



## LA LEGITIMACIÓN, APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO

*The Legitimation, Application and Execution of the Punishment in the  
Ecuadorian Penal system.*

José Luis Vargas Tello<sup>1</sup>  
jlvargastello@gmail.com  
Recibido el: 09/10/2016  
Aprobado el: 19/12/2016

### **Resumen.**

El Estado a través del poder legislativo día a día elabora un sistema jurídico que se adapta a los constantes cambios que se dan en la sociedad, la cual por su dinamismo, evoluciona a pasos agigantados. Uno de los principales tópicos a ser tratados, corresponde el tipificar delitos y aplicar sanciones para aquellas personas que incurren en conductas que no son toleradas por el núcleo social. El principal discurso que maneja el Estado, es el de máxima aplicación del poder punitivo, particular que día a día toma fuerza y es legitimado, aceptado e inclusive solicitado por la colectividad en general, al considerar que se vive en un constante estado de inseguridad y peligro. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la aplicación de penas severas, lo que hace es dar un control y total dominio del poder al Estado y por ende al Gobierno de turno, ya que, al entregarles estas prerrogativas, este poder se desborda y no puede ser controlado oportunamente, lo que genera desviaciones de las cuales se verán perjudicados no solo los presuntos infractores, sino también el ciudadano común.

### **Palabras clave:**

*Mínima intervención, pena, ejecución penal, cárcel*

---

1 Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador  
Abogado de los Tribunales de Justicia y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales  
-Universidad de Cuenca. Especialista Superior en Derecho Penal - Universidad Andina  
Simón Bolívar. Maestrante en Derecho Penal - Universidad Andina Simón Bolívar.  
Mediador. Abogado Asociado - González & Asociados Asesoría Jurídica. Experiencia en  
el sector público: Asesor Jurídico de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura  
de Loja, Procurador Síndico del GAD Municipal de Paute. Áreas de Investigación:  
Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Laboral.



### **Abstract**

The state legislature every day elaborates a law system which is adapted to the constant changes of society, which by its dynamism evolves by leaps and bounds. One of the main topics to be discussed, it is the criminalization of some conducts and the sanctions for those behaviors that are not tolerated by the social nucleus. The state speech is the maximum application of punitive power. It every day takes strength and is legitimized accepted and even requested by the people who consider that they live in a constant state of insecurity and danger. However, we should consider that the application of severe penalties, involve the control and domination of power of the state and therefore the government. Consequently by giving these prerogatives to the state, the power overflows and it generate deviations which could cause a damage to the alleged infringer and citizens.

### **Keywords:**

*Minimum intervention, penalty, criminal execution, jail.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República en su primer artículo establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Este postulado conlleva intrínsecamente un amplio concepto, puesto que constituye la base sobre la cual se asienta todo estado democrático.

Cuando hablamos de derechos y justicia, se viene a nuestra mente por el primero, a todas las prerrogativas que nos son inherentes a la persona por la sola razón de serlo, debiendo ser respetados por la sociedad sin excepción alguna; y por lo segundo, se instituye en la protección que brinda el Estado cuando estos derechos han sido vulnerados.

Una de las garantías que ofrece el Estado Ecuatoriano a todos y cada uno de sus habitantes es el derecho a una cultura de paz y seguridad integral, para lo cual se reconoce y garantiza derechos fundamentales como los de libertad y a su vez se establece los medios de protección necesarios en el evento de que estas prerrogativas sean violadas, determinando en el ordenamiento jurídico inferior, normas de carácter sancionatorio con el cual se activa su injerencia y poder punitivo. Por lo tanto, vamos a tener como consecuencia a las actividades que lesionen derechos de terceros una sanción o pena impuesta por la autoridad competente.

La pena consiste en un gravamen que se causa a una persona por una instancia autorizada como consecuencia o reacción ante un comportamiento desaprobado o reprochable, cuyo presupuesto irrenunciable será siempre una infracción penal culpable (Feijoo Sánchez, 2007, p. 49).

Con el concepto antes citado se puede apreciar, que este se compone de varios postulados que conforman una unidad y en el evento de que falte alguno de estos elementos, acarrearía la ilegitimidad de la sanción. Al hablar de gravamen debemos entender la existencia de una carga, de una imposición que recae directamente sobre una persona cuya finalidad es la retribución por un daño causado (Feijoo Sánchez, 2007, p. 51).

La sanción no puede provenir de cualquier órgano o entidad que ejerza poder en el Estado. Esta actividad se reserva exclusivamente a los jueces quienes tiene la potestad de administrar justicia con sujeción a la Constitución y la ley tal como prescribe el artículo 172 de la Carta Magna, observando el trámite propio en cada uno de los procedimientos instaurados, con la expresa prohibición de la existencia de tribunales de excepción o comisiones especiales para el efecto.

Una pena no puede aplicarse de manera antojadiza y arbitraria por cualquier acción que se considere como lesiva de derechos. De ejecutarse este tipo de procedimientos se estaría vulnerando derechos fundamentales del



ser humano como la defensa y primordialmente el estado de inocencia.

Para que a una persona se le imponga una sanción es de trascendental importancia la existencia de una norma clara, previa y pública que tipifique la conducta incurrida como delito. Por lo tanto, no puede existir sanción o pena sin la existencia de un delito y este último no tiene vigencia alguna si no está descrito previamente en el cuerpo normativo pertinente, plasmándose la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*, axioma que se instituye como una garantía básica del debido proceso.

De lo antes expuesto se entiende que la pena será siempre la desaprobación que efectúa la sociedad a través del Estado, respecto de aquellas acciones que lesionen bienes jurídicos protegidos de terceros mediante el uso del poder coercitivo, es decir de la violencia institucionalizada y legitimada.

## II. OBJETIVO Y FINALIDAD DE LA PENA.

Una vez al tener una idea clara sobre lo que es la pena, es necesario enfocarse en el concepto que trae consigo el Código Orgánico Integral Penal y sobre todo, el objetivo y finalidad que cumple, por lo que es necesario obtener un postulado global para poder determinar en base a que teoría fue desarrollado el marco penal ecuatoriano.

Entonces, realizando un análisis extensivo tanto al artículo 51 y 52 del COIP, se deduce que la pena constituye una restricción de la libertad y los derechos de las personas como consecuencia de sus acciones u omisiones punible, siendo su finalidad la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo de los derechos y capacidades de la persona con condena.

Este concepto fusionado nos revela la influencia de la teoría de la prevención general negativa en el sistema penal ecuatoriano. Al hablar de restricción en sentido estricto, se entiende como un impedimento, una reducción de los derechos inherentes a la personalidad como resultado de un actuar antijurídico, por lo que, coincidiendo con el pensamiento de Feuerbach, el fundamento de la pena reside en la necesidad de preservar la libertad o convivencia en la sociedad civil mediante el bloqueo de las inclinaciones antijurídicas y esto se lo hace mediante la violencia coactiva para imponer derechos (Feijóo Sánchez, 2007, p. 134). Se entiende a la represión o violencia no solamente la de carácter físico, sino la psicológica, esta última es la que lleva a mantener en la conciencia social el temor que infunde las sanciones penales. El mero hecho de ordenar la restricción de derechos nos invita a pensar que el sistema penal se encierra en un mundo paralelo, inmune a la protección y defensa de derechos humanos, vulnerándose las garantías y sobre todo la dignidad del privado de la libertad.

Como lo señala Bernardo Feijoo Sánchez, la finalidad de este modelo es evitar en el futuro la comisión de hechos delictivos intimidando a los potenciales delincuentes (Feijoo Sánchez, 2007, p. 127). Se entiende por intimidación cuando de manera recia el legislador determina y advierte las consecuencias a las cuales se somete la persona que contraviene la ley. No se especifica que derechos se verán restringidos, lo que hace que este concepto se entienda en un sentido amplio, abarcando las demás prerrogativas que reviste a la persona por lo que se entendería que el privado de la libertad quedaría desprovisto de su dignidad y consideración como ser humano. La sanción sería en este caso a más de privar de la libertad, el despojar de la calidad de ser humano a la persona y pasar de sujeto de derechos a un objeto del sistema.

De esta manera el Estado infunde temor en la sociedad, quien deben acatar lo dispuesto no por respeto a la norma, sino por el miedo a las consecuencias que implica. Quien no interiorice esta restricción, legitima la intervención del poder punitivo por el simple consentimiento de infractor (Feijoo Sánchez 2007, p. 138-139), es decir, que la persona conociendo las consecuencias de sus actos los ejecuta, a sabiendas de la advertencia efectuada por el ordenamiento jurídico penal.

Si bien es cierto, existe un pasaje en la normativa penal antes citada en la cual se hace referencia al desarrollo progresivo de derechos y capacidades de la persona, no es menos cierto que dichos postulados quedan en meros enunciados. Es evidente que las penas impuestas no son con el fin de resocializar ni rehabilitar al privado de la libertad, al contrario, son la viva encarnación de un estado represor que busca atemorizar y controlar mediante el ejercicio del poder punitivo.

Haciendo extensiva la revisión del COIP y en base al contenido intrínseco que contiene las definiciones de pena y su finalidad, entre las sanciones que prevé este cuerpo normativo tenemos: privativas de la libertad, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. Las penas privativas de libertad, consideradas las más graves, tienen una duración de hasta 40 años. Las penas que afectan directamente al patrimonio del procesado, entre multas y comisos ascienden hasta mil quinientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general dependiendo de la gravedad del delito. Estos dos tipos de sanciones constituyen una verdadera violación al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución, ya que entre el acto punible y la sanción aplicable debe existir coherencia. La pena, independientemente de su tipo, no debe ser exagerada y mucho menos lesionar derechos y garantías del procesado. Como no hablar de intimidación si el endurecimiento de las penas que gesta el poder legislativo es la consecuencia práctica de una política criminal que busca atemorizar (Feijoo Sánchez 2007, p. 156) y trata de ocultar este particular refugiándose detrás del concepto de interés social.

Jakobs sostiene que la legitimidad del Derecho Penal depende de la del



orden constitucional al que sirve y no puede ser más legítimo el Derecho Penal que el sistema al que sirve (Feijoo Sánchez, 2007, p. 54). Este derecho no puede subsistir por sí solo, necesita un orden superior que legitime su intervención. Como se indicó al inicio de este trabajo, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, pero para todos sus habitantes sin exclusión y discriminación de ninguna naturaleza. Nuestro orden constitucional es protector y garantista, por lo que existe discordancia con el sistema penal que estamos aplicando. El derecho penal plasmado en el COIP debe guardar estricta concordancia con las disposiciones constitucionales, ya que esta es la base que lo sostiene, con lo cual se puede determinar que este derecho es un derivado de la legitimidad del Estado.

La contradicción se evidencia claramente al contraponer al Código Orgánico Integral Penal con la Carta Magna. La Constitución en su artículo 201 establece que la rehabilitación social tiene como finalidad recuperar integralmente a las personas sentenciadas penalmente. Es decir, que el fin de la pena es resocializar, rescatar al actor del hecho punible para que de esta forma no vuelva a delinquir y pueda desarrollarse libremente cuando goce de libertad. Este postulado se enmarca directamente en el concepto de prevención especial positiva, pero en sí, el sistema penal hace caso omiso a este mandato y desarrolla un método basado en la represión, temor y violencia, estableciendo penas crueles e indiscriminadas con la única finalidad, no social por supuesto sino política: la protección y resguardo para los grupos elitistas y la clase dominante quienes en efecto detentan el poder.

Con la definición efectuada en párrafos anteriores, es claro que se envía un mensaje “subliminal” al colectivo social: si cometes un delito, a más de la cárcel se restringen tus derechos. Es un hecho público y notorio que este Código va dirigido no a la sociedad en general tomando como tal a todos sus estratos, al contrario, tiene una dedicatoria especial hacia la esfera más vulnerable de la misma: los pobres.

Las personas que viven en situaciones de pobreza cuentan con un escaso presupuesto familiar, particular que los hace más propensos al cometimiento de delitos (Ávila Santamaría, 2013, p. 133). El legislador pretende atacar la criminalidad direccionando su ofensiva contra el grupo más débil bajo la presunción que su actuar se orienta a la de un potencial delincuente, siendo esto incoherente frente a un Estado que consagra la libertad, la justicia y la igualdad como valores superiores.

Mediante este procedimiento se está negativizando a las personas pues se los considera directamente como un enemigo del derecho, dejándose de lado la dignidad humana que presupone el respeto a la ley y a los derechos de los demás (Feijoo Sánchez, 2007, p. 144). Es por esto que este sistema carecería de legitimidad al ser violatorio de derechos fundamentales y contraponerse al marco garantista constitucional.

### III. LA EJECUCIÓN DE LA PENA: SUFRIMIENTO VS REHABILITACIÓN.

Las formas cambiantes de mentalidad, la evolución social y el incremento de sensibilidad ante el cometimiento de una infracción han servido como palestra para el pronunciamiento de nuevas políticas y discursos penales, convirtiendo en este caso al castigo en un tema vinculado directamente a la cultura (Garland, 2006, p. 290).

El castigo como tal es visto como un conjunto de prácticas que encierra, supervisa, priva de recursos, regula y controla a los infractores con base en la acción social, siendo el interés principal el rastrear los efectos directos de la cárcel sobre aquellos ciudadanos a quienes se les aplica, buscando además, como efecto directo del mismo una disuasión general hacia el resto de la sociedad, ya que actúa la pena de forma ejemplificadora (Garland, 2006, p. 291).

Como es de conocimiento general, la principal respuesta al cometimiento de un delito y donde se plasma el poder del estado al aplicar la pena es en la cárcel.

Las cárceles en si son la viva representación de la insensibilidad por parte de la sociedad y sobre todo del estado. Lamentablemente estos centros recogen exclusivamente a aquellas personas cuyos recursos económicos y educación son escasos, es decir a la población que se encuentra en el umbral de la pobreza. La cárcel se mantiene en el exterior del aparato judicial y se instituye como pieza esencial del arsenal punitivo (Foucault, 2002, p. 144), es un monumento a la impunidad que institucionaliza la violencia ejercida por el estado.

El encierro de seres humanos no nos parece un problema, al contrario, se toma como una necesidad y solución (Ávila Santamaría, 2013, p. 1). La finalidad del encierro se ha tratado de justificar con la garantía de vigilancia de las personas en conflicto con la ley y de esta forma satisfacer los propósitos de seguridad, custodia, encierro, aislamiento, entre otros, convirtiéndose en la sanción por excelencia globalmente aceptada (Ávila Santamaría, 2013, p. 4).

El sistema carcelario se ha ido transformado de igual forma que la sociedad, la política, la economía y la cultura. En sus inicios (siglo XVII-XIX) se instauró como un lugar de corrección influenciado por la religión, cuya finalidad era la meditación, penitencia y aislamiento. Luego pasó a ser considerado como un sitio para rehabilitación social, siendo su objeto convertir la vida de las personas y reintegrarlas a la sociedad. La última transformación, misma que perdura hasta la actualidad, corresponde a la segregación punitiva la cual consisten en la exclusión o eliminación de quien ha cometido delitos del núcleo social (Ávila Santamaría, 2013, p. 4-5).



Este último concepto constituye la institucionalización de la violencia estatal en su máxima expresión y sobre todo, la violación de derechos de las personas que habitan en estos centros. La vida de un privado de la libertad no se limita al encierro hasta el cumplimiento de su condena. En esta selva de cemento conformada por autoridades, guías y compañeros de celda, la lucha por la supervivencia es el pan de cada día de los huéspedes de los centros de rehabilitación. Lo más indignante es que se observan estos atropellos con total tranquilidad y venia de la sociedad, como si este padecimiento fuese un escarmiento retribuible a la conducta antijurídica inferida por el reo.

Teniendo clara la idea de que la cárcel representa un estado de terror que provoca secuelas tanto físicas como psicológicas a sus internos, se establece la siguiente interrogante ¿qué hace el estado para mitigar estas violaciones?

El sistema penal está atravesado por la necesidad de marcar, delimitar la estrecha línea entre blancos, negros, pobres, ricos (Ávila Santamaría 2013, p. 7), buenos y malos, ratificando de esta manera que la finalidad de la cárcel y en sí del sistema penal es la de convalidar el poder de la minoría que lo detenta sobre la mayoría que lo soporta.

De lo antes expuesto se evidencia que a pesar de que se sabe, se siente y se observa el fracaso de la cárcel, aun así se la mantiene dentro de este sistema, esto se da porque la sociedad se encuentra arraigada a esta ideología (Mathiesen y Zamuner 2003, p. 223). De acuerdo a Thomas Mathiesen, la cárcel lo que hace es dividir a la sociedad, por lo que propone algo simple: la abolición de esta (Mathiesen y Zamuner 2003, p. 225 - 229).

El problema de la prisión radica en que su principal objetivo no es de control social, sino que constituye un instrumento de represión ejercida poder político, quien maneja el monopolio de la violencia (Yacobucci, 2000, p. 244-245) En nuestro sistema penal, las únicas partes dentro de un proceso son el estado y el procesado. La víctima es ignorada puesto que el primero, actuando en representación de ella y alegando el interés general del bien jurídico protegido, secuestra la titularidad de la acción y toma como propio el daño recibido por el ofendido, activando de esta manera el andamiaje de castigo.

Según Maier, el concepto de bien jurídico empezó a servir para dejar de lado a la víctima, con la finalidad de ser el Estado quien persiga por el daño real a consecuencia del delito, dirigiendo el reproche por la desobediencia al derecho (Yacobucci, 2000, p. 265). Por lo tanto quien en efecto era el perjudicado por la ejecución del acto punible ni siquiera suele ser considerado como parte del proceso.

Como se ha puntualizado anteriormente, el ejercicio del poder punitivo plasmado en la cárcel no genera ningún beneficio ni al procesado ni mucho menos al ofendido. El único victorioso siempre será el Estado, y detrás de este, el político de turno y los grupos de poder.

Lamentablemente no se ha pensado bajo ningún concepto un cambio de paradigma respecto a la justicia penal, tal vez por los intereses económicos y la cantidad de dinero que gira alrededor del delito (Yacobucci, 2000, p. 256), pero es necesario acotar que le haría un bien a la sociedad en general el cambio de una ideología punitivista por una restaurativa, que en efecto genere un resarcimiento por los derechos vulnerados y deje de un lado el sentimiento de venganza por el daño causado, donde las partes pueden restablecer el contacto que fue perturbado por el delito (Yacobucci, 2000, p. 268).

En tal sentido Baratta incluye como uno de los principios del derecho penal mínimo, al “principio de privatización de conflictos”, sustituyendo la intervención penal por un derecho restitutivo en base a acuerdos enmarcados en instancias públicas y comunitarias que generen reconciliación (Yacobucci, 2000, p. 270).

Tomar en consideración estos factores es de vital importancia no solo para la solución de conflictos en el área penal, sino para la evolución social, puesto que de esta manera se estaría restableciendo efectivamente el orden que fue alterado por el delito, generando la reconciliación y perdón de la víctima al victimario, siendo esto opuesto a lo que sucede en la actualidad en este régimen de venganza y violencia.

Ramiro Ávila Santamaría concordante con este criterio se suma a la apremiante necesidad de cambio a una justicia restaurativa, puesto que en esta se resuelve los conflictos sociales. En primer lugar se busca la reparación del bien jurídico protegido para luego recuperar la armonía comunitaria (Ávila Santamaría, 2013, p. 26) y de esta forma ejercer una sanción ejemplificadora dirigida contra el infractor, no como represalia sino como un consejo.

Este sistema de administración de justicia tomada desde la cosmovisión indígena invita a reflexionar sobre los daños y consecuencias de la “justicia civilizada” de occidente, donde el infractor es excluido del núcleo social para formar parte del inframundo carcelario y aquí ser víctima de un sinnúmero de violaciones y atropellos, particulares que son ajenos a otras esferas sociales pues quedan atrapados entre cemento y barrotes, realidad contraria a lo que predica la justicia restaurativa, donde el infractor no es aislado ni encarcelado, sino aconsejado y apoyado. En este sentido, se influye positivamente para su cambio con ayuda de los miembros de la comunidad, quienes coadyuvan en busca de la reconciliación del infractor con la víctima y su entorno. La justicia y la paz social es su postulado, queda desterrada la venganza.



#### IV. CONCLUSIÓN.

La cárcel y el sistema penitenciario lo único que produce es miseria, dolor y exclusión. Como bien lo manifiesta Ferrajoli, “un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo” (Ferrajoli, Bobbio, & Andrés Ibáñez, 1995). En nuestro caso, el derecho penal aumenta la violencia deliberadamente dentro de los centros carcelarios, donde se despoja de todo derecho y dignidad a los privados de libertad, por lo tanto es necesario un cambio de paradigmas, si bien es cierto no abolicionistas como propone Mathiesen, pero al menos buscar otro enfoque que trate de minimizar al máximo el uso de la cárcel.

Lamentablemente nuestra legislación penal desdice y contraría lo que constitucionalmente se encuentra consagrado, que la pena sirva para rehabilitar y que el infractor sea reinsertado a la sociedad. Lo único que se ha logrado con este sistema, por más cárceles nuevas y seguridades que se establezcan, es institucionalizar un régimen de represión, sufrimiento y venganza en contra del condenado, lo cual conlleva a que en un momento dado, al abandonar el sistema penitenciario, este vuelva a reincidir puesto que lo único que recibió durante su estadía en la cárcel es padecimientos y dolor, por tanto, el resentimiento que lleva en su interior se vería nuevamente reflejado y exteriorizado cuando se reintegre a la vida en sociedad.

Es necesario sensibilizarnos con la situación que se vive en los centros de privación de libertad y no hacer de oídos sordos a los problemas existentes, puesto que ante esta situación, el mantenerse al margen, lleva a deducir que coexistimos en una sociedad vengativa cuya ley del talión se ve representada y personificada en el poder punitivo del Estado.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Constituyente. Constitución de la República del Ecuador (2008).

Ávila Santamaría, R. (2013). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal (Primera edición). Quito, Ecuador: Ediciones Legales Edele: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (2013). La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. El caso La Cocha. Recuperado a partir de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%C3%81vila-La%20prisi%C3%B3n.pdf>

Código orgánico integral penal: concordancias, tabla comparativa, legislación conexas y comentarios doctrinarios. (2014).

Feijóo Sánchez, B. (2007). Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo: Editorial B. de F [u.a.].

Ferrajoli, L., Bobbio, N., & Andrés Ibáñez, P. (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

Foucault, M. (2002). Vigilar y Castigar: Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Garland, D. (2006). Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. México: Siglo XXI Editores.

Mathiesen, T., & Zamuner, A. (2003). Juicio a la prisión: una evaluación crítica. Buenos Aires: Ediar.

Yacobucci, G. J. (2000). La deslegitimación de la potestad penal: la crítica al poder sancionador del estado. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

