



El ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad

Katherine Barona Pazmiño | [iD](#) Investigadora independiente (Ecuador)

RESUMEN La crisis penitenciaria es quizás uno de los problemas más grandes por los que atraviesa el Ecuador, tanto que ha sido el eje más tratado en los discursos para legitimar gobiernos y dignidades de turno. Lastimosamente, la ejecución de políticas sin sustento criminológico, ha agudizado la situación, provocando que sea la sociedad la receptora de este malestar. La necesidad imperante de estudiar los postulados de una política criminal moderna, parece la única salida para encontrar soluciones a corto, mediano y largo plazo, orientadas hacia la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como parte de un modelo reduccionista del poder punitivo del Estado, y hacer de este, uno más humano y racional. La prisión domiciliaria se muestra como una de estas alternativas, y ha sido la más estudiada por la doctrina, además de estar reconocida en instrumentos internacionales de derechos humanos y ser aplicada en países de Latinoamérica como Colombia, Argentina, Brasil y República Dominicana. En el Ecuador existe la sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado) de la Corte Constitucional, que, aunque poco conocida, regula esta medida, bajo el cumplimiento de ciertos criterios o estándares.

PALABRAS CLAVE Crisis penitenciaria, pena privativa de libertad, medidas alternativas a la pena privativa de libertad, prisión domiciliaria.

FECHA DE RECEPCIÓN 6/1/2023

FECHA DE APROBACIÓN 16/2/2023

The Ecuadorian legal system and the possibility of applying an alternative measure to imprisonment

ABSTRACT The penitentiary crisis is perhaps one of the biggest problems that Ecuador is going through, so much so that it has been the most treated axis in the speeches to legitimize governments and dignitaries in office. Unfortunately, the implementation of policies without criminological support has exacerbated the situation, causing society to be on the receiving end of this malaise. The imperative need to study the postulates of a modern Criminal Policy seems the only way to find solutions in the short, medium, and long term, oriented towards the application of alternative measures to imprisonment, as part of a reductionist model of the punitive power of the State, and to make it a more humane and rational one. Home imprisonment is one of these alternatives, and has been the most studied by the doctrine, in addition to being recognized in international human rights instruments and being applied in Latin American countries such as Colombia, Argentina, Brazil, and the Dominican Republic. In Ecuador, there is Constitutional Court Ruling No. 209-15-JH/19 and (accumulated), which, although little known, regulates this measure, subject to compliance with certain criteria or standards.

KEY WORDS Penitentiary crisis, custodial sentence, alternatives to custodial sentences, home imprisonment.

I. INTRODUCCIÓN

La pena, a lo largo de los años, ha tenido un proceso de evolución fuerte, encaminado en ciertos casos a maximizar el dolor causado por la misma, pero en otros, a reducir su impacto; los efectos negativos que produce la mala o ineficaz ejecución de la pena en la vida y desarrollo de la persona sancionada, se trasladan y visibilizan en su familia y la sociedad misma. Un sistema que tenga a la pena como principal mecanismo de contención de la delincuencia, pero que no considere como única a la privativa de libertad, ha generado consecuencias positivas en camino a una verdadera rehabilitación y reinserción de la persona penada.

La realidad que el sistema nos presenta es, por un lado, una pena privativa de libertad como único o el principal mecanismo moderador de la delincuencia, y por otro, políticas criminales obsoletas, encaminadas al endurecimiento de penas e incremento del catálogo de delitos. Autores como Escobar Gil, mencionan que el poder punitivo solo puede ejercerse en razón de garantizar una convivencia pacífica en la sociedad, y con la más mínima afectación que puedan producir sus alcances,¹ por lo que, si su intervención o la de sus mecanismos afectaran el desarrollo adecuado de la sociedad, podría existir un riesgo en la justificación de su «deber ser».

El estudio y aplicación de políticas que propongan la creación de medidas menos gravosas para un sistema penitenciario más armónico con los derechos de las personas, forma parte de lo que se conoce como «reduccionismo punitivo», que exhorta a los sistemas penales tradicionales al cumplimiento de los fines de la pena propuestos por teorías modernas y, de esta manera, dejar a un lado el castigo a la persona infractora con penas precarias, cuyos efectos negativos afectan no solo a la rehabilitación del mismo, sino a la de su familia e incluso a la sociedad.

García Ramírez, menciona que la pena privativa de libertad ha sido uno de los temas más discutidos en los últimos tiempos, pues, al ser la sanción que ha poblado los ordenamientos jurídicos desde los años setenta, su precariedad es casi evidente.² El estudio y posterior aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad resulta importante en virtud de la grave crisis penitenciaria por la que atraviesa no solo el Ecuador, sino el sistema a nivel global.

En el año 2018, la plataforma World Prison Brief, establece que más de 10 millones de personas se encuentran recluidas en instituciones penales alrededor del mundo,³ pero lo más grave es que esta situación se incrementó en un 24 por ciento desde el año 2000, es preocupante el crecimiento acelerado de la población penitenciaria a nivel mundial, y es por eso por lo que nace la necesidad imperiosa de crear medidas alternativas que puedan contener esta situación.

En Latinoamérica el panorama es aún más crítico, pues el portal Walmsley también informó que, en las dos últimas décadas, los centros carcelarios han tenido un crecimiento preocupante en más de un 40 por ciento; no obstante, el informativo también destaca la situación vulnerable de las mujeres frente al sistema, pues el crecimiento de este sector en las cárceles es de un 57,1%. Si se compara el crecimiento de la población general, que ha ascendido en un 19,1% es la de este sector, es decir, el carcelario, el que resulta alarmante.⁴

En el Ecuador, los escasos datos y cifras proporcionadas por el Sistema Nacional de Atención Integral a Personas adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infrac-

1 Escobar Gil, Rodrigo, «Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad», *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011, pp. 41-50.

2 García Ramírez, Sergio, «Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, pp. 427-479.

3 Walmsley, Roy, «*World prison population list*», twelfth edition, London, ICPR, World Prison Brief, 2018, p. 2. Obtenido de World Prison Brief https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf

4 Walmsley, Roy, «*World prison population list*», *op. cit.*, p. 17.

tores (en adelante SNAI), evidencian un incremento desmesurado de la población carcelaria en el Ecuador, pasando de 7.000 PPL en 1989 a 40.000 hasta la actualidad.⁵

Es el hacinamiento, probablemente, el problema más grave por el que atraviesan los sistemas penitenciarios en la región; no obstante, eso no quiere decir que sea el único, pues existen otras aristas que deben ser también atendidas por una política criminal seria: la sobrepoblación carcelaria, vulneraciones constantes de derechos de las personas privadas de libertad, la insalubridad sanitaria y de higiene de los centros, la limitación respecto a las oportunidades de estudio y trabajo, que además constituyen una barrera para la ejecución efectiva del tratamiento penitenciario.⁶

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante ONUDD) ha mencionado que las medidas alternativas al encarcelamiento, además de entender de manera más adecuada los problemas estructurales de la sociedad, abordan las necesidades específicas de las personas privadas de libertad; el tratamiento penitenciario bajo la aplicación de estas medidas sustitutivas, colaboran al correcto desarrollo del proceso de reintegración para así reducir las tasas de reincidencia.⁷ Las alternativas a la pena de cárcel tienen un enfoque especial sobre la ejecución de la pena y tratamiento penitenciario de las personas que tienen un estado de vulnerabilidad mayor frente a los problemas por los que atraviesa el sistema.

Este artículo, tiene el objetivo establecer la necesidad y utilidad de la pena, para luego profundizar en el estudio de la prisión domiciliaria como una medida alternativa a la pena privativa de libertad, así como analizar la posibilidad de aplicar este tipo de sanción en el sistema penitenciario ecuatoriano, en miras de buscar alternativas que sean garantistas y no laceren los derechos de las personas que se encuentren bajo la ejecución de una sanción penal, así como también, brindar soluciones integrales a lo que parece una bomba de tiempo a punto de estallar.

II. LA PENA

La pena, desde un aspecto etimológico, se deriva de la expresión latina *poena* y esta, a su vez, se deriva del griego *poine*, que significa dolor, y está relacionado con *ponos*, que quiere decir sufrimiento. Desde un aspecto jurídico, la pena representa aquel dolor físico y moral que el Estado impone en razón de la transgresión a la ley por el incumplimiento de una obligación, siempre que su infracción transgreda intereses sociales importantes.⁸

La pena, para teóricos como Carrara, es entendida como un mal que incluye el sufrimiento o aflicción, físico e incluso espiritual de la persona sancionada, por lo que significa una privación de bienes jurídicos o derechos fundamentales, y es impuesta a todos aquellos que sean reconocidos como culpables de un delito por parte de una autoridad competente.⁹

La pena constituye un castigo que solo puede ser impuesto por el Estado, a través de sus autoridades legítimas, en contra de la persona que ha sido declarada culpable de un delito, esto con el fin de conservar el orden jurídico establecido, pero, además, restringe los derechos a la persona infractora, especialmente el de libertad.

5 Krauth, Stefan, «Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador», *Defensa y Justicia*, núm. 43, 2021, pp. 6-9.

6 Chaparro, Sergio, Pérez Correa, Catalina y Youngers, Coletta, *Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina*, Ciudad de México, Colectivo de Estudio, Drogas y Derecho, 2017, p. 15.

7 ONUDD, *Manual de principios básicos y prácticas promotoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pp. 3-5.

8 García Domínguez, Miguel Ángel, «Pena, disuasión, educación y moral pública», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 107-116.

9 Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1956, p. 62. En el mismo sentido: García Domínguez, Miguel Ángel, «Pena, disuasión, educación y moral pública», *op. cit.*, pp. 107.

En palabras de Fernández Carrasquilla, constituye una parte de lo que es el tipo penal, al entender que por un lado está la descripción jurídica del hecho, y por otro, la consecuencia jurídica de este, es precisamente esta segunda parte, también conocida como sanción, lo que forma la pena.¹⁰

De cualquier forma, desde un sentido propio, y como un primer acercamiento al tema de principal análisis, es necesario mencionar que la pena se visibiliza como aquel medio por el cual el Estado efectúa o materializa su poder punitivo frente a un delito cometido y así restringe los derechos de la persona condenada por la acción u omisión típicamente antijurídica. La pena no puede afectar otros derechos que por la naturaleza de la sanción aplicada deban limitarse, en esta línea, es necesario analizar el contexto en el que la pena es aplicada.

III. FINALIDAD

Para entender a la pena, y la necesidad de su existencia, es imperativo estudiar su función y finalidad; este punto se ha convertido en una discusión doctrinal a lo largo del tiempo manifestada actualmente, en teorías de importante estudio. Existen dos grandes grupos que se han posicionado en este aspecto, por un lado, las teorías absolutas o retributivas de la pena, y por otro, aquellas de prevención o relativas de la sanción penal.

A. TEORÍAS ABSOLUTAS O RETRIBUTIVAS DE LA PENA

Cuando hablamos de las teorías absolutas, es necesario hacer alusión a la histórica relación ideológica centrada en el hombre, pues estas corrientes se preocuparon en sostener la dignidad de la persona condenada, en oposición a los imperantes abusos y tratos crueles ocasionados por antiguos regímenes.

Es así como aparecen grandes exponentes cuyos postulados son estudiados hasta el día de hoy, p. ej. Kant y Hegel, quienes, en su concepción filosófica de la misma, limitan su función a un método de realización de justicia en base a su concepción liberal del mundo. Ambos a través de obras de importante análisis para sostener sus teorías: *La metafísica de las costumbres* de Kant, y *La filosofía del Derecho* de Hegel, captaron su concepción de oposición a las ideas relativas de la pena en la época. Para analizar de una manera más profunda sus postulados, el absolutismo de la pena se ha dividido en dos teorías, una subjetiva y otra objetiva.

Teoría subjetiva retributiva

Su representante, Kant, un fiel creyente de conceptos principales como la dignidad humana y la libertad personal (enfocada en la libertad de decisión), propone la idea del contractualismo en la que observa al delincuente como un ser que no puede ser considerado «ciudadano», esto en virtud de su voluntad de cometer un delito o lesionar a otra persona, es por ellos, que su postulado se mantiene bajo la concepción de «*si tú hiciste un mal a otro, el mismo mal recae en ti*». Si el infractor no puede ser considerado un ciudadano, por el cometimiento de un delito, el mismo regresa a un estado de naturaleza, en el que no existe garantía de derechos y su libertad es continuamente amenazada.¹¹

10 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 980.

11 Cordini, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, p. 678.

La pena es necesaria en la sociedad hasta el final, incluso si la misma ya no tuviera razón de existir; nadie puede quedar sin su castigo, por lo que toda sanción debe ser aplicada antes de que la sociedad desaparezca, incluso si está en su lecho de extinción. Entonces, la pena tiene un valor de «necesariedad», por esa razón, será impuesta ante el cometimiento de un delito sin importar si tiene una utilidad en el desarrollo armónico de la sociedad, ya que su fin es únicamente la realización de la justicia y reafirmación del derecho.

Teoría objetiva retributiva

En oposición a los postulados de Kant, y con ideales de su mayor exponente, Friedrich Hegel, le otorga a la pena un valor simbólico.¹² En esta línea, Hegel observa a la pena como una negación de la voluntad general de la siguiente manera: la pena tiene el fin de restablecer la vigencia de la voluntad general del Estado, misma que ha sido negada por la voluntad especial (del delincuente) con el cometimiento del delito; por esta razón, esta teoría es conocida también como la «negación de la negación».

Lo mencionado en el apartado anterior, se desarrolla a través del método dialéctico de Hegel, fundamentado en tres preceptos: en primer lugar, la tesis, que es entendida como la voluntad general, materializada a través de las normas y preceptos legales que rigen a la sociedad; la antítesis, que es la voluntad especial, traducida en la conducta delictiva del delincuente que ha fragmentado esa voluntad general; finalmente, la síntesis, que se traduce en la reacción del Estado para sancionar la actitud delictiva de la persona a través de una pena.

B. TEORÍAS DE PREVENCIÓN O RELATIVAS DE LA PENA

Con el objetivo de dar una respuesta más profunda a la finalidad que tiene la sanción penal, las teorías relativas sostienen que la pena persigue fines positivos de mayor valor, haciendo que su asidero en el sistema sea más soportable e incluso tenga un sentido frente a su imposición en contra sujeto que delinque.¹³

Para estas teorías, la pena al tener un fin esencialmente preventivo, convive con la idea de mejorar al delincuente bajo el cumplimiento de su condena, y en ese sentido, es necesaria entonces, la intimidación del sistema para así percibir las consecuencias favorables de la aplicación de una sanción penal.¹⁴ La pena es necesaria, no solo por los fines ulteriores positivos que podría acarrear para el desarrollo adecuado de la sociedad, sino, además, al entender que es el único mecanismo de coacción a fin de que la persona pueda aceptar un tratamiento adecuado para lograr cambios reales a futuro, en su ser y en la comunidad.

Las teorías relativas conciben, por un lado, la prevención general y, por otro, la prevención especial, cada una de estas se divide en general y positiva, categorizándose de esta manera en binomios; el primero el de la prevención general-especial, el segundo el de prevención positiva-negativa.

12 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 103.

13 Rodríguez Horcajo, D., «Teoría de la pena», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm 16, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2019, pp. 232.

14 Hassemer, Winfried, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, ConoSur Ltda., 1995, pp. 94-95.

Prevención general negativa

En lo que respecta a la prevención general negativa, cuyo precursor fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach con la *Teoría de la Coacción Psicológica*,¹⁵ le dio un sentido eminentemente psicológico a la pena, al establecer que los delitos pueden ser evitados siempre que las personas tengan conocimiento de las consecuencias que acerraría su conducta, al provocarle un mal mayor después de satisfacer sus necesidades o instintos.¹⁶ En el mismo sentido, pero quizás de un modo más prudente, Bentham observa a la pena en su función disuasiva subjetiva de la colectividad, y considera que las penas deben caracterizarse por ser duras y a través de un ejemplo a los demás, se puede prevenir el cometimiento de más infracciones.

Prevención especial negativa

Sobre la prevención especial negativa, cuyos postulados fueron desarrollados por Cesare Lombroso, quien consideraba al delincuente como una subespecie o especie diferente, para de esta manera proteger, bajo la lógica burguesa, a la sociedad «natural».¹⁷ Lombroso, bajo estándares extremadamente racistas, señaló que solo los blancos habrían alcanzado la máxima simetría corporal. Para esta teoría entonces, la pena funciona sobre el infractor como un neutralizador, es decir, no tiene la intención de rehabilitar o mejorar a la persona, sino que más bien considera que, el mal aplicado al delincuente, genera un bien a la sociedad.¹⁸ Su finalidad es aislar al individuo por considerarlo «salvaje» y así evitar el cometimiento de más infracciones.

PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

La función de la pena para esta teoría se basa en conseguir la rehabilitación, resocialización y reinserción de quien ha cometido un delito, pero su fin principal es la prevención en el cometimiento de más infracciones. No obstante, la misma presenta dificultades en su efectiva aplicación, pues autores como Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco han indicado que es imposible que el infractor pueda rehabilitarse y proceder a su reinserción en la sociedad, cuando su contacto con el exterior dentro de un centro penitenciario es restringido o nulo, y los códigos de conducta establecidos no se constituyen en un modelo de educación válido para cumplir con los fines establecidos por esta teoría que es la más aceptada por los sistemas penitenciarios a nivel global.¹⁹

En virtud de lo señalado en el apartado anterior, si bien actualmente esta es la teoría más aplicada, es necesario entender que el baremo de su eficiencia depende mucho de factores políticos, económicos y sociales.

Prevención general positiva

Los mayores exponentes de esta teoría son Roxin, Haffke y Jakobs, autores que han estudiado a la pena como esa potestad que tiene el Estado en su estrecha relación con

15 Feijoo Sánchez, Bernardo, «Retribución y prevención general», *op. cit.*, p. 128.

16 *Ibidem*, p. 135.

17 García Falconí, Ramiro, *Derecho penal económico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 16-17.

18 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar Editores (2.ª ed.), 2002, p. 48.

19 Terradillos Basoco, Juan María y Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Praxis, 1999, p. 19.

la sociedad, esto con el objetivo de reforzar la confianza de la misma en el sistema, por lo que le dan a la pena un valor simbólico.²⁰

Entonces, la función de la pena, conjuntamente con la ratificación de la confianza de las personas en el ordenamiento jurídico, se convierte en un mecanismo de estabilidad y seguridad de la sociedad, siempre que exista una evidente efectividad del sistema de administración de justicia para que, de esta manera, las personas tengan la convicción firme de adecuar su conducta a la norma establecida.

C. TEORÍA NEGATIVA O AGNÓSTICA DE LA PENA

Zaffaroni desarrolla esta teoría, entendiendo que las tradicionales asignan al poder punitivo funciones falsas, que no se pueden verificar empíricamente y que su respaldo proviene de casos particulares en donde su eficacia se ha tratado de generalizar de manera arbitraria.²¹ Estas teorías lo que buscan es desconocer la efectividad de las penas en su totalidad y, por ende, la eliminación del sistema penal tradicional.

De sus postulados, parece importante rescatar la creación de un sistema penal diferente, concebir la visión de un *derecho penal humano*, en el que la luz del derecho punitivo se prenderá siempre que la persona haya cometido un delito grave, por lo que, en delitos menores o incluso insignificantes, no tendría asidero su intervención. Lo que se propone es una metamorfosis del sistema penal clásico a profundidad y no solo desde el punto de vista de la finalidad de la pena.

D. TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS DE LA UNIÓN

Para estas teorías, lo que se pretende es unir los fines de la pena, explicados por los postulados tradicionales, bajo un solo concepto, para de esta manera resolver los problemas que implica el propender por la aceptación de una sola finalidad de la pena; es decir, el postulado radica en la retribución, para así buscar fines de prevención general y especial.²²

En este sentido, la pena cumple su fin no en un solo momento, sino en distintas fases que se explican de la siguiente manera (ver Tabla 1).

Para finalizar esta primera parte de lo que ha sido un estudio sucinto de la pena y su finalidad, y así entender que efectivamente es necesaria para el desarrollo de la sociedad, pero aún más importante en la vida de la persona que decide delinquir y su círculo familiar, es imperativo señalar que la sociedad requiere siempre de una coacción, que además sea la carta de confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico y los entes involucrados en la administración de justicia, sobre todo, al considerar que es el único camino por el que el infractor podría aceptar un tratamiento penitenciario adecuado que le permita rehabilitarse y reinsertarse completamente en la sociedad.

IV. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

En la antigua Grecia, la función de la pena privativa de libertad, era meramente cautelar, es decir, como un medio para asegurar la comparecencia del procesado a su

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 42.

21 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 44.

22 Córdoba Angulo, Miguel y Ruiz López, Carmen, «Teoría de la pena, Constitución y código penal», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001, p. 61

Tabla 1. Teoría mixta o eclécticas de la unión

Actividad	Órgano de aplicación	Fin aplicado
Redacción de la pena	Legislativo, asambleístas	Aquí la pena cumple un fin preventivo general negativo, pues intenta intimidar o amedrentar a la sociedad.
Imposición de la pena	Judicial, a través de los jueces o tribunales penales.	La pena en esta fase cumple un fin absolutista- retributivo, pues lo que hace el órgano competente es imponer la pena siempre en la medida de la culpabilidad del infractor.
Ejecución de la pena	Sistema de rehabilitación social, en conjuntos con las entidades correspondientes	Aquí la pena tiene un fin preventivo especial, como parte de las teorías relativas de la pena. En este punto, prevención del cometimiento de más infracciones a través de la rehabilitación, resocialización y reinserción.

juzgamiento.²³ En la edad Media, su fin era reparar el daño sufrido por la víctima de la acción delictiva,²⁴ es decir, no buscaba rehabilitar o tratar a la persona infractora, sino que era una forma de resarcir el daño que había ocasionado.

A pesar de la reciente llegada de la pena privativa de libertad, entre los siglos XVI y XVII, no se dejó de lado los castigos corporales de la época, y es con la llegada de la Ilustración que se entiende al cuerpo como la posesión más preciada, por lo que el hombre pasa a ser titular de una serie de derechos y libertades.²⁵

En los siglos XVIII y XIX, con la terminación de la Revolución Francesa, aparecen principios básicos como la libertad, igual y la justicia; en aplicación de estos principios, las penas y sanciones comienzan a establecerse para toda persona, sin diferenciar a nobles, burgueses o plebeyos. Con esto, la pena privativa de libertad, pasa a ser la regla frente a cualquier otro mecanismo sancionatorio penal existente.

En el Ecuador, el resplandor de la pena privativa de libertad fue en el año de 1837, con la iniciativa de políticas de Estado enfocadas principalmente en la infraestructura del sistema carcelario, esto sin tomar en cuenta factores criminógenos que podrían verse expuestos por tal concepción. Es Vicente Rocafuerte, quien, a través del *Ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles*, después de hacer visitas a casi todos los centros penitenciarios en Europa y los Estados Unidos, vislumbró el cambio de mentalidad sobre la administración de justicia, a la luz del liberalismo, mediante nuevas leyes penales a favor de la cárcel como la posibilidad y el derecho que tenía el condenado «a incorporarse de nuevo a la sociedad, cuando haya cumplido el término de la condena».²⁶

La pena privativa de libertad es entendida básicamente como la posibilidad de internar a una persona en un centro penitenciario y la ejecución de esta medida en su momento, tuvo una participación importante en lo que se refiere a la reducción del número de ciertos delitos, no obstante, los problemas y la realidad del sistema penitenciario ecuatoriano se convierten en el escenario ideal para comenzar a estudiar nuevas sanciones que sustituyan a la pena privativa de libertad en centros carcelarios, pues,

23 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: parte general* (7.ª ed.), Montevideo, Editorial BdeF, 2005, p. 698.

24 González Harker, Luis Jorge, *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad* (Trabajo de grado para optar al título de abogado), Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

25 Alvarado Sánchez, Ruth, *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, p. 33.

26 Larco, Carolina, *Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011, p. 35.

la medida en cuestión, de a poco se convierte en obsoleta y está generando evidentes efectos negativos, que recaen sobre los reclusos y el respeto a sus derechos, su familia y la sociedad misma.

En el Ecuador, la Constitución, en su artículo 77, numeral 12 menciona que, todas las personas sujetas a una sentencia condenatoria ejecutoriada, que establezca una pena privativa de libertad, solo podrán cumplir su pena en los centros de rehabilitación social destinados para el caso; no obstante, deja a salvo los casos de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad y la libertad condicionada.

En el mismo sentido de lo establecido en el texto constitucional, el artículo 678 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), menciona que las medidas de carácter cautelar, así como las penas privativas de libertad y apremios, se cumplirán en los centros de privación de libertad del sistema penitenciario ecuatoriano.

Entonces, ¿existe realmente la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad en el Ecuador?, esta respuesta se desarrollará en líneas posteriores.

V. PROBLEMAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

En datos, hasta el 29 de noviembre del 2021, el SNAI informó que había un total de 36.599 personas privadas de libertad, de las cuales 34.207 (93,46%) corresponden a hombres y el 2.392 (6,54%) a mujeres; en lo relacionado al cuerpo de seguridad y vigilancia penitenciaria del SNAI, a esa fecha, existían 1.632 agentes, equivalente aproximadamente a un agente de custodia por cada 20 penados;²⁷ no obstante, en palabras del SNAI, los agentes se dividen en turnos y para cada uno se designan 600 agentes, lo que significaría un promedio de un servidor por cada 25 reclusos.²⁸

Sobre el tipo de delitos por los que las personas se encuentran privadas de la libertad se observan los siguientes: delitos relacionados con drogas (28,19%), aquellos que atentan contra la propiedad (26,17%), delitos contra la integridad sexual y reproductiva (16,18%), lo que están relacionado con la inviolabilidad de la vida (13,47%) y los delitos en contra de las personas (4,36%).²⁹

A continuación, según un informativo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³⁰ estos son los problemas existentes en el sistema penitenciario ecuatoriano:

- Falta de control efectivo en los centros de privación de libertad: ocasiona que el control sea ejercido por las propias PPL y disputa entre pabellones.
- Eliminación del Ministerio de Justicia: en comparación a un Ministerio, el SNAI, al ser un servicio, no tiene rectoría, además, el directorio del organismo técnico, por no tener carácter administrativo, no tiene presupuesto propio. Esto se traduce en un evidente debilitamiento del sistema penitenciario.
- Corrupción por la falta de institucionalidad fuerte: lo que provoca inestabilidad democrática y desconfianza en la ciudadanía sobre las instituciones del Estado. Las PPL tiene que pagar para acceder a servicios básicos.
- No hay censos de la población penitenciaria: no se conoce la situación individualizada de cada PPL.
- Falta de presupuesto: la asignación presupuestaria ha disminuido en los últimos años, irónicamente, la población penitenciaria ha incrementado.

27 Información proporcionada por el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, numérico de ASP y PPL de los centros de privación de libertad, 29 de noviembre de 2021.

28 Información proporcionada a la CIDH durante reunión con el SNAI mantenida en la visita de país. Ecuador, 1 de diciembre de 2021, y Gobierno de Ecuador, Nota Diplomática N.º 4-2-314/ 2021, 29 de octubre de 2021, p. 4.

29 Gobierno de Ecuador, Nota Diplomática N.º 4-2-314/ 2021, 29 de octubre de 2021, p. 4.

30 CIDH, *Personas privadas de libertad en el Ecuador*. Organización de los Estados Americanos, 2022, pp. 36-51. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf

- Existe en el Ecuador un mecanismo de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, a cargo de la Defensoría del Pueblo, este mecanismo tiene un presupuesto insuficiente.
- Populismo penal e implementación de políticas que proponen mayor encarcelamiento e incremento del catálogo de delitos o aumento de penas: aumento acelerado de la población carcelaria. Obstaculización en la aplicación de beneficios penitenciarios y abuso de la prisión carcelaria.
- Hacinamiento como problema aislado: tratos crueles e inhumanos en los centros penitenciarios.
- Creación de megacárceles: esto ocasiona mayores actos de violencia, inobservancia del principio de individualización en el tratamiento penitenciario, indefensión a personas que ya se encuentran en estado de doble o mayor vulnerabilidad, dificultad para ejercer el control interno de los centros penitenciarios, vulneración a los derechos de las personas privadas de libertad y sus familias.

La pena privativa de la libertad, en el Ecuador, además de los derechos restringidos por su naturaleza, desconecta a la persona de su mundo exterior y del contacto con los demás miembros de la sociedad, incluso de su familia. Actualmente, se puede evidenciar que, la práctica penitenciaria, se ha convertido en un problema que ha desembocado en declaratorias de emergencia, vulneraciones graves a los derechos de las personas sancionadas penalmente, y eso a su vez se traduce en mayor inseguridad y problemas reflejados en la sociedad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que no existen pruebas empíricas que demuestren que la creación y aplicación de medidas o políticas basadas en *mayores* restricciones al derecho a la libertad personal, tengan un efecto real en la reducción del delito, su reincidencia o que resuelva los problemas de seguridad en el país.³¹

No obstante, y al contrario de lo que organismos e instrumentos internacionales de Derechos Humanos establecen, el Estado ecuatoriano y los gobiernos de turno, han enfocado sus esfuerzos en la creación de políticas precarias encaminadas en reforzar el encarcelamiento de las personas infractoras, dejando de lado posibles mecanismos que resultan más efectivos y menos gravosos con sus derechos, los de su familia y la seguridad de la comunidad.

VI. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ECUADOR

Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, forman parte de una propuesta encaminada a una política penal reduccionista, con la finalidad de que el Estado y sus políticas de intervención, comprendan las raíces del cometimiento del delito, es decir, entiendan las causas de la criminalidad, visualizando a la persona que delinque en su calidad de ser humano y no como un ente extraño que comete delitos sin razón, que además debe ser aislado de la sociedad dotándole de tratos crueles y degradantes, que dejan por fuera el cumplimiento de la finalidad de la pena, pues las razones que están detrás de la conducta del infractor, en su mayoría son consecuencia de las fallas estructurales que existen en la misma sociedad.³²

31 CIDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, 2017, párr. 86. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>.

32 Wacquant, L., *Las dos caras del gueto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 61.

Uno de los postulados de la política criminal moderna, se enfoca precisamente en el estudio de nuevas medidas que puedan entender el contexto en el que se desarrolla la sociedad, sus problemas y la razón por la que una persona decide delinquir; es por esa razón que la implementación de políticas que comprendan la posibilidad de aplicar una sanción alternativa como regla y la pena privativa de libertad como excepción,³³ es imperativa en razón de respetar principios universales de derechos humanos para, de este modo, hacer del sistema uno más humanista y racional.

En Ecuador, la Constitución de la República, en su artículo 77, numeral 12 menciona que todas las personas que sean sujetas a una sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en los centros de rehabilitación social del sistema penitenciario, además enfatiza en la imposibilidad de cumplir la pena fuera de estos centros, salvo los casos de imposición de penas alternativas aplicadas en concordancia con la ley. Lo mencionado en el texto constitucional, deja en un limbo la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, no obstante, al establecer que estos mecanismos serán regulador conforme a la ley, es necesario acudir al COIP, para analizar lo que se norma al respecto.

El COIP no prevé mecanismos exactos que sean alternativos a la aplicación de la pena privativa de libertad. En el artículo 60 del mencionado cuerpo legal, se encuentra un apartado que corresponde a las *Penas No Privativas de Libertad*, y en este apartado existen varias medidas que efectivamente, en un primer momento, se entenderían como sustitutivas a la pena establecida en cada tipo, no obstante, al revisar su último inciso, el mismo establece que estas serán aplicadas sin perjuicio de la sanción establecida para cada delito, entonces, no son realmente alternativas, sino solo accesorias a la pena privativa de libertad.

Sin embargo, al investigar sobre el tema, en el Ecuador existe una sentencia de la Corte Constitucional, sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado), en la que se desarrolla de alguna forma la aplicación de una medida alternativa en determinados casos y bajo el cumplimiento de ciertos estándares, esta es la *prisión domiciliaria*, pero lastimosamente su estudio ha sido pobre y su aplicación nula.

En este sentido, y de lo investigado, es la prisión domiciliaria, la única medida que se podría aplicar actualmente en el Ecuador, y por la que la Corte Constitucional, y los organismos judiciales y legislativos, deberían enfocar sus esfuerzos para su pronta inserción normativa en el ordenamiento jurídico.

VII. LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA

Para autores como Zaffaroni, Alagia y Sloka «es una forma especial de cumplir con la pena privativa de la libertad, toda vez que su cumplimiento en la cárcel implicaría la privación de otros derechos fundamentales además de la libertad»,³⁴ esta medida, constituiría una alternativa siempre y cuando los derechos fundamentales de las PPL se encuentren en disputa y en riesgo de vulneración.

La prisión domiciliaria no significa un cese ni una suspensión de la pena impuesta, sino que es una alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad en establecimientos carcelarios, por lo que la persona sujeta a esta medida, deberá tener un domicilio fijado y proporcionar un tutor para su cuidado.³⁵

33 Agudo Fernández, Enrique, Jaén Vallejo, Manuel y Perrino Pérez, Ángel, *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 20-21.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 35.

35 Mercado, Alida María Laura; Luna, Patricia Esther; Romo, Alejandra Patricia, «Ejecución de la pena privativa de la libertad bajo el régimen de la prisión domiciliaria de mujeres a cargo de niños/as menores de cinco años (primer supuesto del art. 32 inc. f de la ley 24.660). Identificación de fortalezas y debilidades del régimen. Período 2010-2016», *Colección de Investigaciones*

Los beneficios de su implementación, entre otros, es que la medida se puede ejecutar con una sensible restricción de la libre organización de la vida,³⁶ por lo que existen más posibilidades para que la persona sancionada penalmente pueda realizar sus actividades laborales, convivencia con su familia y así evitar los efectos negativos que produce actualmente la pena en la vida del infractor.

Sobre los instrumentos de carácter internacional que posibilitan la aplicación de esta pena, están los «Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas», que establece como obligación de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, incorporar por ley medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, además de promover la participación de la sociedad y de la familia; es responsabilidad del Estado, proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.³⁷

Las «Reglas de Tokio»,³⁸ se constituye como un instrumento base y fundamental sobre el cual los Estados deberán implementar medidas alternativas al encarcelamiento; de este modo, en su regla N.º 8, propone varias sanciones que podrá imponer la autoridad judicial. En su literal k), establece que, el arresto domiciliario (sin confundir a este modo de pena como una medida cautelar), constituye una alternativa a la pena en centros de privación de libertad, y que además, para su imposición, se tomará en cuenta tres circunstancias: *la rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima*; lo señalado resulta interesante pues ya se destacan tres primeros estándares para la aplicación en sentencia de esta medida por parte de la autoridad judicial competente en el caso.

En el mismo sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como las «Reglas de Bangkok»,³⁹ que son complementarias a las de Tokio, consideran que se debe tomar en cuenta las particularidades de las mujeres que se encuentren privadas de libertad, es decir, su situación social y principalmente familiar, para estudiar la aplicación de una medida alternativa a la pena privativa de libertad de ser el caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la necesidad de ejecutar esta medida, pues la pena privativa de libertad, además de resultar perjudicial en el tratamiento del penado, afecta y vulnerada derechos de su entorno, principalmente los de su familia. Entonces, como otro estándar para la aplicación de este modo de pena, aparece la *unidad familiar, en relación especial a la atención al interés superior del niño o niña*.

En virtud de lo mencionado en el parágrafo anterior, la Corte IDH, en el Caso Forneron e Hija vs. Argentina, ha establecido que la familia biológica que incluye a familiar cercano, es la encargada de otorgar protección al niño o niña, por esta razón, este núcleo debe ser objeto de protección por parte del Estado.⁴⁰ En este sentido, y con la finalidad de proteger a la familia y el interés superior del menor, la Corte IDH, ha considerado que la prisión domiciliaria se convierte en un beneficio importante a implementar como política por parte del Estado; es así que en el caso Atala Riffo y Niñas vs.

y *Ensayos*, Buenos Aires p. 178.

36 Díaz Aranda, Enrique, Roxin, Claus, Gimbernat Ordeig, Enrique y Jäger, Christian, *Problemas fundamentales de la política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 100.

37 CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 13 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

38 *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), 14 de diciembre de 1990.

39 *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011.

40 Corte IDH, «Caso Forneron e Hija vs. Argentina», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 116, 119.

Chile,⁴¹ estableció ciertos estándares para la concesión de la prisión domiciliaria, tales como: evaluación de los comportamientos parentales, el impacto de la presencia de su figura en la crianza, bienestar y desarrollo del menor, los daños reales y probados que podría generar su presencia. El juzgador, para la aplicación de esta medida, no podrá considerar especulaciones, estereotipos o prejuicios sobre características personales de los padres o sus preferencias culturales.

La aplicación de esta sanción no puede enfocar su atención solo en la madre o el padre de familia como figura protectora encargada del cuidado y crianza del niño o niña, sino que al entender que la finalidad de la prisión domiciliaria, en un primer momento, es cuidar a la familia como núcleo de la sociedad, los estándares de aplicación de la misma deberán atender a los principios de no discriminación e igualdad, y principalmente al de interés superior del niño, pues la importancia de aplicar este modo de pena, es garantizar los derechos del menor y la obligación que tiene el Estado en el desarrollo del mismo.

El artículo 35 de la Constitución ecuatoriana, menciona que, además de las niñas, niños y adolescentes, las personas adultas mayores, con discapacidad y aquellas que padecen una enfermedad catastrófica, también son parte de los grupos de atención prioritaria. En atención al artículo constitucional en cuestión, es interesante analizar intereses superiores de otros grupos, tales como personas adultas mayores y las que padecen algún tipo de discapacidad o enfermedad catastrófica, mismas que por su situación no pueden sostenerse por sí mismos, por el contrario, existe una persona a su cargo y cuidado y sin la presencia de esta, su desarrollo o sostenibilidad, incluso emocional, se vería afectada; por esta razón, el Estado, a través de sus actores, debe examinar su situación ante la imposición de cualquier tipo de sanción y considerar la sustitución de la pena privativa de libertad por la prisión domiciliaria.

En palabras de Viril Hernán, la prisión domiciliaria, resulta ser una solución alternativa para aquellos casos o situaciones, en lo que se ven afectados grupos de atención prioritaria, considerados como los más vulnerables, y por esa razón necesitan más atención por parte del sistema.⁴² Por lo señalado, la prisión domiciliaria, si bien no deja de ser punitiva, es necesaria para los casos en los que una persona se encuentre en un estado de mayor o doble vulnerabilidad, y al considerar que las personas privadas de libertad, según el artículo 35 de la Constitución del Ecuador, son parte del grupo de atención prioritaria por parte del Estado y sus actores.

Las personas sentenciadas penalmente, que además se encuentren en una posición vulnerable, después de un análisis objetivo del caso, en el que se concluya que el sistema no puede cubrir todas sus necesidades dentro un centro de privación de libertad, o que incluso, por su situación física y psicológica, la cárcel agrava su estado, se debe optar por la prisión domiciliaria, con la consigna de que en su domicilio tendrá una atención adecuada, evitando así vulneraciones a sus derechos. Es por esa razón, que la medida respeta principios importantísimos como los de mínima trascendencia de la pena, humanidad, dignidad, igualdad y no discriminación, e interés superior del niño,⁴³ entendiendo que la pena privativa de libertad debe ser el último recurso, ya que su ejecución, actualmente, vulnera derechos fundamentales y no cubre las necesidades de los grupos más vulnerables de la comunidad.

Como se mencionó en líneas previas, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 77, numeral 12, posibilita de alguna manera la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, no obstante, aquello deberá estar regulado por ley.

41 Corte IDH, «Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109-111.

42 Viri, Hernán, «Prisión domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26472», en Donna Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2009. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

43 Guereño, Indiana, «La prisión domiciliaria sólo para buenas madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía», *Revista Pensamiento Penal*, 2012, p. 4.

Al revisar el COIP, norma rectora en la ejecución de la pena, en su artículo 60 correspondiente a las Penas no privativas de libertad, ha colocado en su numeral 7 la «Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia», en ese sentido, se entendería que la prisión domiciliaria está contemplada en la legislación ecuatoriana, no obstante, el último inciso de este artículo menciona que «*La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal*», lo que significa que las penas no privativas de libertad (que incluyen a la prohibición de salir del domicilio), no son realmente alternativas, sino solo accesorias a las establecidas en cada delito.

En Latinoamérica, la prisión domiciliaria ya ha sido considerada como una medida alternativa desde una visión evidentemente racionalizadora de la pena; enfoca su atención, en primer lugar, en las personas que padecen enfermedades catastróficas o adultos mayores; no obstante, también ha focalizado su aplicación en las personas con la calidad de jefes en el núcleo familiar, mujeres embarazadas o incluso personas que padecen algún tipo de discapacidad, lo que es alentador en relación a la progresividad de los derechos de las personas privadas de libertad, al comprender que más sectores considerados también de atención prioritaria, pueden cumplir la pena en su domicilio y de esta manera no vulnerar sus derechos o los de terceros.

A continuación, se presenta un cuadro resumen de las circunstancias por las que una persona puede acceder a la prisión domiciliaria en los países que dentro de América Latina se aplica este modo de pena (ver Tabla 2).

VIII. TRATAMIENTO PENITENCIARIO BAJO EL CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

La finalidad de implementar este modo de pena en la legislación ecuatoriana, no se constituye únicamente en una forma de descongestionar el sistema carcelario o peor aún, en una medida más económica a diferencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El objetivo principal de la ejecución de la prisión domiciliaria, es garantizar derechos fundamentales de las personas sentenciados penalmente que, por su condición, necesitan una atención adecuada que no puede ser recibida en un centro carcelario.

El tratamiento penitenciario para el cumplimiento de los fines de la pena, bajo ningún concepto puede ser exclusivo de las personas privadas de libertad en un centro de rehabilitación social; la prisión domiciliaria al ser también un modo de pena, necesita de la vigilia de los actores encargados de la ejecución de la pena.

Zaffaroni, en su obra *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, menciona que el tratamiento penitenciario, es un proceso personalizado en el cual, a través de un trato humano y en estricto respeto a los derechos del penado, tiende a disminuir su vulnerabilidad, otorgándole todos los medios necesarios para tomar conciencia de su rol y dejar a un lado ese estereotipo selectivo del sistema punitivo.⁴⁴

La prisión domiciliaria, una vez considerada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una alternativa a la pena privativa de libertad, tiene que cumplir con el tratamiento penitenciario bajo todas las garantías y medios otorgados por el Estado para el caso, considerando lógicamente, las particularidades de este modo de pena y la atención prioritaria que se necesita por la condición de los sujetos que son beneficiarios de esta. Sobre el *eje laboral, de educación, cultura y deporte*, la legislación comparada, se ha mostrado abierta a la posibilidad de otorgar medios más amigables con el desarrollo y sostenibilidad económica de la persona sentenciada en prisión domiciliaria,

44 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 115-129.

Tabla 2. Legislación comparada, ejecución de la prisión domiciliaria*

País	Requisitos para acceder a la prisión domiciliaria
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> -Que la pena prevista en la ley para ese delito sea de ocho años o menos. -No pueden acceder a esta medida, todas aquellas personas que hayan sido condenadas por un delito doloso en los 5 años anteriores. -El juez deberá analizar motivadamente que el perfil personal, familiar, laboral y social, para concluir que las persona no evadirá el cumplimiento de la pena y que además no podrán en riesgo a la sociedad. -Mediante caución deberá garantizar el cumplimiento de las siguientes obligaciones: <ul style="list-style-type: none"> · Buena conducta · Reparar el daño ocasionado (garantizar la reparación integral) · Cuando sea requerido deberá acudir y presentarse ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena · Permitir la entrada de los servidores del sistema penitenciario encargados de vigilar el cumplimiento de la pena -Personas con enfermedades catastróficas -Adultos mayores a 65 años
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> -Personas con enfermedades graves -Personas con enfermedades en periodo terminal -Persona que padezcan una discapacidad -Adultos mayores a setenta años -Mujeres embarazadas -Madre con un niño menor a cinco años o que tenga a su cuidado una persona con discapacidad.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> -Adultos mayores a setenta años. -Persona que padezcan enfermedades graves -Personas que con hijos menores o con personas discapacitadas a su cargo. -Mujeres embarazadas
República Dominicana	<ul style="list-style-type: none"> - Adultos mayores a setenta años de edad -Enfermedad grave terminal -Personas en estado de demencia sobreviniente con posterioridad a la comisión de la infracción -Estado de embarazo o lactancia de la mujer -Personas que padezcan adicción a las drogas o al alcohol

* Legislación sobre la ejecución de la pena en Colombia, Argentina, Brasil y República Dominicana en lo que corresponde a la prisión domiciliaria como medida alternativa a la pena privativa de libertad. Los distintos ordenamientos jurídicos analizados, establecen ciertos estándares de aplicación de esta sanción, enfocados especialmente para el caso de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria.

principalmente en el caso de las personas que fungen como jefes de hogar, o son los encargados del cuidado de un menor o personas con discapacidad. En esta línea, es necesario complementar la prisión domiciliaria con medios que, sin sobrepasar los límites de la imposición de la pena, ayuden a que la persona pueda laborar y cumplir su pena al mismo tiempo, para eso, es importante el uso de vigilancia electrónica (grillete) e incluso la presentación ante el juez que vigila el cumplimiento de su condena.

En el caso del *eje de salud*, las personas que sean sentenciadas a prisión domiciliaria, necesitan la atención de los actores del sistema penitenciario y de la entidad rectora en el ámbito; acudir con las brigadas necesarias al domicilio del penado para dar cumplimiento al eje e incluso la implementación de medidas enfocadas a la telemedicina. Prin-

cipal atención otorgará el sistema en los casos de las personas con enfermedades graves o catastróficas, para que puedan tener la atención médica adecuada según su situación.

El *eje de vinculación familiar y social*, es aquel que se ve más fortalecido en la prisión domiciliaria, pues el penado, al tener contacto con su círculo cercano y allegados, tiene la posibilidad de desarrollarse de mejor manera y consolidar su vínculo familiar y social.

En el *eje de reinserción*, la persona que se encuentra bajo el cumplimiento de la prisión domiciliaria, debe tener la misma posibilidad de acceder a regímenes de rehabilitación social y demás beneficios penitenciarios. Es la obligación del sistema crear los espacios necesarios para su reincorporación total en la sociedad.

Para que el juez considere la imposición de esta pena, deberá tener a su disposición el informe elaborado por expertos respecto a la investigación y análisis minucioso del perfil y estado del sentenciado en el ámbito laboral, familiar, social, psicológico, médico, de tal manera que al administrador de justicia se le permita entender y decidir motivadamente que con la medida impuesta no se va a evadir el cumplimiento de la pena o poner en peligro a los miembros de su núcleo familiar, personas del círculo cercano y, en general, a la comunidad.

IX. LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO UNA MEDIDA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA SENTENCIA N.º 209-15-JH/19 Y (ACUMULADO) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR⁴⁵

Esta sentencia constituye un elemento esencial para entender a la prisión domiciliaria y la posibilidad de aplicarla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Antes de establecer cuáles fueron los estándares de la Corte Constitucional para la aplicación de esta medida, es necesario mencionar de manera resumida, los hechos de los casos acumulados. El desarrollo de la sentencia se da a raíz de dos causas tratadas en sede constitucional, provienen de dos hábeas corpus presentados por el señor Ángel Laurentino Santana Macías y Franklin Wenseslao Tutaxi Chango, respectivamente.

Causa N.º 209-15-JH (Ángel Laurentino Santana Macías):

- El 13 de febrero del 2015, el juez de la Unidad Judicial de Manta, dictó prisión preventiva para el señor Ángel Santana por el delito de abuso de confianza seguido en su contra.
- El 8 de abril de 2015, el señor Ángel Santana, solicita el cambio de medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario, alegando el padecimiento de una enfermedad catastrófica (insuficiencia renal crónica).
- El 9 de abril del 2015, la jueza competente en la causa, oficia al director del centro de privación de libertad, a fin de que se proceda en el traslado del señor al Hospital Regional de Portoviejo para recibir el tratamiento médico.
- El 10 de abril del 2015, el accionante presente un hábeas corpus, alegando que la medida impuesta atenta contra sus derechos fundamentales (vida e integridad física) y que después del tratamiento que debe seguir tres veces por semana, necesita reposo por el decaimiento que presenta, así como la atención y cuidados fuera de los horarios en los que el personal de salud de la cárcel puede atender su situación.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, en los N.º 209-15-JH y 359-18-JH, en sentencia N.º 209-15-JH/19, del 12 de noviembre del 2019.

Causa N.º 359-18-JH (Franklin Wenseslao Tutaxi Chango):

- El 12 de marzo del 2013, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza dicta sentencia condenatoria en contra del señor Franklin Tutaxi, por el delito de violación imponiendo una pena privativa de libertad de dieciséis años que debía ser cumplida en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Archidona,
- El señor es privado de su libertad desde el 18 de septiembre del 2018, el 30 de octubre de 2018, presenta una acción de hábeas corpus alegando que padece una enfermedad catastrófica, esto es, cáncer de próstata, además de diabetes y gastritis crónica, por lo que requería atención médica y cuidados especiales; en ese sentido solicitó que la pena pueda cumplirse en domicilio para cubrir sus necesidades y de esa manera no vulnerar sus derechos. El requerimiento del señor Tutaxi fue negado, recalando que se ha tomado todas las medidas para atender la situación de salud del accionante.

En primer lugar, la corte destaca la gravedad de las enfermedades que padecen ambos accionantes, calificando a las mismas como catastróficas y de tratamiento continuo que ponen en riesgo la vida de la persona privada de libertad. En este punto es necesario resaltar que, la acción de hábeas corpus presentada en ambas causas, fueron sustentadas en distintas etapas procesales, en la primera (Causa N.º 209-15-JH), se presentó la acción en virtud de una medida cautelar impuesta (prisión preventiva), mientras en la segunda (Causa N.º 359-18-JH) se accionó dentro de la etapa de ejecución de la pena (cumplimiento pena privativa de libertad). Es evidente que, para el presente trabajo investigativo, resulta importante el análisis de esta sentencia y de manera especial, en lo que se refiere a la Causa N.º 359-18-JH por requerir una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

En el análisis de la Corte Constitucional, topa puntos fundamentales:

- Resalta los derechos de las personas que padecen enfermedades catastróficas, recordando que la constitución considera el doble estado de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad que además tengan una enfermedad crónica.
- La sentencia condenatoria restringe los derechos que por el modo de pena impuesta necesiten limitarse, no obstante, bajo ninguna circunstancia, se puede afectar el derecho a la salud por las condiciones en las que se está ejecutando la pena, al considerar que el encarcelamiento puede agravar el estado de salud de la persona que ya padezca alguna enfermedad, colocándola en una situación de mayor vulnerabilidad a la que ya tiene.
- La Corte otorga 4 estándares bajo los cuales se considerará que el Estado tiene un eficiente sistema de salud para las personas privadas de libertad: 1) Disponibilidad –suficientes establecimientos y programas de salud–, 2) Accesibilidad –accesibilidad de hecho y de derecho–, 3) Aceptabilidad –respetuosos con la ética médica y culturalmente apropiados–, 4) Calidad –bienes y servicios de salud apropiados–.
- El derecho a la salud, garantizado por el Estado, debe considerar las situaciones específicas de cada penado, para que, la atención médica sea de calidad y otorgada directamente a través de los CPL, por parte de un adecuado personal médico; de no satisfacer las necesidades médicas de los internos, el Estado deberá implementar políticas y programas para que la persona sea atendida fuera del CPL.

En este sentido, la corte resolvió que las personas privadas de libertad, precisamente para garantizar su derecho a la salud puedan acceder a prerrogativas de forma gradual y de la siguiente manera:

1. En primer lugar, la persona accederá a los servicios de salud en los mismos centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional.
2. En el caso de que el centro de rehabilitación social no puede satisfacer las necesidades de la persona privada de libertad, la persona podrá acceder a tratamientos fuera de los centros de privación.
3. En el caso de que ninguna de las dos opciones mencionadas anteriormente pueda cubrir el derecho a la salud de la persona privada de libertad, la misma podrá acceder a medidas alternativas como *cumplir su pena en casa*.

X. CONCLUSIONES

En el avance del derecho punitivo, aparece la pena privativa de libertad como una sanción más racional en relación a los castigos corporales, encierros y aislamientos en mazmorras, pena capital, entre otras. Lastimosamente, su ejecución en los últimos años ha perjudicado fuertemente los derechos fundamentales de las PPL y ha generado una crisis insostenible en el sistema penitenciario, por lo que organismos de Corte Internacional, han recomendado insistentemente la aplicación de medidas alternativas que no pongan en riesgo los derechos de las personas sentenciadas penalmente y la sociedad misma. Es así que aparece la prisión domiciliaria como un mecanismo alternativo reconocido por instrumentos de carácter internacional y ya ejecutado en varios países de Latinoamérica.

En el Ecuador, la Constitución ecuatoriana en su artículo 77 numeral 12, reconoce la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, las cuales serán aplicadas de acuerdo a la ley; no obstante, el COIP como norma reguladora del poder punitivo del Estado, en su artículo 60, únicamente contempla una sección que refiere a las penas no privativas de libertad, y se señala que estas solo podrán emplearse de modo accesorio a la que establezca cada tipo penal.

Sin embargo, de algún modo, la prisión domiciliaria sí está contemplada en el Ecuador, pues existe la sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado) de la Corte Constitucional, que regula la aplicación de esta sanción, única y exclusivamente con el objeto de garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, su aplicación será en última instancia y de forma gradual; en este sentido, si la salud de la persona privada de libertad se ve comprometida en los centros de rehabilitación social o en establecimientos de salud fuera de los mismos, podrá cumplir su pena en casa. Por lo que se ha observado que, si bien se contempla la aplicación de esta medida como una alternativa a la pena privativa de libertad, los estándares para acceder a la misma son extremadamente limitados.

El análisis de la legislación comparada, ha demostrado que la prisión domiciliaria puede ejecutarse en otros casos, además de salvaguardar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, en ese sentido, existe la posibilidad de aplicarla con el objetivo de cuidar el núcleo familiar, proteger el interés superior del niño y otros intereses superiores, asistir los derechos de personas vulnerables: adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, entre otros.

La implementación de este modo de pena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, bajo ningún concepto se traduce en una reducción del presupuesto estatal al sistema penitenciario, pues la prisión domiciliaria no es una medida más económica en relación a la pena privativa de libertad, sino que sus objetivos van más allá: 1) reducir el dolor causado por el sistema penal, en este sentido, evitar o frenar las vulneraciones a los derechos de las personas sentenciadas penalmente, y 2) en segunda instancia, sin

descuidar que la prioridad es dar cumplimiento al primer objetivo planteado, reducir significativamente el número de personas en la cárcel.

Una vez que se introduzca normativamente esta medida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las pautas de ejecución de la prisión domiciliaria, otorgadas por los instrumentos internacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son de importante análisis. En ese sentido, se rescatan los siguientes: 1) como medio para evitar el quebrantamiento del núcleo familiar o vulnerar el principio del interés superior del niño (hay que evaluar comportamientos parentales, impacto en la crianza del menor, no se pueden considerar estereotipos, respecto a la igualdad y no discriminación); 2) examinar los atenuantes; 3) analizar los antecedentes penales; 4) considerar la situación particular de cada persona.

Se ha establecido la utilidad de la pena y su necesidad en la sociedad por ser el único camino por el que una persona, sancionada penalmente, puede cumplir con un tratamiento penitenciario; es por esa razón que, al ejecutar la prisión domiciliaria, la rehabilitación deberá entender las características y naturaleza de esta medida, y será el Estado el responsable de garantizar todos los medios y recursos necesario para que aquello suceda.

REFERENCIAS A. BIBLIOGRÁFICAS

- Agudo Fernández, Enrique, Jaén Vallejo, Manuel y Perrino Pérez, Ángel, *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2017.
- Alvarado Sánchez, Ruth, *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1956.
- Chaparro, Sergio, Pérez Correa, Catalina y Youngers, Coletta, *Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina*, Ciudad de México, Colectivo de Estudio, Drogas y Derecho, 2017.
- Cordini, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, pp. 671-701.
- Córdoba Angulo, Miguel y Ruiz López, Carmen, «Teoría de la pena, Constitución y Código Penal», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001.
- Díaz Aranda, Enrique, Roxin, Claus, Gimbernat Ordeig, Enrique y Jäger, Christian, *Problemas fundamentales de la política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Escobar Gil, Rodrigo, «Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad», *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011, pp. 41-50.
- Feijoo Sánchez, B. J., *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, BdeF, 2007.
- Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- García Domínguez, M. Á., «Pena, disuasión, educación y moral pública», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 107-116.
- García Falconí, Ramiro, *Derecho penal económico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- García Ramírez, S., «Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, 427-479.
- González Harker, Luis Jorge, *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad* (Trabajo de grado), Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

- Guereño, Indiana, «La prisión domiciliaria sólo para buenas madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía», *Revista Pensamiento Penal*, 2012, pp. 1-13.
- Hassemer, W., *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, ConoSur Ltda., 1995.
- Krauth, S., «Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador», *Defensa y Justicia*, 2021, pp. 6-9.
- Larco, Carolina, *Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Mercado, Alida María Laura; Luna, Patricia Esther; Romo, Alejandra Patricia, «Ejecución de la pena privativa de la libertad bajo el régimen de la prisión domiciliaria de mujeres a cargo de niños/as menores de cinco años (primer supuesto del art. 32 inc. f de la ley 24.660). Identificación de fortalezas y debilidades del régimen. Período 2010-2016», *Colección de Investigaciones y Ensayos*, Buenos Aires.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal: Parte General* (7.ª ed.), Montevideo, Editorial BdeF, 2005.
- Rodríguez Horcajo, D., «Teoría de la pena», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2019.
- Terradillos Basoco, Juan María y Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Praxis, 1999.
- Viri, Hernán, «Prisión domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26472», en Donna Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2009. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Wacquant, L., *Las dos caras del gueto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio, Raúl, *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.), Buenos Aires, Ediar Editores, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

B. DIGITALES

- CIDH, *Personas privadas de libertad en el Ecuador*. Organización de los Estados Americanos, 2022, pp. 36-51. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf.
- CIDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Organización de los Estados Americanos, 2017, párr. 86. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>.
- Walmsley, R., *World Prison Population List, twelfth edition*. London, ICPR, World Prison Brief, 2018. Obtenido de World Prison Brief. https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf

C. NORMATIVAS

- Constitución de la República del Ecuador (CRE). 2008 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal (COIP). 10 de febrero del 2014 (Ecuador).

CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 13 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Corte Constitucional del Ecuador, en los N.º 209-15-JH y 359-18-JH, en sentencia N.º 209-15-JH/19, del 12 de noviembre del 2019.

Corte IDH, «Caso Forneron e Hija vs. Argentina», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 116, 119.

Corte IDH, «Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109-111.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011.

D. DOCUMENTALES

ONUDD, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010.