) Imposición de sanciones disciplinarias⁶⁹;
- c) Faltas y/o fallas en el funcionamiento formal y material del establecimiento o recinto carcelario;
- d) Aplicación indebida de programas laborales y educacionales; y,
- e) Concesión o denegación arbitraria de salidas transitorias.

La defensa penitenciaria permite extender no sólo la representación judicial, sino además la defensa de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. La defensa podría actuar para los siguientes objetivos: i) Intervenir en todos los incidentes de la fase ejecutiva; ii) Peticionar medidas más adecuadas para la reinserción social de su defendido; iii) Provocar la revisión judicial de decisiones administrativas; y, iv) Impugnar las decisiones de la jueza o juez de garantías penitenciarias que no se ajusten a derecho⁷⁰.

3.- Sustanciación y resolución sobre cuestiones suscitadas durante la ejecución de la pena.- Esta competencia supone la existencia de una audiencia oral –*audiencia de observación*– para los incidentes que ameriten la recepción de pruebas. Las resoluciones de las juezas o jueces de garantías penitenciarias podrían ser revisadas por una autoridad superior, sin dejar de recordar que la fase ejecutiva implica también la judicialización sumaria de los conflictos. La existencia además de la judicatura de garantías penitenciarias permite el juzgamiento de delitos cometidos dentro del

⁶⁹ Sobre este tema hay mucho que hilar. La disciplinización de la vida carcelaria ha generado la aplicación de penas sobre las penas, establecidas al libre albedrío del reglamento que el ejecutivo asigne para determinados centros carcelarios.

⁷⁰ Leonardo César Celso, *op. cit.*, p. 357.

establecimiento o recinto carcelario, acciones punibles que hoy lamentablemente quedan en la impunidad.

4.- Garantías pos-penitenciarias.- Las juezas y jueces de garantías penitenciarias, en el marco de la inclusión (reinserción) social de las personas con condena, deben garantizar el estatus de liberado, sea que su ingreso al medio libre se determine por agotamiento de la pena o por cualquier otro instituto que implique la inserción como ser social a la comunidad. Aquí debe procurarse el cumplimiento de las cuotas para el acceso a derechos como el trabajo, la no estigmatización o discriminación por antecedentes penales y la solución de incidentes como consecuencia de haber estado privado de la libertad, por ejemplo el registro de detenciones o en general el registro penal.

VI. Reflexiones finales: más allá de la pena

La construcción de un nuevo orden en la ejecución penal supone un cambio en el manejo de las instituciones penales. El orden social ha sido representado – enteléquicamente– por el *ius puniendi*, en el que el poder ejecutivo toma la posta para su aplicación real. La pena sigue expresando simbólicamente una noción de orden, de castigo y sanción; de ahí que la sociedad moderna aún no ha librado los viejos esquemas de ver en ella la aparente composición del daño.

La incorporación de la *prevención individual* en nuestro ordenamiento jurídico supone la aplicación de la rehabilitación como función de la pena. Se vuelve al esquema cuya meta es curar al delincuente-enfermo, en el que ser rehabilitado es sinónimo de ser curado. Lamentablemente, no se pudo cambiar la noción de “rehabilitación” que se esgrime del Art. 201 de la Constitución del 2008. La oleada del *tratamiento* como pena aún no encuentra solución en nuestra fase ejecutiva de la pena, mientras que la construcción de ella todavía se funda en el estado de ánimo del legislador y la discrecionalidad del juez como un hecho político y no jurídico.

La demanda de seguridad ha conducido a la política criminal del país hacia la caravana arquitectónica de construir más centros de rehabilitación social (Panópticos)⁷¹, Se cree que a mayor número de cárceles menores índices de criminalidad. Aparece además el fantasma de la privatización o concesión de los centros carcelarios⁷², una forma eficientista de procurar la extracción de plusvalía y el lucro sobre la sustancia humana cautiva, pues las cárceles vacías no representan negocio para las corporaciones que están detrás de las concesiones, por eso su misión desesperada en llenarlas. Elías Neuman tiene razón al decir que: “*Al encierro no se va a cumplir un castigo sino a ser castigado en forma diaria, continua y repersecuratoria*”⁷³. Aquello implica una implementación de políticas tendientes a encontrarse con un mundo sobrediagnosticado, pero poco considerado en los procesos de toma de decisiones en materia penal.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no debe entenderse la aplicación de la pena como un ejercicio ilimitado, sino restringido por las normas constitucionales⁷⁴. En este panorama desolador, de aplicación de una política y un *derecho penal de autor*, la actual Constitución extiende las funciones de la justicia. La institución de la jurisdicción de garantías penitenciarias se constituye en la contención del Estado de Policía en su fase más cuestionada. Se trata de aplicar las garantías judiciales en sectores que durante décadas han sido relegados al silencio de sus derechos y conminados al decisionismo del poder ejecutivo.

Debe establecerse el control de garantías en la ejecución penal de las cárceles sobre la base de la transformación de *jueces magistrados* a *jueces ciudadanos*⁷⁵.

⁷¹ Por ello el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos mantiene la Unidad de Construcción de Cárceles (UTCCR).

⁷² Sobre la privatización de las cárceles véase Stephen Nathan, “Privatización de la Prisión: Acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina”, en Elías Carranza (coord.), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, San José, ILANUD, 2009, pp. 280-314

⁷³ Elías Neuman, “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en Ana Messuti y Juan Andrés Sanpedro Arrubla, *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 188.

⁷⁴ Fernando Tocora, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁵ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 574.

Aunque la mejor garantía a la dignidad humana sea aquella donde las cárceles dejen sencillamente de existir, por el momento, o tomamos el reto de la judicialización en la ejecución penal, o nos dejamos llevar por la barbarie...

VII. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, 2da. ed., Argentina, Adriana Hidalgo Editora, 2005.

Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, Ara Editores, 2004.

Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004.

Barreto, Tobías, *Introducción al estudio del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

Bombini Gabriel, *Poder judicial y cárceles en Argentina*, Buenos Aires. Ad-hoc, noviembre 2000.

Celso, Leonardo César, “La ejecución de las penas en el nuevo sistema procesal”, segunda parte, en Marcelo Alfredo Riquert, Pablo Adrián Cistoldi y Leonardo César Celso, *Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público, Nuevos roles y clases en el sistema procesal penal bonaerense*, Buenos Aires, Ediar, 2001.

Del Olmo, Rosa, *América Latina y su criminología*, 4ta. ed., México, Siglo XXI Editores, 1999.

Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, ediciones 2001 y 2009.

Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2002.

Held, David, *Modelos de democracia*, 2da. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2001.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 2da. reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1993.

Hulsman, Louk, y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, en *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de derecho penal funcionalista)*, México, Porrúa, 2006.

_____, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1988.

Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, 15 reimp., Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Marchiori, Hilda, *Criminología. Teorías y pensamientos*, México, Editorial Porrúa, 2004.

Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

Melossi Darío y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI Editores, 1981.

Miralles, Teresa, “El control formal: la cárcel”, en Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico: Estado y control*, Vol. II, Bogotá, Temis, 1983.

Nathan, Stephen, “Privatización de la Prisión: Acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina”, en Elías Carranza (coord.), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, San José, ILANUD, 2009.

Neuman, Elías, *El Estado penal y la prisión-muerte*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.

_____, “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en Ana Messuti y Juan Andrés Sanpedro Arrubla, *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.

Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

Roxin, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.

Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988.

Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

Tocora, Fernando, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002.

Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11va. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Wieviorka, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

_____, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

_____, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, Buenos Aires, Ediar, 4ta. reimp., 2005.

_____, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.

_____, “Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social. 1.- El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris, 1993.

_____, “¡Qué pena!”, en S. Castro Zavaleta (coord.), *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Irapuato México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Círculo de Estudios sobre Criminología Crítica de América Latina y Orlando Cárdenas Editor S.A. de C.V., 1992.

Bibliografía normativa y virtual

Código de Ejecución de Penas de la República del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

www.neoteo.com

www.utccrs.gov.ec