

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**TEMA: LA INSTITUCIÓN CARCELARIA; “LA PERSONA O
LA SOCIEDAD”.**

AUTOR: ALEXANDER ARROYO.

TUTOR:

DOCTOR ABELARDO POSSO SERRANO

Quito, 2015

Agradecimiento

A Dios por guiarme a lo largo de mi vida. A mis padres y hermano por su apoyo. A mi esposa por ser mi soporte cada día, y mi alegría en cada triunfo obtenido. A la Universidad de los Hemisferios y sus profesores, en especial al Dr. Abelardo Posso, que me han guiado por el camino del conocimiento. Agradezco en particular al Abg. Boris Sempértgui por su apoyo. Y a todos aquellos que me brindaron su mano de manera incondicional para la elaboración del presente trabajo.

Gracias.

<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>1</u>
<u>MARCO HISTÓRICO DEL SISTEMA PENITENCIARIO</u>	<u>3</u>
<u>SISTEMA PENITENCIARIO Y REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR</u>	<u>13</u>
LA EJECUCIÓN PEAL EN LA ACTUALIDAD.	16
<u>EL CASTIGO COMO MODO DE REHABILITACIÓN</u>	<u>26</u>
<u>CONCLUSIONES.</u>	<u>37</u>
<u>RECOMENDACIONES.</u>	<u>43</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	<u>45</u>
ANEXO 1: ENTRE LA REHABILITACIÓN Y LA DES-HABILITACIÓN	48

RESUMEN

No adoptar el encarcelamiento como castigo, en la actualidad es absurdo. En la antigüedad la cárcel no era usada como pena o castigo, ni era para corregir al infractor, estaba concebido para guardar al delincuente hasta el día de su juzgamiento y la imposición de la pena.

Los diferentes sistemas penitenciarios se han basado en generar el mayor provecho para los Estados a costa de los reclusos mediante su trabajo, por ejemplo: Rasphuis sistema creado por Ámsterdam en 1596; con la excepción de pocos sistemas creados para implantar la idea de ayuda compartida que conlleva la rehabilitación de la persona y el provecho del Estado, uno de estos sistemas es el Schellenwerke de Suiza.

Lo principal en este ensayo es entender que la cárcel inicialmente no fue creada con el objeto de castigar ni como un modo de rehabilitar y la necesidad de crear un sistema de reclusión social propio.

ABSTRACT

No adopt imprisonment as punishment today is absurd. In ancient prison was not used as a penalty or punishment, nor was to correct the offender, was designed to keep the offender until the day of his trial and sentencing.

The different prison systems have been based on generating the most benefit for states at the expense of prisoners through their work, eg Rasphuis system created by Amsterdam in 1596; with the exception of a few set up to implement the idea of shared support involved the rehabilitation of the person and the benefit of the state, one of these systems is the Swiss Schellenwerke systems.

The main thing in this essay is to understand that jail was not initially created in order to punish or as a way to rehabilitate and the need to create a system of social seclusion own

Introducción

En el mundo de hoy hay muchos cambios drásticos, tecnológicos, sociales y hasta humanos, donde la idea principal es hacer la vida más sencilla y placentera, pero no necesariamente este ideal llega para todos. Uno de los principales problemas consiste en la estigmatización que tenemos hacia las personas. Aún se cree y se piensa que una persona de distinta raza o condición social no tiene oportunidad ni derecho a acceder a los beneficios del desarrollo global, que va generando cambios en un distinto nivel social. Creer que una persona con escasos recursos económicos pueda acceder a tecnología de punta es un ideal casi inalcanzable, pero deseado. Sin embargo nos es muy normal el pensar que existen personas que puedan estar confinadas a cuatro paredes, aisladas del mundo y de la sociedad, siendo esto, más bien plenamente aceptado por la sociedad, sin que se desee su libertad

Es necesario comenzar a cambiar esta idea. Dejar de pensar en los beneficios sociales en función del bienestar económico personal y pensar que las cosas y las personas no son lo mismo, es una prioridad. Es necesario resarcir la acción de diferentes maneras antes que castigar flagelando a la persona. La sociedad no debe castigar o premiar a la persona por los actos o acciones causadas.

En el Código Orgánico Integral Penal a los centros carcelarios los llama Centros de Privación de Libertad. Personalmente prefiero usar la palabra cárceles, ya que es el nombre que identifica la realidad del lugar. Según la RAE, cárcel es el “local destinado a reclusión de presos” (Real Academia Española, 2014), además, llamarlos “Centros de rehabilitación” tampoco es correcto, ya que esta terminología es usada comúnmente para lugares de en los que se administran tratamientos médicos o de rehabilitación o se refiere a la rehabilitación del abuso de sustancias psicotrópicas¹, y a enfermedades que afecten la libre toma de decisiones y movilidad de las personas.

En el diario El Telégrafo se hace referencia al mal uso del nombre dado a los centros de rehabilitación y es así que señala: “Los mal llamados centros de rehabilitación social. Hasta hace algunos meses la Penitenciaría del Litoral era conocida como Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil, actualmente se denomina Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley, N° 1 de Guayaquil”. (El Telegrafo, 2013)

Es común ver a personas pidiendo caridad o pidiendo alguna moneda a cambio de un escrito religioso o de amor, sin embargo se dedican a impartir miedo a las personas diciendo que han estado en la cárcel, prácticamente obligando a que se les acepte el panfleto que reparten, o mejor directamente darles dinero a entregarles una moneda “voluntariamente”. Pero el trasfondo que todos sabemos, es que el haber estado en la cárcel ya es motivo de miedo o

¹ A pesar que dentro de los centros de privación de libertad existen pabellones destinados para la rehabilitación para consumidores de sustancias psicotrópicas, no significa que todo el centro carcelario está destinado para esto. Siendo en realidad cárcel ya que es un centro de encierro de personas.

asombro de los espectadores ya que todos sabemos que quien a pasado por un centro de privación de libertad no consiguió rehabilitación alguna, debido a que a la misma sociedad no le interesa rehabilitar al privado de libertad. Sin embargo es entendible que estas personas pidan dinero ya que en la cárcel no aprendieron nada, a pesar de la normativa legal vigente sobre rehabilitaciones². Las personas consideran que un centro de privación de libertad, es un lugar donde la idea de mal comportamiento y de ir contra una ley es común.

Los centros de privación de libertad no están hechos para guardar, proteger o mantener a una persona a la espera de una sanción, en la antigüedad, y hasta la época pre-moderna, fueron concebidos para asegurar a la persona hasta la espera de un castigo. En la actualidad el estatus de la privación de libertad llega a confundir el propio encierro con la sanción penal. La modernidad aprovecha esta herramienta en función de su incesante afán controlador, haciendo que las personas vivamos con miedo de infringir la ley ya que la institución carcelaria se muestra como protectora de la sociedad aunque los resultados muestran lo contrario.

Marco Histórico Del Sistema Penitenciario

Para entender sobre los sistemas penitenciarios, es necesario primero saber sus orígenes. Es necesario saber que en la antigüedad no existía un sistema penitenciario. Existían los centros de reclusión, lugares donde se encerraba a los prisioneros de guerra. Las cárceles o lugares de reclusión no

² Art 51

estaban hechos para castigar, el castigo consistía en la aplicación de métodos brutales y espectaculares como la decapitación, el empalamiento, el potro, etc.

Uno de los grandes problemas históricos de los sistemas penitenciarios fue la recopilación de información, donde las experiencias adquiridas de cada sistema implementado, desaparecían con cada nuevo sistema a implementar. Por esto se re usaban ideas que anteriormente se las tomaba como inservibles. Pero la idea de medicina aún no estaba ligada directamente al encarcelamiento. Seguía siendo una forma de retener al culpable o a personas que disgusten de cualquier forma a los gobernantes de turno. Los centros carcelarios generalmente eran mazmorras subterráneas donde no se respetaba la condición humana en lo más mínimo. Entre los lugares más conocidos están: la prisión Mamertina Romana, las mazmorras de Santangelo, los hornos de Monza, los Oublittes (mazmorras) de la Bastilla, los plomos de Venecia. Pero estos lugares sólo eran para retener a los presuntos culpables de delitos para posteriormente ser acusados y sentenciados. Uno de los registros más antiguos es la de Enrique II de Inglaterra, que mandó a construir una cárcel en Claredon la misma que data de 1166.

En América, en las comunidades indígenas como la Azteca en el siglo XVI, ya contaban con un sistema donde la separación de clases era la principal forma de juzgar. Un grupo estaba encargado por el rey para ejercer las funciones de juez; controlaba sectores determinados de la sociedad. Daniel Jacobo Marín, Hace referencia la forma de control y juzgamiento social “El tecuhtli —al que los conquistadores denominaron ‘cacique’ un vocablo de Haití— tenía facultades para juzgar y conocía asuntos criminales, llegaba a tal posición

por hazañas militares o servicios prestados en funciones públicas”. (Marín, 2010)
Usaban un sistema de castigo similar a los usados en la justicia indígena Ecuatoriana. En el Ecuador si bien los más viejos y sabios son quienes guían a la comunidad en el juzgamiento de infracciones, no se puede olvidar que es la asamblea que incluye a toda la comunidad, quien toma la decisión final

Posteriormente en 1511 en la época de la colonización de América se comenzó a adoptar sistemas europeos, donde el valor práctico de las leyes no tenía valor obligatorio por los habitantes del continente Americano, se implementó la “ley de indias” pero sin resultar el efecto deseado ya que no tenía fuerza en los indígenas, los conquistados no obedecían y se conoce una frase dicha por los indígenas de la época “*Se obedece, pero no se cumple*”. (Eguía, 1956)

Inglaterra fue el primer país en implementar un sistema carcelario moderno poniendo como castigo el encierro, en el siglo XIII la idea de privatizar las cárceles nace en Inglaterra, donde algunas personas del vulgo las controlaban a su antojo. El derecho de gestión, la administración de la cárcel, era vendido a otras familias con estatus social. Las personas que iban a la cárcel podían conmutar la pena por dinero cuando el delito cometido no mereciera un castigo como la muerte o la tortura. A pesar que se implementó el encierro como castigo, en el caso de delitos más graves la finalidad del encierro seguía siendo el aseguramiento del reo para que cumpla con el verdadero castigo, que por lo general eran: la rueda, la pez hirviendo, maceramiento, desmembramiento, el ahogamiento. El encierro era implementado como castigo para las infracciones más leves.

Las personas que estaban a la espera de su castigo, variaban en edad, pudiendo ser niños o ancianos, quienes permanecían encerrados en las mazmorras, esperando a la ejecución de la sanción, cuya finalidad era demostrar al pueblo las atrocidades a la que se encontraba expuesto en caso de infringir la ley. Esta es la razón de la espectacularidad de la sanción que prevaleció en las épocas medieval y pre-moderna.

Además de los horrores del castigo, se sumaba a la desdicha de los reos el hecho de que Muchos de los lugares usados para el encierro, no fueron contruidos para este fin. La Bastilla de Paris que inicialmente fue una fortaleza, en 1789 fue convertida en una cárcel para la nobleza en los tiempos de la revolución. o la Torre del Temple, que fue el palacio de los caballeros templarios y escondite de sus tesoros sagrados. O la cárcel de Londres, que antes había sido un palacio. (Rodriguez-Magariños, 2015)

La prisión como custodia hasta el momento del juicio, fue incluso al siglo XVI, después ya se implementó a la prisión como pena y la consolidación de la cárcel como pena se dio a partir de inicios del siglo XVII en países como Alemania y Holanda. Poco a poco se fue adaptando la idea de prisión como pena. Con el arribo del enciclopedismo y la promoción de la republica la atribución de juzgar fue abstraída del monarca, quedando a cargo del juez. La Revolución Francesa consolido el camino que tomaría la cárcel en la modernidad. Bajo este precepto se crearon leyes, algunas preocupadas por el manejo, control y encierro de personas marginadas (prostitutas y vagabundos). En Inglaterra se creó la institución *House of Correction of Bridewell* donde la idea de la cárcel ya no es la pena como castigo, sino la idea de corrección. Esta idea

se implementó para las personas encerradas por castigos menores, cuya metodología consistía en hacerles trabajar, sin que el trabajo tenga una función rehabilitadora.

El “Rasphuis” es un sistema creado por Ámsterdam en 1596 donde hacían raspar madera a las personas encarceladas, y Sphhuis donde mujeres hilaban; En 1600 la tercera parte de las cárceles con este sistema estaba destinada a los jóvenes, que eran entregados por los padres para corregir su mal comportamiento. Este sistema a pesar de ser muy poco correctivo ya tiene un la idea de corrección, donde básicamente la corrección se da con el trabajo, y se comienza a ocupar a las personas encarceladas en trabajos productivos. (Rodríguez-Magariños, 2015)

Algunos Estados económicamente poderosos se dieron cuenta de la fuerza productiva que representaban los encarcelados y lo fácil de explotarlos. En el siglo XVIII países como Francia, Inglaterra, España y Portugal implementaron los trabajos forzados, con la excepción de Suiza que implemento un sistema diferente llamado *Schellenwerke*, que se basó en el trabajo útil y no uso el tormento para su recuperación. Todos los demás países prefirieron adoptar el sistema del trabajo forzado.

En América en 1660 William Penn adopta en Pensilvania un sistema donde establece las penas pecuniarias y las correccionales, dejando la pena de muerte para el asesinato premeditado. En 1718 William Penn muere y se adopta el Código Inglés con la implementación de un sistema de reeducación; es entonces cuando surge el sistema celular. Fue ideado y usado por los cuáqueros

de Filadelfia, y el cambio sustancial consistió en tratar a los reos como seres humanos. La reflexión fue su principal característica, “donde el aislamiento les protegía de la tentación corruptora del mundo exterior, de todo contagio externo, buscando una relación directa del condenado con su conciencia”. Historia de las prisiones, (Rodríguez-Magariños, 2015, pág. 8).

El sistema implementado por los cuáqueros se basaba en el encierro del recluso día y noche sin comunicación, donde el diálogo con su conciencia era directo. Se basaba en evitar que los reclusos se pervirtieran unos con otros y, la meditación, causando el arrepentimiento del delito cometido, ayudaba a la persona a rehabilitarse. Pero este sistema fracasó. Sin la posibilidad de socializar los presos aislados en vez de conseguir su reinserción, terminaron alienados.

El delincuente se convertía en un enfermo, que debía ser internado para su sanación. Implemento la terapia penológica como reforma moral, intelectual y jurídica, convenciendo al reo del error cometido en la sociedad, provocando que el reo de forma voluntaria llegue a pedir que se evite la comisión de más delitos y, a su vez, sea protegido de sí mismo. El reo convencido de su peligrosidad llegaba a auto condenarse y auto castigarse, Faustino Rodríguez-Magariños indica que: “Encontramos antecedentes remotos desde el referido Platón a San Juan Crisóstomo-citados por Cándido Pumpido-los cuales entienden que la pena es medicina contra el autor del delito, el tratamiento su aplicación y la cárcel el hospital” (Rodríguez-Magariños, 2015).

En algunos Estados de Estados Unidos de Norte América, especialmente en Nueva York se adoptaron el sistema Inglés modificándolo, y creando el sistema mixto. Este sistema trato de unir el sistema celular y la socialización enfocada en el trabajo. Se trabajaba en el día en total silencio y se meditaba en la noche en total aislamiento. Así, en Estados Unidos el sistema que se creó en Nueva York se fue incorporando en otros Estados, a pesar que en la actualidad se sigue usando, para Faustino Gudín, a este sistema se lo debe tomar como un fracaso ya que el cumplir con la finalidad de permanecer en silencio trabajando uno junto al otro, es prácticamente imposible, ya que la naturaleza gregaria del ser humano le lleva a relacionarse con otros seres humanos.

El sistema progresivo clásico tiene tres etapas, la primera llamada también de prueba donde el condenado está aislado igual que el sistema Filadelfia, el tiempo varía según el comportamiento del penado, la segunda etapa es el trabajo común durante el día y el aislamiento durante la noche y la tercera etapa también llamada de libertad condicional donde el penado sale antes del cumplimiento de la pena con condiciones de comportamiento.

En 1842 George von Obermayer adecuo el Sistema Progresivo Clásico en un sistema más acorde a las necesidades humanas, la primera etapa consistía en guardar silencio aunque vivían en grupo, el segundo radicaba en un estudio de personalidad y eran seleccionados en grupos de treinta personas y la tercera etapa se usaba el trabajo y se observaba la conducta de los internos y se decidía dar la libertad condicional y reducir una tercera parte de la condena. Posteriormente Walter Crofton perfecciona el sistema y crea cárceles

intermedias donde hay un periodo de prueba para obtener la libertad y la implementación de cuatro periodos: primero aislamiento sin comunicación y con dieta alimenticia, el segundo: trabajo común y silencio nocturno tomado del sistema Auburniano, el tercero: periodo intermedio es el trabajo al aire libre parecido al sistema de extramuros, y el cuarto es el de la libertad condicional. (Rodríguez-Magariños, 2015)

Una de las justificaciones más aceptadas y usadas es la protección de los ciudadanos. Bajo esta idea se encierra a la persona que le ha infringido daño: es el aislamiento de los delincuentes del resto de la sociedad tomando a la persona causante del delito, como enfermo puesto en cuarentena. Esta medida es tomada como un atentado a la dignidad humana del delincuente a quien no se castiga por el acto en sí sino por su peligrosidad.

Para poder entender brevemente cuáles son los sistemas usados en el transcurso del tiempo por los diferentes países, es necesario saber que han variado con el transcurso de los años. Comenzó con la implementación de la venganza comunal y la venganza privada (ley del Talión), que consistía en devolver el mismo daño causado a la persona causante, después de la ley del Talión apareció la Expiación de origen religioso judeocristiano usado para conseguir el perdón divino. Y en la modernidad Linch consideraba que era conveniente, darle el poder a la sociedad para impartir justicia por propia mano;

La sociedad ha caracterizado a la peligrosidad del *otro* (el otro social, el sujeto que no pertenece al grupo), utilizando cualquier rasgo diferenciador. Puede ser la raza, el idioma, la procedencia o las costumbres, los factores que

provoquen o desencadenen que un grupo social tome medidas preventivas o punitivas contra un individuo o un grupo con menos poder. Por eso no es difícil encontrar sociedades que estigmaticen a extranjeros, a grupos hedónicos, a grupos raciales, y que, cuando se encuentran en situaciones de riesgo o de miedo, desfogan toda su ira y frustración contra los extraños o diferentes que son fáciles de identificar gracias a los rasgos que acabamos de detallar. Los sistemas penales, y específicamente los sancionatorios, deben ser capaces de superar, racionalizando ese miedo colectivo al extraño, la mera aniquilación de cualquier autoridad considerada peligrosa. De esto se concluye que son válidos los intentos llevados adelante por grupos religiosos o intelectuales de saltar la mera venganza y procurar una educación, rehabilitación, o rehumanización de quien consideran le ha hecho daño, aunque sea por medios contradictorios como es el caso de la aprobación de libertad. Si bien es cierto la cárcel a sobrevivido gracias a la multiplicidad de usos que se le ha podido dar, este mismo afán modernizador de las sociedades está empezando a darse cuenta que los usos de los centros de privación de libertad no necesariamente han sido en provecho del reo, sino de la propia sociedad, y, lo que es peor, de ciertos grupos de poder.

La Disuasión, sigue siendo uno de los justificativos más poderosos e irrefutables que mantienen a los sistemas penales del mundo. Una vez más la cárcel concuerda perfectamente con este justificativo: si realizas una acción reprochable podrás ser privado de libertad. De esta manera queda plasmado en la conciencia colectiva el temor de sufrir un castigo, sin saber cuál, si se infringe la ley. Y otra de las particularidades del gran encierro, es que, conlleva más de

una sanción. Además de ser privado de libertad, que ya implica una gran aflicción para el que la padece, todos sabemos el riesgo permanente de sufrir un daño mucho mayor para todo aquel que se encuentre en esta situación.

Paradójicamente, la justificación intelectual, académica y legal del encierro radica en una idealizada rehabilitación, capaz de transformar al "delincuente", en un ser sociabilizado (o re-sociabilizado), que, no solo ha aceptado su culpa y su condena, sino que fue capaz de encontrar los errores en su comportamiento, mejorarlos o corregirlos, y mantener ese comportamiento mejorado en la sociedad libre.

Definitivamente todas estas elucubraciones metafísicas que el derecho las ha tomado como verdades inconcusas, impide en la actualidad mirar al encierro de frente y resolver las aparentes paradojas que existen entre los ideales jurídicos y la brutal realidad del privado de libertad.

En el Ecuador el sistema penitenciario tiene como base el sistema inglés con la diferencia que existe sociabilización sin aislamiento entre prisioneros, en cambio cuando vemos el sistema de rehabilitación social en el Ecuador entendemos que no está pensada en la reinserción de los presos, está pensada en infringir miedo a las personas pertenecientes a la sociedad para que no cometan delitos y no se salgan del control del Estado. (Noriega, 2013)

Sistema Penitenciario y Rehabilitación Social en el Ecuador

El Presidente José María Velasco Ibarra en 1946, decretó que se establecieran cárceles públicas y de reclusión en las capitales de provincia. Además declaro a la Isla Isabela como lugar de deportación a los confinados. Hasta nuestros días existe una pared construida en piedra por los reos de la época. (Erazo, 2013)

En 1837, El Presidente Vicente Rocafuerte escribió un ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles donde se comienza a dar las ideas de cambio en el Ecuador. En aquel tiempo la regulación carcelaria y la legislar de los derechos de los reclusos comenzaron a tomar forma. Se empezó “a reinsertar al reo a la sociedad, cuando haya cumplido el término de la condena”. (Larco, 2011)

Rocafuerte propuso aplicar el tipo de régimen carcelario “celular”, que consiste en aislar a una persona por cada celda, y son clasificados según el tipo de delito cometido, de acuerdo con su edad. Este sistema además de eliminar el castigo físico, el uso de grillos, cadenas, el azote, mostró una visión más humana de la aplicación de las penas en comparación con las de la época. Lamentablemente el ensayo creado por Rocafuerte quedó solo en papeles ya que las ideas trascendentales que se plasmaban fueron muy adelantadas a la época y dieron una mala impresión (Larco, 2011).

Existe una coincidencia en la deportación realizada en las sociedades modernas de los indeseados, con lo violencia impuesta en las sociedades primitivas, contra todos aquellos que no pertenecieran a su comunidad. La deportación implicaba la expulsión o separación de los reos sancionados, para que cumplan la pena en lugares alejados e inhóspitos y así liberar a la sociedad de la carga que representa el solo hecho de saber que tiene como vecino o dentro de su propio territorio a ese grupo que ha sido social y jurídicamente estigmatizado. En cambio en las sociedades primitivas el aislamiento se realizaba no al infractor, sino que la propia comunidad es la que procuraba alejarse de todo grupo o ser que fuera considerado peligroso por ser reformador o alejarse de las costumbres tradicionales. Allí la diferencia entre dos hechos sustancialmente parecidos: la deportación como herramienta de expulsión, y la guerra como herramienta de alejamiento social o comunitario. Esto no quiere decir que en las sociedades primitivas no haya existido la expulsión de individuos no deseados. La diferencia consiste que esa expulsión únicamente confirmaba el aislamiento comunitario dejando libre al comunero expulsado para acudir a donde este quisiera. Aquí podemos ver en práctica dos tecnologías del control que confluyen en un mismo hecho: la separación

En 1936 con El Decreto Supremo 375 se crea el Instituto de Criminología, que se hace cargo de la revisión de los trámites de conmutación, rebajas o remisión de penas, además de las negativas de gracia.

(Noriega, 2013)

El sistema de rehabilitación social actual data de 1982, con la implementación del Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social, que se publicó en el Registro oficial N° 282 del 09 de julio de 1982. Hace 32

años existe un sistema de rehabilitación progresivo en el país. Este sistema data del siglo XIII, ya que fue acoplado del sistema inglés. (Congreso de la Republica del Ecuador, 1982)

Cuando nos ponemos a ver cuántos años está la cárcel en el Ecuador, nos damos cuenta que desde hace 183 años contamos con un sistema propiamente dicho para los reos anterior a esta fecha existían solo cárceles para el encierro, sin tener una idea de castigo impuesto por un modelo sistemático Estatal. Luego de la adopción de la cárcel como medio sancionatorio, se trató poco a poco de acoplarla a la realidad nacional, haciendo múltiples cambios a los modelos ya usados y a las leyes que se dictaron cuando no había sistemas de rehabilitación.

Se hicieron cambios en la “Ley de Gracia”. Esta ley empezó a regir en el Ecuador desde 1878 por la necesidad de incorporar una regla de suspensión de penas a los reclusos, ya que en la época no se contaba con un sistema de rehabilitación social: solo había cárceles. La “ley de Gracia” fue usada hasta 1894. Posteriormente el “Instituto de Criminología” decidió que los reos podían hacer uso de la ley de gracia después de solicitarla al ejecutivo, y además siempre y cuando hubieran pasado favorablemente un análisis realizado al reo, que determine la viabilidad y pertinencia de su libertad. (Noriega, 2013) Luego de estas reformas no han existido actualizaciones trascendentales. Solo han existido simples renovaciones del sistema. ya en la práctica los cambios introducidos solo han provocado el aumento de privados de libertad, yq que según datos del Ministerio de Justicia en un análisis realizado en los años

20013-2014 existían 22.029 privados de libertad para únicamente 12.089 plazas.

La ejecución penal en la actualidad.

En la actualidad los derechos de los reos están mejor administrados y garantizados, tanto en la Constitución como en la demás normativa, es así que en los artículos 201 al 203 de la Constitución de la República del Ecuador, y en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, que fue publicado el 10 de febrero de 2014 (entró en vigencia 180 días después), consta el libro tercero que trata de la ejecución penal, viendo que desde el artículo 678 hasta el 726 una clara intención de mejorar las cárceles y el sistema de rehabilitación social. El COIP regula de manera más humana y más uniforme el funcionamiento de los centros de privación de libertad.

A pesar de muchos cambios positivos, resulta llamativa la definición o alcance que se da a la rehabilitación social en el artículo 672 del cuerpo normativo antes mencionado, que dice Artículo 672.- Sistema Nacional de Rehabilitación Social.- Es el conjunto de principios, normas, políticas de las instituciones, programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral, para la ejecución penal. (Asamblea Nacional Republica del Ecuador., 2014)

De la lectura realizada se desprende que se basan en la noción que considera a la aprobación de libertad como una pena, y que el fin rehabilitador

quedaría meramente accidental, o, lo que es peor la idea de rehabilitación social podría quedar como parte del castigo por el delito cometido. Sin embargo, en artículo 201 de la Constitución se define al Sistema de Rehabilitación Social como

“El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”. (Asamblea Nacional Republica del Ecuador, 2008)

Queda claramente establecido que la reinserción en la sociedad es la reparación eficaz del reo bajo tutela y control del Estado, para su reintegración a la familia, la comunidad y la sociedad, a través del regreso al trabajo.

Nuevamente nos encontramos con la contradicción de la pretendida e idealizada rehabilitación en un medio carcelario y punitivo, que pretende forzar al reo a convertirse en un ser capaz de vivir en sociedad. Que trata de acoplarle al ritmo de vida que la sociedad le impone, y sobre todo, que sepa mantener las estructuras sociales y el estatus quo establecido. Tal vez esta es una de las razones por las que la rehabilitación social no ha conseguido los frutos deseados. Tal vez sería más honesto, y de manera sorprendente coincide con los postulados tradicionales de las comunidades primitivas, reconocer que la

verdadera finalidad de la rehabilitación debería ser el fomentar y precautelar la paz social, siendo esto totalmente diferente a la idea de control social.

Hay que entender que el propósito de la cárcel, no es la venganza, ni excluir de la sociedad a un individuo por su peligrosidad usándolo como ejemplo hacia el resto de personas para que no cometan ningún delito. El fin de la cárcel en el Ecuador y en los demás países que adoptaron la tradición jurídica Continental Europea es la rehabilitación del sentenciado, su educación y capacitación, el cuidado y el interés de su mejoría psicológica, en caso de que la persona tenga trastornos.

Michel Foucault se dio cuenta que la modernidad trajo consigo la necesidad de las disciplinas; y que las disciplinas nacieron y se perfeccionaron en la cárcel. De ella saltaron a la sociedad y se incrustaron a todos los niveles, siendo estos educativos, laborales, recreativos, sociales, etc. De esta manera asimilo al tratamiento y comportamiento del presidiario con el control y comportamiento sociales. Por esta razón el autor denominó a la sociedad moderna “Sociedad Panoptical” (Foucault, 1975).

En el artículo 673 Código Orgánico Integral Penal indica.- Finalidad.- El Sistema tiene las siguientes finalidades: 1. La protección de los derechos de las personas privadas de libertad, con atención a sus necesidades especiales. 2. El desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad. 3. La rehabilitación integral de las personas privadas de libertad, en el cumplimiento de su condena. 4. La reinserción social y económica de las

personas privadas de libertad”. (Asamblea Nacional Republica del Ecuador., 2014)

En el número tres del artículo citado se establecen como finalidad del sistema de rehabilitación social la rehabilitación integral del reo, pero, ¿qué significa el término “rehabilitar”? Rehabilitar viene de volver a habilitar. Pretende cambiar el estatus de un inhabilitado. Pero esta inhabilitación puede tener un número infinito de particularidades. Puede ser una inhabilitación jurídica, o física, psicológica, etc.

Lastimosamente ninguna de las inhabilidades podría ser resuelta en un medio carcelario. Por esta razón la rehabilitación no puede ser completa, el hecho de que esta persona este encerrada en un centro creado para la retención de las persona y manteniendo de manera oculta la idea de venganza y por tanto de castigo, no puede ser tomado como un área idónea para educar. Un ser humano no puede ser educado de manera favorable con la idea de que está siendo castigado, a menos que sea educado para castigar. La rehabilitación esta creada para domesticar a los presos y para controlar a los no presos, que también podríamos decir que se nos domestica indirectamente, (usando el miedo y la amenaza). La forma de control del Estado a la sociedad es por medio de la amenaza, demostrando que el Estado en realidad es un ser omnipresente que todo lo ve, y hace sentir a la colectividad que está siendo observada.

Como todo sistema, el de rehabilitación social necesita personas para rehabilitar. Por lo tanto ¿Cómo subsistiría un sistema de rehabilitación social sin personas que rehabilitar? La respuesta es fácil: no subsistiría. Queda la

incógnita en el aire sobre la debilidad o fortaleza de un estado sin un sistema de punitivo como eje central de su control social.

Una de las novedades positivas incorporadas en el código integral penal es la implementación de un garante de los derechos de los privados de libertad con capacidades jurisdiccionales, y que tenga la obligación y facultad de revisar de manera permanente los centros de privación de libertad y velar por el cumplimiento y respeto de los derechos de las personas privadas de libertad. Según lo dispuesto en el artículo 669 del Código Orgánico Integral Penal:

La o el juez de garantías penitenciarias realizará por lo menos una inspección mensual a los centros de privación de libertad a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de la condena y de los derechos de las personas que están privadas de la libertad. Podrá ordenar la comparecencia ante sí de las personas privadas de libertad con fines de vigilancia y control. Cuando por razones de enfermedad una persona privada de libertad sea trasladada a una unidad de salud pública, tendrá derecho a una visita donde se encuentre. En las visitas que realice la o el juez de Garantías Penitenciarias se levantará un acta. Cuando la o el juez de garantías penitenciarias realice las visitas a los centros de privación de libertad ordenará lo que juzgue conveniente para prevenir o corregir las irregularidades que observe. (Asamblea Nacional Republica del Ecuador., 2014)

A pesar de las amplias facultades otorgadas al juez de garantías penales, el control y análisis que realiza el juez es superficial. Sin perjuicio de los

controles que realicen los jueces, la desnaturalización del aislamiento provocara cambios que se consideraran aceptables o normales en ese medio, convirtiendo al juez en un veedor con capacidad para controlar y ver los cambios positivos, pero ciego para decidir o controlar todos los perjuicios inherentes al encierro.

El Código Orgánico Integral Penal es uno de los Códigos más estructurados que existen en el Ecuador. Los problemas que suscita este Código en su aplicación, comienzan a tratar de acoger lo “mejor del sistema rehabilitador”. Pero como hemos venido mencionando a lo largo del trabajo, no se pueden desaparecer las falencias y deficiencias del encierro. Por un lado se garantiza la reinserción a la sociedad a las personas que han salido de la cárcel, esta garantía no necesariamente tiene la obligación de cumplirse. Esta garantía si bien implica una obligación para todo el sistema de rehabilitación, es facultativa para la sociedad. Todo privado de libertad que acaba de cumplir su condena tiene la garantía de la aplicación del régimen de inclusión social, contemplado en el número 3 del artículo 692 del COIP, pero la sociedad será quien determine si efectivamente vuelve a socializar con el ex privado de libertad. Resulta miope la visión que pretenda obviar a la sociedad en un proceso de reinserción social

La supuesta rehabilitación del reo no cubre la necesidad pedida por la sociedad. El abogado Boris Sempértegui en su ensayo “Entre la rehabilitación y la des-habilitación” nos explica claramente sobre la falta de eficiencia de la rehabilitación, además expone la incoherencia de fusionar la Rehabilitación con la privación de libertad.

La finalidad de la pena, establecida como mandato constitucional en el Ecuador, es la “rehabilitación”. Además se establece, no como finalidad, sino como medio, la protección de las personas privadas de libertad. Se repite la “economía” como “principio”. Se garantizan los derechos de los privados de libertad. Queda en el “limbo” el significado de esta protección jurídica porque de inicio se desconoce si la privación forzada de libertad y la rehabilitación son compatibles, y se desecha de plano la posibilidad de una rehabilitación para quien ha sido privado de la libertad sin sentencia condenatoria (como por ejemplo tendríamos la “prisión preventiva” o todo tipo de “aprehensión”) (Boris, 2010).

En el artículo 696 del Código Orgánico Integral Penal, se establecen tres regímenes de rehabilitación social: uno cerrado, otro semi abierto y otro abierto. Estos regímenes se refieren al nivel de libertad entendida como movilidad, disciplina y tolerancia. A pesar de la breve descripción que se realiza en la ley de cada uno de los regímenes, no consta en la misma el proceso propiamente dicho de rehabilitación, quedando en manos del Ministerio del ramo, de acuerdo de lo establecido en el artículo 700 del COIP, la regulación de dichos regímenes, y por tanto la determinación de quienes y cuando se encontraran en el régimen cerrado, semi abierto y abierto. (Asamblea Nacional Republica del Ecuador., 2014)

El Sistema Progresivo Clásico creado por Alejandro Maconochie puesto en uso en 1840 y reestructurado por Sir Walter Crofton, contiene los mismos elementos básicos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal. La progresividad debe entrara en funcionamiento desde el mismo instante que la

persona ha sido encerrada y debe durar hasta el final de la condena. (Rodríguez-Magariños, 2015)

En el sistema de progresivo, donde se debe precautela la protección de la persona y la ayuda psicológica para su mejoramiento, es necesario entender que se basa en el crecimiento continuo y progresivo de una persona en los aspectos financieros, sociales, psicológicos y educacionales.

En el COIP se conceptualiza a la progresividad desde una visión correctora de la persona donde existe una superación gradual hasta ver una mejoría notable, pudiendo llegar a tener una libertad anticipada o provisional si así se determina. Esta mejoría tiene que atender a todos los campos que constituyen a la persona, debe ser integra, procurando disminuir al mínimo las principales causas de la delincuencia que son conocidas por todos como la necesidad de sobrevivir, de obtener ingresos para y satisfacer sus necesidades básicas, alimentarse, tener una vivienda, proteger a su familiar, etc.

Cuando se escucha que el actual código usa un sistema nuevo que ayudara a los presos a mejorar su reinserción social vemos que el sistema plasmado en el COIP, primordialmente se enfoca en la obtención de la libertad del condenado. Como ya se mencionó la ley deja a una normativa de menor jerarquía la elaboración del proceso de rehabilitación, dando con esto la impresión de considerar que el proceso de rehabilitación, sea cual fuere, debe realizarse con la mayor libertad posible; y de ser el caso prima la libertad por sobre el mismo proceso de rehabilitación. No solo en el Ecuador se puede perder la fe en el sistema progresivo. Suecia dejó de usar el sistema Progresivo,

Bajo este contexto La progresividad, está creada de forma parecida a la de un enfermo, donde al principio se le da comida blanda y posteriormente se va aumentando las dosis de sal, azúcar y condimentos, es necesario entender que el reo no tiene ninguna enfermedad para que cometa delitos.

El derecho penal de acto, en contraposición al derecho penal de autor, en principio se contrapone a la idea de establecer un sistema de rehabilitación progresivo. El castigo por el acto realizado y no a la persona por lo que es, es una de las maneras para que se deje de pensar que la persona necesita progresivamente ir sanando (de una enfermedad como la gangrena que carcome a la sociedad y la va matando).

Sin embargo el derecho penal de acto ha conjugado sin mayor problema su fundamentación con la idea de rehabilitación. Y no es muy difícil aceptar que para que realmente se pueda insertar el reo en sociedad, es necesario el uso paulatino de actos y acciones que hagan que su mejoría sea constante. Hacer que el reo entienda que el delito cometido es un acto que va contra sí y la sociedad y que es necesario no volver a cometerlo.

Además la modernidad ha adoptado como el fundamento de la rehabilitación a su principal y más alta bandera de vanguardia: el progreso. El régimen progresivo pretende lo mismo para el reo, que lo que todos pretendemos para nuestras vidas: progresar. Las personas comúnmente entienden por progreso la acción o el efecto de mejorar. Representa un adelanto producido en el curso del tiempo. Entonces progreso y progresar es adquirir una línea de logros sucesivos, e incluso prevén la consecución de metas; por esto es

imposible pensar que progresividad es, en el ámbito de la ejecución penal, solo el anhelo de conseguir la libertad por cualquier medio antes de cumplir la pena; por el contrario consiste en ir implementando formas y métodos para el mejoramiento de la persona.

Nuevamente nos encontramos con otra pugna conceptual: la urgencia de la libertad, que es del todo comprensible, por un lado, y por otro, la necesidad de establecer un procedimiento progresivo para hacer del reo un ciudadano civilizado. Puede que estas ideas sean compatibles sin embargo sabemos que esta pugna será difícil que se resuelva en favor del reo, porque, como ya habíamos comentado el poder moderno ha adoptado la tecnología carcelaria como técnica de control social, siendo la cárcel un espejo visible del poder real. Si el verdadero poder observa y usa la cárcel de manera directa resultara complicado, por lo menos, que permita que los presos, sus principales usuarios escapen al sistema de manera pronta y fácil.

En Pisa tuvo lugar el Congreso Internacional “La cárcel en Europa: entre la reinserción y la exclusión” donde se abordaron tres grandes temas: la detención en Europa, los sujetos y mecanismos de exclusión, y medidas alternativas. Una vez finalizadas las respectivas exposiciones, surgió una pregunta que nadie pudo responder: ¿es todavía necesaria la cárcel? Esto nos hace pensar que tratar de arreglar un sistema que es un fracaso es, por lo menos, difícil. Y esto se confirma por la tendencia occidental del endurecimiento de penas, que se traduce en el aumento del tiempo en la privación de libertad, sin importar si se han obtenido resultados o no con el sistema de rehabilitación. (Asociación de Abogados Europeos Democratas, 2008)

El Dr. Luigi Ferrajoli, Profesor de Teoría General del Derecho de la Università di Roma, explica que los gobiernos actuales necesitan cada vez más el sensacionalismo para poder tener controlada a las masas y que para esto usan los medios de comunicación, “mientras la cárcel exista debemos intentar que sirva para algo: si no se puede conseguir de ella que tenga un efecto correctivo, al menos que no tenga un efecto corruptivo. (Asociación de Abogados Europeos Democratas, 2008) Resulta sorprendente la afirmación del maestro italiano, por que volver a la espectacularidad como técnica del poder, puede implicar que la punta de lanza del poder que es el poder punitivo, también pretenda volver a la espectacularidad. En términos más conocidos, podría significar que la cárcel como técnica de poder pueda ceder el paso a otras formas de sancionar. Basta con recordar las terribles máquinas de tormento ideadas en la edad media, y que fueron pensadas para escarmentar al reo, a la sociedad, y como forma de demostración de poder.

El Castigo Como Modo De Rehabilitación

Según diario la Hora, Entiendo que quienes son detenidos por un ilícito, no van a los centros de rehabilitación únicamente para apartarlos de la sociedad o someterse a un castigo, sino que su filosofía va más allá, esto es a rehabilitarse para ser útiles a la sociedad, a su familia y al Estado, a fin de que no se conviertan en parásitos del mismo (Diario La Hora, 2013).

Lo antes dicho por el diario la Hora hace caer en cuenta que el sistema de rehabilitación ecuatoriano está basado en la separación de la persona de la

sociedad y en el someter a castigos a los infractores. A pesar que esta publicación fue hecha antes de la publicación del nuevo Código Integral Penal, ya existía la idea de que la cárcel con el castigo están íntimamente ligadas a la idea de rehabilitación según el artículo 672.

El castigo es la pena o sanción que se le impone a alguien como consecuencia de haber contrariado alguna norma, precepto, orden, entre otros, establecidos a través de una ley, o en su defecto por una autoridad. Cabe destacarse, que el castigo que se le imponga a alguien por contrariar la norma u orden dependerá de la gravedad de la acción que haya protagonizado y también del contexto en el cual se haya producido. En tanto, en las situaciones más severas de faltas graves, el castigo debe cumplirse aislado de la sociedad, tal es el caso de la prisión.

Entender para qué sirve el castigo es importante. Así podremos saber por qué se lo trata de usar en las cárceles. Recordemos que el artículo 672 del COIP establece como finalidad última del sistema de rehabilitación, la ejecución penal. Por lo tanto el castigo y su ejecución son la finalidad de la rehabilitación social. Y aunque esto parezca contradictorio, debe conocerse que el castigo fue usado como método de enseñanza y se empleaba la frase “la letra con sangre entra”. Actualmente el tratar de castigar a un infante por no querer estudiar o no entender una orden emanada de una persona con poder sobre él es criticado por la sociedad negativamente, pero el castigo usado para la supuesta corrección de un delito si está bien.

El castigo a las personas que cometieron un delito o infringieron la ley es conocida como cárcel. Entender que no es necesario recibir un castigo por un delito es imposible. Además se escucha a las personas que fueron víctimas de un delito la necesidad de que el Estado “haga justicia”. Entonces la finalidad del castigo a la persona que ha cometido el delito, es la venganza, es decir, es el justo precio a pagar a la persona agredida por un delito.

Es común escuchar que una persona que robó fue castigada con cárcel. Es común además escuchar en los medios de transporte público, a vendedores ambulantes, el amedrentar a los usuarios, haciéndoles conocer que ha estado en la cárcel, esto hace que entendamos la dureza del castigo que ha sufrido.

Cuando vemos a un niño ser castigado llega a ser una afrenta para las personas que están viendo tal barbarie, y llega a ser muy desagradable y hasta denunciamos tales abusos, pero entender que esta barbarie cometida al menor es igual que el caso de una persona que comete una infracción, es una tarea todavía inalcanzable. Pero en realidad es lo mismo. Podemos decir que los dos son personas. Aunque la una tiene más conocimiento de las acciones negativas y positivas. Pero la finalidad del castigo sigue siendo el mismo: el enseñar a una persona a comportarse en sociedad. Los dos, tanto el niño como el infractor, son personas que han cometido actos que se constituyen en infracciones. En los dos casos se castiga por el acto cometido, pero nunca se deja de ver a la persona y a la imperiosa necesidad de su educación, socialización o resocialización.

El hecho de enseñar por medio del castigo al reo es para demostrar a todas las personas el poder del Estado. Es necesario decir que hay que temer al

Estado, regresando al ejemplo del niño castigado por su padre por no hacer lo que él le ordenó, en los dos casos existe una figura de poder, y esto hace que ir contra él sea motivo de enseñanza a través del castigo.

El castigo como modo de enseñanza es negativo para todas las personas. El castigo como modo de rehabilitación también lo es. No debemos olvidar que también los reos son personas, y si el afán es realmente resocializador o rehabilitador, en definitiva educador, debe separárselo del castigo tal como se lo ha hecho en el hogar y en los centros educativos. Desde hace mucho tiempo se dice que la cárcel más que rehabilitar personas que han cometido delitos, se dedica a ser fábrica de nuevos criminales o criminales especializados. Se entiende que un criminal no deja de ser criminal nunca por que las consecuencias del delito no se terminan con el cumplimiento de la pena ya que el Estado por medio del uso de las cárceles estigmatizan al reo como delincuente de por vida, llegando a alargarse la pena hasta la muerte, ya no por la sentencia de un juez, sino por la estigmatización de las personas.

Al poder del Estado se la conoce como poder punitivo, y éste controla y usa el control social que, básicamente, es el conjunto de medios sociales para ordenar y regular el comportamiento humano en sus diversos aspectos. De lo dicho se deduce que existen límites a la libertad, y estos límites son la base de la civilidad esta es la razón por la que somos “sujetos de derecho”.

El Estado usa diferentes mecanismos para el control social, uno de ellos se llama *control social punitivo institucionalizado*, estas instituciones son las

agencias estatales del sistema penal, y el otro es el *control social no institucionalizado, parainstitucional o subterráneo*. (Padilla & Barbero, 2010)

Para entender de mejor manera como es el poder del Estado una vez comprendido que es el control social y quien lo controla, es necesario saber qué es el poder punitivo de manera breve y tomando las cosas importantes para un entendimiento básico, con la finalidad de saber que la cárcel no es solo un lugar físico, el poder punitivo es todo un sistema usado para el control de las personas. Es como los engranajes de un vehículo, que cuando se mueve uno se tienen que mover los demás. (Padilla & Barbero, 2010)

El Estado para poder usar su poder primero tiene que establecer los delitos. Por medio de los jueces se determina a qué persona se le impone una pena usando la fuerza, y las instituciones que conforman el sistema penal. Esta acción se llama *Criminalización*. Este proceso es selectivo se configura en dos etapas denominadas respectivamente primaria y secundaria. La primaria es el efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite la sanción de ciertas personas. La criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre las personas concretas. Además determina quienes son las víctimas y quiénes son las personas a las que criminalice. Esta acción criminalizaste se basa generalmente en estereotipos sociales. Estos estereotipos dependen del delito cometido. El sistema pasa primero por las agencias policiales, luego por las judiciales y finalmente por las penitenciarias.

La decisión del juez, dentro de un proceso judicial, no se refiere solo al delincuente, sino también se refiere y decide respecto de las víctimas. El pensar

que existe una guerra contra la criminalidad y contra los criminales no es correcto del todo ya que todos forman parte del mismo sistema.

En la actualidad existe la idea de seguridad nacional, la idea de guerra permanente es usada para mantener la paz social y la unificación de las naciones. Se pensaba que existen enemigos disgregados que afectarían a la unión de la nación, por esto es necesario acabar a como dé lugar con el enemigo. Esta idea fue materializada en 1914 con la primera guerra mundial, la necesidad de ganar hizo que se dejara de respetar los derechos esenciales del hombre. En nuestros días ha pasado primero por la creación de supuestos “terroristas”, donde el enemigo ya ha dejado de ser un país sino todo aquel que está en contra del sistema establecido. Finalmente se asimila la idea de terrorista no solo a los enemigos del Estado, sino a los criminales dentro de la sociedad, provocando que todas las personas puedan llegar a ser verdaderos enemigos estatales.

Cuando regresamos a ver el castigo, podemos observar que ha sido usado por las sociedades desde tiempos inveterados. En el Ecuador la forma de control social en las comunidades ancestrales se ha venido usando sin mayores variaciones hasta nuestros días. La forma en que “administran justicia” las comunidades indígenas tienen ciertas particularidades, que van desde la forma y reconocimiento de la “verdad”, hasta el castigo impuesto al infractor.

Como hemos venido comentando la justicia indígena se encuentra interrelacionada con todo el quehacer social de la comunidad. Por esta razón es la misma comunidad, reunida en forma de asamblea, la que decide la

responsabilidad, la sanción y el modo en que el infractor será reincorporado a la comunidad. Una vez más vemos que en un sistema sancionatorio, que tiene por finalidad principal el restablecimiento de la paz social y la incorporación del infractor a la comunidad, que el castigo viene a formar parte fundamental del sistema.

Uno de los motivos que pueden llevar a pensar que la justicia indígena tiene la madurez suficiente como para ser llamada como tal, es el hecho de reconocer de manera frontal que parte de su método educativo o resocializador conlleva un castigo, que generalmente es físico. De esta manera no tienen que estar utilizando eufemismos ni conceptualizando conceptos complejos para justificar y utilizar el castigo como forma de enseñanza o educación.

Evitando hacer un juicio de valor respecto del castigo y su necesidad en las comunidades indígenas, queda claro que la forma en la que el poder se expresa es mucho más democrática que en la nuestra, ya que el infractor al ser procesado, sancionado y ejecutada la sanción, se encuentra en presencia de toda la comunidad, y el mismo sabe que todos han decidido y están de acuerdo con los acontecimientos.

Es normal que nuestra sociedad se escandalice ante estos espectáculos, y es posible que demoremos mucho tiempo o tal vez nunca lo consigamos, el darnos cuenta de las virtudes de estos procesos puedan tener, sin dejarnos escandalizar o cegar por las visiones que, debido a nuestras costumbres nos parecen abominables.

Hay que reconocer como un avance de la sociedad moderna el establecimiento de los derechos humanos, de procedimientos de carácter positivista y científico para la determinación de la verdad procesal, y la abolición de todo tipo de trato o pena cruel, inhumana o degradante. Pero la modernidad amparada en sus propios dichos, al dogmatizarlos, ha perdido la posibilidad de crítica respecto de sus propias costumbres. Cabe preguntarse ¿la privación de libertad tal como se la ha venido manejando, no es una pena cruel, inhumana ni degradante?

En la revista Semana de Colombia se publicó el 12 de noviembre de 2014 un artículo que tiene un nombre particular “La justicia indígena que unió a los colombianos” este artículo relata la acusación y juicio realizado a miembros de las FARC que mataron a guardias indígenas pertenecientes a la comunidad Nasa, “fue una comunidad entera la que dictó sentencia contra los guerrilleros de las FARC involucrados en la muerte de dos guardias indígenas cerca de Toribío, Cauca, la semana pasada”. (Semana Colombia, 2014)

La revista Semana en Colombia ayuda a entender cuál es el fin principal de la justicia indígena.

“Primero fueron 60 años de cárcel para Carlos Silva Yatacué, presunto responsable de las muertes de dos comuneros Nasa que intentaban retirar de su territorio un cartel en homenaje al comandante guerrillero Alfonso Cano:

“Luego, otros cuatro guerrilleros vinculados a las FARC –Arcenio Vitonas, Robert Pequi, Emilio Ilyo y Freiman Dagua– fueron condenados a

40 años de prisión por disparar indiscriminadamente en contra de los guardias.

Mientras que los últimos dos acusados, al tener únicamente 14 y 17 años, fueron sentenciados a 20 'fuetazos' administrados ahí mismo, lejos del lente de las cámaras.” (Semana Colombia, 2014)

La justicia indígena está basada en los principios rectores de la “paz comunal”, haciendo que la participación de todos sea algo fundamental, pero en este caso en particular se ve la intromisión de la justicia ordinaria, ya que el hecho de encarcelar a una persona como castigo hace que en realidad los principios rectores de la comunidad no sean usados. El Dr. José García Falconí explica los principios de la justicia indígena y hace referencia a La tesis de la Abogada Margarita Zoila Aranda para poder señalar y explicar que los mínimos jurídicos

“Son algunas garantías que son iguales para todos los seres humanos, que las autoridades indígenas no las pueden omitir al administrar justicia indígena, y señala que son las siguientes:

1. Derecho a la vida: la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte.
2. Derecho al debido proceso: como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o través de terceros. Además el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad.

3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles: esto es un derecho de todas las personas, por ende las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición.
4. Derecho a la no agresión física ni psicológica: este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa de los derechos humanos, porque se ha realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas”. (Jose, 2015)

En el artículo anterior se denota la necesidad de la no agresión física teniendo en cuenta que en la justicia indígena existe la agresión física, entonces, llegamos al hecho de que los indígenas y las comunidades tampoco ponen en práctica fielmente sus principios y adoptan procesos de la justicia común, esto hace que la totalidad de la forma de juzgar de la justicia indígena no pueda ser usada como alternativa por el hecho de no ser completamente independiente y diferente a la justicia común.

Existen normas comunes como control de comportamiento en la comunidad indígena. Se reúne la comunidad en asamblea para decidir si el comportamiento causo un daño y si lo causare tienen que escoger el castigo a impartir. La costumbre y la tradición ancestrales determinaran el castigo o correctivo a aplicar. Para que la asamblea formada por todos los comuneros pueda reunirse, es necesario que exista la posibilidad física y real de reunión. Esto quiere decir que el tamaño de la comunidad puede ser un determinante

para poder aplicar este tipo de justicia, ya que si la misma es demasiado grande o dispersa, se le va a hacer difícil, por no decir imposible, reunirse cada vez que sea necesario juzgar a un infractor. Recordemos que este dilema ya lo paso Grecia cuando en un principio, debido a la extensión de la población, conformaba ciudades estado, los mismos que tenían la posibilidad de aplicar la democracia directa y tomaban las decisiones en asamblea. En la actualidad las democracias tendrían serias complicaciones para reunirse en asambleas. Aunque hay que reconocer que la tecnología moderna si podría a ayudar a aplicar la democracia directa.

El uso de castigos que tengan que ver con la cárcel dentro de la justicia indígena implica la intromisión de la modernidad en sus costumbres. La cárcel es un método creado en otras sociedades pertenecientes a otros continentes y a pesar de esto se usa la cárcel como castigo. Por lo tanto la justicia indígena para juzgar y aplicar castigos, en realidad no está utilizando en toda su extensión la tradición ancestral, sino que ha incorporado costumbres de las sociedades modernas en su forma de juzgar.

Tanto en la justicia indígena como en la ordinaria existen modos y métodos brutales para tratar de corregir a la persona que ha cometido una falta, haciendo que ninguna de las dos sea el método idóneo de control social. Un principio rector para el nuevo sistema rehabilitador a crear en el Ecuador es el practicado metafísicamente por las comunidades indígenas en general. El restablecimiento de la paz común es un ideal fundamental de las comunidades ancestrales, que provoca la necesidad imperiosa, y a veces injusta, de buscar un chivo expiatorio cada vez que esta paz se quebrante.

Conclusiones.

Cuando tratamos de entender para qué sirve la cárcel, veo que es una bodega donde se amontona a las personas que han cometido un delito contra la sociedad, tratando de cubrir la suciedad tras unas paredes, pero esto no es todo, la cárcel también tiene la finalidad de excluir a la persona de la sociedad. El guardar tras cuatro paredes a los reos sirve para que sea más difícil ver cuáles son los problemas que acarrea la sociedad, si hay más delincuentes privados de libertad no es porque se enfermaron y eso les hace tener la necesidad de robar, es porque la sociedad se vuelve caótica y no hay fuentes de trabajo o no hay como acceder a alimentos. Una persona que tiene comida, un lugar donde dormir y que su familia se encuentre en paz no necesita robar ni cometer delitos contra otros seres humanos. Y, por lo tanto la población carcelaria disminuiría en gran medida ya que los delincuentes de “cuello blanco”, no son quienes pueblan las cárceles.

En el Medioevo, a los enemigos o a los delincuentes se los desterraba para que no causaran daño al reinado, o se los eliminaba. Estos delincuentes eran comúnmente considerados enemigos de la corona, y por medio del destierro, se los mantenía fuera de su territorio, posteriormente con las invasiones que fueron cada vez más frecuentes, los reinos necesitaban tener controlado todo el territorio y existían partes donde el territorio o la tierra estaba sin presencia de la corona, y los otros reinados que se encontraban juntos ingresaban con gran facilidad reclamando las tierras como propias, entonces los reyes optaron por enviar a los desterrados a los límites de los territorios para que

exista presencia de la corona y sea más difícil invasión del territorio. En la actualidad el destierro se lo utiliza, ya no para proteger al territorio de las invasiones o para hacer presencia en zonas deshabitadas dentro del territorio, sino para proteger a la población de un mal miembro. Considero que se puede asimilar a la cárcel con el destierro, porque el privado de libertad una vez que salga de la cárcel va a ser muy difícil que se integre a la sociedad sin estigmatizaciones o rechazo de las personas. Cuando una persona ha ingresado a la cárcel, no importa qué delito ha cometido, una vez dentro todos son iguales, pudiendo ser hasta inocentes de lo cometido. Haber estado aprendiendo por unas horas, hace que la sociedad ya lo rechace.

Si una persona fue a la cárcel por una contravención como por ejemplo el no haberlo afiliado a su trabajador al IESS según el artículo 243 y 244 del Código Orgánico Integral Penal, que tiene una pena privativa de libertad de tres a siete días, se convierte en una persona estigmatizada y excluida, en un futuro ya no importará por qué se fue a la cárcel, importará únicamente el hecho de haber ingresado a la cárcel. Esto hace que el estar allí tres días o diez años es igual para la sociedad, el estar en la cárcel no es solo castigar es desterrar.

El llegar a entender que la rehabilitación no es parte de la pena es un punto necesario para llegar a comprender que en realidad la pena y la rehabilitación no pueden estar juntas. O no se puede rehabilitar a una persona que está pasando por el castigo cumpliendo una pena en la cárcel. La rehabilitación es algo completamente diferente que la pena y no pueden unirse para formar un castigo. El abogado Boris Sempértégui concluye: “La imposibilidad se fundamenta en la incompatibilidad existente entre la pena de

privación de libertad y la rehabilitación del penado. Y pueden ser incompatibles estas ideas porque la primera (la pena de privación de libertad) no “civiliza”, y la segunda (la rehabilitación) como finalidad de la pena requiere otros presupuestos a los provocados por la privación de libertad”. (Boris, 2010)

El imaginarse vivir en un mundo sin cárcel como castigo para las personas que cometen un delito es difícil, y no solo porque es difícil visualizar una medida de sanción diferente o una medida de control criminal distinto, sino, porque tenemos muy clara la idea de que el delincuente tiene que ser castigado. Tiene que ser vengado y excluido de la sociedad ya que es un ser indigno de pertenecerla.

Con la creación del Código Orgánico Integral Penal endurecieron las penas y los tiempos de privación de libertad para los delincuentes, pero no se ve un cambio o un avance para el control de la delincuencia. Han pasado ya más de un año desde su publicación y los cambios no se han visto, no han comenzado ni se ve una esperanza de mejoría, al contrario, se conoce por los medios de comunicación que cada día tienen más crónica roja, delitos y crímenes.

Cuando nos ponemos a analizar a la justicia indígena podemos llegar a la conclusión que esta justicia no busca vengar a la sociedad, ni castigar a la persona que ha cometido el delito contra la sociedad con todo su peso y toda la maldad requerida, no le ve al delincuente como un enfermo ni le trata como una persona que tiene que ser reconfigurada para poder acoplarse a la sociedad ya establecida. La justicia indígena trata al delincuente como una persona que ha

cometido una falta contra otra persona, esta falta puede ser muy grave como el matar a otra o leve como golpearla o robarla. El castigo propiciado a la persona que ha cometido la falta tiene que ser juzgado frente a toda la comunidad y ser enfrentado a la familia o la persona que fue agredida o fue la perjudicada y este puede castigarla.

La justicia indígena no busca proteger a la sociedad castigando al individuo, ni controlar la sociedad de sí misma, esta justicia busca mantener en la o las comunidades la paz social, la hermandad entre los comuneros y el respeto entre las personas.

No solo las comunidades indígenas del Ecuador comparten la idea de tener una justicia aparte de la Estatal, también en Perú los indígenas se han organizado y han creado una justicia basada no en el castigo, sino en mantener la paz social o paz comunal, teniendo como principio básico la reparación, que se funda en que si un acto ha ocasionado un perjuicio, en vez de castigar con un daño igual o recíproco al que ha cometido el perjuicio, lo que se pretende es su corrección, preferiblemente a través de remediar el perjuicio. En el número 10 del artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador se reconoce y garantiza en las comunidades indígenas el derecho a practicar su “derecho propio o consuetudinario”. Esto quiere decir que las prácticas jurisdiccionales de las comunidades ancestrales están reconocidas en la Constitución ecuatoriana y por tanto si sería parte del sistema jurídico ecuatoriano.

Lo interesante de esta justicia que pongo a conocimiento, no es para defenderla ni para darla como opción única de cambio, tampoco es necesario

dejar de lado al sistema utilizado hasta ahora en el Ecuador, reglado por el Código Integral Penal, o por la justicia indígena. Es para construir un sistema punitivo que sirva de mejor manera en el Ecuador. Es necesario que este sistema sea creado para la sociedad ecuatoriana, sin la urgencia por adoptar modelos ya existentes de otros países, estos modelos que sirven en otros países (Inglaterra, Estados Unidos, Suiza, etc.) han servido en esos países para su gente, para su cosmovisión y para su cultura.

El comprender la justicia indígena es importante porque busca mantener la sociedad en paz, en armonía. Pero el pensar en la protección de la sociedad implica crear enemigos, o pensar que alguien va a atacar la armonía de la sociedad. Y este alguien puede ser de parte de la misma sociedad. De allí el riesgo permanente de tener sistemas punitivos no controlados o extremadamente fortalecidos.

Es necesario buscarle una utilidad positiva a la cárcel mientras exista porque, en caso contrario, dejarla a su libre suerte sería más perjudicial que tratar de enrumbarla por medio de alguna de estas finalidades. El abogado Boris Sempértegui nos da una idea muy importante, “Visto así el problema, resulta preocupante despojar de alguna finalidad ulterior a la privación de libertad, porque si ésta persiste como un simple “bodegaje de personas”, las “prisiones” se convierten en brújulas donde el norte representa el regreso al inicio de toda esta discusión. Y una vez más el “gran encierro” habrá “ganado la batalla” (Boris, 2010).

Tenemos que darnos cuenta que el tratar de arreglar un sistema que está mal desde su concepción como castigo, es difícil. Ya que mientras más tratamos de mejorarlo más lo empeoramos. En la actualidad todos saben que una persona que va a la cárcel no es para rehabilitarse o para mejorarse, es para empeorarse.

El tener encerrada a una persona no es mejor que pegarle con ortiga, bañarlo con agua helada o que desnudarlo frente a toda la comunidad o toda la sociedad. Las cárceles en si son el desnudo de un país, viendo y analizando el funcionamiento, el trato y la vida de los presos, se puede ver a la patria o a la sociedad desnuda: estos hechos nos hacen comprender que es necesario un cambio.

Cada comunidad y sociedad dentro de un mismo país tiene modos y métodos brutales para tratar de corregir a la persona que ha cometido una falta. Parece que ninguna forma desmedida de solucionar conflictos, es idóneo de control social. Sin embargo es rescatable la paz social como finalidad metafísica de la justicia, puesto que, este principio no busca controlarlo todo, busca que las personas dejen de ser parte del delito, y se separe a la infracción del infractor. Sin dejar de reconocer la necesidad de acompañar al infractor como parte integrante de la comunidad.

Como conclusión final y primordial, considero que encontrar una solución a este problema es demasiado ambicioso. Teniendo en cuenta que el sistema que tenemos en estos momentos se ha arraigado tanto en la sociedad que se ha creado todo un pensamiento y toda una trascendencia histórica, la continua

modificación del sistema penitenciario y sus cárceles han hecho creer a las personas que el problema en realidad es la sociedad y es necesario adaptar a la sociedad al sistema punitivo.

Recomendaciones.

Es necesario cambiar la cosmovisión de la sociedad moderna. Para dejar de creer que el castigo es la única opción de paz, dejar de pensar que las personas necesitan ser corregidas, que necesitan curarse (sanarse), para comprender que el delincuente no es una enfermo, no es un descompuesto, sino que es un problema social que necesita soluciones sociales, y no individuales, la sociedad debe dar un salto cualitativo hacia adelante, hacia un verdadero progreso, que no puede ser otro que el reconocimiento de nuestro prójimo como parte de nuestra comunidad, y el respeto hacia el medio ambiente como que si todos queremos parte de él.

Reconocer la diversidad como parte de nuestra sociedad, es el punto de inicio para cambiar, y el darse cuenta que las necesidades cambian según la sociedad es lo más importante. Las necesidades de Inglaterra no son las mismas que las de Ecuador. Sus problemas sociales y las soluciones a estos problemas tampoco tienen que ser los mismos. Incluso la delincuencia tendrá finalidades y medios diferentes en cada una de estas sociedades. Por esta razón, parece no ser necesario usar el mismo sistema punitivo y de control social en estas dos sociedades distintas. Cada sociedad deberá buscar las soluciones individuales a sus problemas particulares; y, en el Ecuador, por ser un país

diverso y pluricultural parece conveniente acoger y aceptar las tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas, negras, cholos, criollos y blancos que la conforman, para construir con cada uno de estos hilos un paraguas que nos cubra a todos.

Bibliografía

- La justicia indígena que unio a los colombianos. (2014). *Semana* .
- Asamblea Nacional Republica del Ecuador. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Montecristi: Editora Nacional.
- Asamblea Nacional Republica del Ecuador. (2014). *Codigo Organico Integral Penal*. Quito: Editora Nacional.
- Asociación de Abogados Europeos Democratas. (13 de Marzo de 2008). *La carcel en Europa: entre la reinserción y la exclusión*. Recuperado el 04 de Febrero de 2015, de www.derechopenitenciario.com:www.derechopenitenciario.com!/comun/fichero.asp%3fid%3d1462&ved0CBoQFjAA&usg=AFQjCNF98GW76-WBoAS4SSP2q8EvZBcSUw&SIG2=8j9RJnqRr94nSu5XO-aLoA
- Boris, S. (2010). *Entre la rehabilitacion y la des-habilitación*. La plata: Universidad de la palta.
- Congreso de la Republica del Ecuador. (1982). *Codigo de ejecucion de penas y de rehabilitacion social* . Quito: Editora Nacional.
- Diario La Hora. (25 de 07 de 2013). *La Hora-nacional*. Recuperado el 20 de 03 de 2015, de http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101539713/-1/El_terror_de_vivir_en_un_centro_de_rehabilitaci%C3%B3n.html#.VSSq6pMYHL4
- Eguia, C. (1956). *El indio*,. Madrid: Publicaciones españolas.

El Telegrafo. (29 de abril de 2013). Cartas al Director. *Los Mal Llamados Centros de Rehabilitacion Social*, pág. 07.

Erazo, P. M. (25 de 11 de 2013). *BBC.co.uk*. Recuperado el 03 de 03 de 2015, de *BBC.co.uk*:
http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/11/131118_ecuador_carcel_galapagos_jrg

Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar*. Paris: Éditions Gallimard.

Jose, D. G. (09 de 03 de 2015). *LA JUSTICIA INDIGENA: La Hora*. Recuperado el 20 de 03 de 2015, de *www.derechoecuador.com*: la hora:
<http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=37379>

Larco, C. (2011). *Viciones penales y regimenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925*. Quito: Universidad Andina Simon Bolivar Sede Ecuador.

Marin, D. J. (2010). Delitos y Castigo de la Sociedd Azteca. *Revista universitaria de la Universidad Autonoma de San Luis de Potosi*, 36-41.

Noriega, D. M. (19 de 02 de 2013). *Sistema Penitenciario en el Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador.

Padilla, H., & Barbero, H. (2010). *Manual de Derecho Penal*. Córdoba: EDICIONES DON FOLIO.

Real Academia Española. (01 de 10 de 2014). *lema.rae.es*. Recuperado el 12 de 03 de 2015, de *lema.rae.es*: <http://lema.rae.es/drae/?val=carcel>

Rodriguez-Magariños, F. G. (2015). *Historia de las Priciones*. España: Tirant lo Blanch.

Semana Colombia. (12 de 11 de 2014). *La justicia indígena que unió a los colombianos:*

Semana S.A. Recuperado el 12 de 02 de 2015, de www.semana.com: Semana S.A:

<http://www.semana.com/nacion/articulo/como-los-nasa-hacen-frente-las-farc-con-latigazos/408728-3>

Wladimir, S. B. (2010). Entre la Rehabilitacion y la Desabilitacion. *Ensayo*. La Plata, Buenos Aires, Argentina.

ANEXO 1: “Entre la rehabilitación y la des-habilitación”

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

MATERIA: Política Criminal

TÍTULO DEL TRABAJO: Entre la rehabilitación y la des-habilitación

AUTOR: Boris Sempértegui

PROFESOR A CARGO: Ernesto Domenech

AÑO DE CURSADA: 2010

FECHA DE ENTREGA: 13 de diciembre del 2011

CIUDAD EN QUE ASISTIÓ A LA ESPECIALIZACIÓN: La Plata, Buenos Aires

TELÉFONO PARA CONTACTARSE: 0221-6556947

E-MAIL: borissempértegui@hotmail.es

ÍNDICE

1 OBJETIVOS	3
2 INTRODUCCIÓN	3
3 EXPULSIÓN	5
4 JUSTIFICACIÓN	6
5 LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD	8
5.1 LA SITUACIÓN ECUATORIANA	8
5.2 NACIMIENTO DE LA PRISIÓN	11
5.3 DISCIPLINA: ASPECTO OCULTO DE LA LIBERTAD	12
5.4 PANÓPTICO – SINÓPTICO	15
6 CIVILIDAD Y CÁRCEL	17
6.1 VIDA EN CÁRCEL	18
7 PODER DE LA CÁRCEL	20
8 CONCLUSIÓN	21
BIBLIOGRAFÍA	23

ENTRE LA REHABILITACIÓN Y LA DES-HABILITACIÓN

1. OBJETIVOS

- Analizar una posible incompatibilidad entre la resocialización y la privación de libertad, contenida en la Constitución Ecuatoriana.
- Analizar la conexión causal existente entre la idea de rehabilitación con la pena de privación de libertad.

2. INTRODUCCIÓN

Debo comenzar por el principio. Desde hace mucho tiempo he tratado de entender por qué se encierra a la gente en cárceles. Las experiencias que me quedaron luego de contactarme con presos, con “carceleros” y con el sistema carcelario ecuatoriano en su conjunto, solo me dejaron más dudas.

Fue tal mi estado de intriga e inquietud que vine en busca de respuestas. Llegué a una encrucijada armada con fijeza para mí infranqueable. Era imposible apreciar las dimensiones del problema, sin bases que me permitieran entender lo que no veía. Ver a través de los muros, e incluso más allá: a través de las personas.

Así me enfrasqué en la lectura de dos libros imprescindibles y que terminaron convirtiéndose en columna y cabeza de esta investigación. Por un lado está “*Vigilar y Castigar*” de Michel Foucault, y por otro, “*Modernidad Líquida*” de Zygmunt Bauman. El primero me explicó el nacimiento de las “disciplinas” y cómo éstas “colonizaron” la “pena” con la idea de disciplinar por medio del encierro; y el segundo, la imposibilidad de unir la idea de disciplina, y con ella todo intento de resocialización, con la privación de la libertad.

Las ideas ya estaban allí. La originalidad, si es que tiene, de este trabajo, consiste tratar de “cotejar” estas ideas, con el afán de encontrar coincidencias o contradicciones que ayuden a contrastarlas con la “situación” que se vive en mi país.

En este punto debo reconocer la enorme deuda de información local, respecto a la opinión que sobre este tema tengan mis compatriotas. Pero, como en trabajos realizados para esta Especialización con anterioridad, el presente afina el derrotero a tomar, no solo para el trabajo final, sino para un proyecto de vida profesional.

En todo caso tengo excusas para esta falta. En primer lugar el Código Penal ecuatoriano es de “origen” francés, y, en segundo lugar, las vicisitudes de la modernidad parecen afectar por igual a todos. Solo los residuos del vendaval de la “modernidad líquida” se diferencian un poco. De esta manera los textos bases se vuelven locales para mis intereses, y perfectamente aplicables para justificar las exposiciones hechas en este trabajo.

Como el estilo y la metodología utilizados son novedosos para mí. Desde ya me dispense por los extensos y abundantes pies de página que encontrará el lector a cada paso. Pero debo advertir que esta fue la mejor manera que encontré para justificar, explicar, corroborar y clarificar cada una de mis afirmaciones, mucho más si comento acerca de la enormidad del pensamiento de los autores aludidos. De este modo es fácil, o menos difícil, consultar y contrastar si la interpretación hecha de la lectura se apega al contexto del que se la extrajo.

No tengo la intención de tomar como verdades inconcusas las afirmaciones expresadas por los autores consultados. Aunque debo reconocer que hubieron muchas que me sedujeron por el peso de la argumentación y por “sentirlas” verdaderas por haberlas visto o vivido. Pero, ante afirmaciones y exposiciones contundentes por su argumentación o su “lógica”, parece válido aprovecharlas.

Por estas razones, el trabajo es mucho más que la copia de citas bibliográficas: es el compendio de experiencias y lecturas, aunque muchas no se mencionen, que ayudaron a tomar decisiones, comprimidas en pastillas, la mayoría de ellas ausentes o escondidas.

3. EXPULSIÓN

Debe quedar claro que el encierro forzado, que llamaré “privación de libertad”, por ser esta la nomenclatura de la actual Constitución ecuatoriana, es una forma de exclusión social. Existen otras maneras de “expulsar” a individuos de las sociedades.¹ Y estas formas se aplican en la actualidad y terminan “dibujando” nuestros mapas.

La privación de la libertad es la más violenta de las exclusiones sociales, y una de las razones de esa violencia nace justamente de su legalidad o, para errar menos, de su permisión. A pesar de ello, las grandes críticas contra los sistemas carcelarios y la privación de la libertad en general, apunta a otras aristas de índole mas bien económica o práctica², antes que humanistas.

No importa la cantidad ni la calidad de dispositivos tecnológicos que adornen la privación de la libertad: siempre tendrá su rasgo violento. Las cárceles no están

¹ BAUMAN, Zygmunt, “*Modernidad Líquida*”, Fondo de Cultura Económica – México, décima reimpresión – Buenos Aires, Argentina, traducido por Mirta Rosemberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, 2009, pp. 109. Al respecto comenta: “Claude Lévi-Straus, el más grande antropólogo cultural de nuestro tiempo, señaló en *Tristes Tropiques* que a lo largo de la historia humana se emplearon dos estrategias para enfrentar la otredad de los otros, la *antropoémica* y la *antropofágica*.”

La primera estrategia consistía en “vomitar”, expulsando a los otros considerados irremediamente extraños y ajenos, prohibiendo el contacto físico, el diálogo, el intercambio social y todas las variedades de *commercium*, comensalidad o *connibium*. Hoy las variantes extremas de la estrategia “émica” son, como siempre, el encarcelamiento, la deportación y el asesinato. Las formas superiores y refinadas (modernas) de la estrategia “émica” son la separación espacial, los guetos urbanos, el acceso selectivo a espacios y la prohibición selectiva de ocuparlos.

La segunda estrategia consiste en la denominada “desalienación” de las sustancias extrañas: “ingerir”, “devorar” cuerpos y espíritus extraños para convertirlos, por medio del metabolismo, en cuerpos y espíritus “idénticos”, ya no diferenciables, al cuerpo que los ingirió. Esta estrategia revistió también un amplio espectro de formas: desde el canibalismo hasta la asimilación forzosa –cruzadas culturales, guerras de exterminio declaradas contra las costumbres, calendarios, dialectos y otros “prejuicios” y “supersticiones” locales-. La primera estrategia tendía al exilio o la aniquilación de *los otros*; la segunda a la suspensión o la aniquilación de su otredad”

² FOUCAULT, Michel, “*vigilar y castigar / nacimiento de la prisión*”, Siglo veintiuno editores, segunda edición revisada y corregida, traducido por Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires – Argentina, 2008, pp. 133. Dentro de esta cita el autor cita, a su vez, a: C.f. *Archives parlementaires*, t. XXVI, p. 712, quien manifiesta: “la idea de un encierro penal es explícitamente criticada por muchos reformadores. Porque es incapaz de responder a la especificidad de los delitos. Porque carece de efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial incluso: es costoso, mantiene a los condenados en la ociosidad, multiplica sus vicios. Porque el cumplimiento de tal pena es difícil de controlar y se corre el riesgo de exponer a los detenidos a la arbitrariedad de sus guardianes. Porque el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía”.

destinadas a ser “domesticadas” por los presos. Ocurre exactamente lo contrario. Es un lugar para tratar de “domesticar a los presos” y provocar un sinnúmero de sensaciones en los “no presos”. Pero esa domesticación resultará forzada y contraria a sentimientos e intereses de presos y “sistema carcelario”, al menos como “principio jurídico”. Estas “fuerzas” (y muchas más) confluyen en dar forma a un lugar “indomesticable”: a un “no lugar”³, como resultado de una pena y como medio de una rehabilitación.

Pero no siempre fue así. No siempre se empleó el encierro como medio para justificar la represión ni para controlar los delitos, ni mucho menos para demostrar el “poder” por parte de quien lo ostenta. En otras épocas el encierro era un medio para luego condenar. La verdadera condena exigía espectacularidad, clamaba sangre y derroche. Actitudes desbordantes de poder y brutalidad. Repudia al poder actual ese derroche, ese desgaste. La austeridad y la economía invaden al actual encierro.

De estas formas de castigar sacamos un eje común: el cuerpo.⁴

4. JUSTIFICACIÓN

Las argumentaciones a favor y en contra de la pena de privación de libertad son de incumbencia, o deberían serlo, de una “política criminal”. Como uno de los fundamentos de la pena y consecuente dirección de esa “política” está la idea de “prevención”. Prevenir el delito, prevenir la delincuencia. En fin, tratar de adelantarse a las consecuencias, a los “hechos” criminales. A pesar de los intentos denodados por conseguirlo, es lógico y sensato que se comprenda que esa tarea no es de fácil consecución, y mucho menos sin la ayuda de todo el saber humano⁵.

³ Bauman, Zygmunt, *ibid*, pp. 110.

⁴ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 153, dice: “El cuerpo, objeto del suplicio, el alma, cuyas representaciones se manipulan, el cuerpo que se domina. Tenemos aquí tres series de elementos que caracterizan los tres dispositivos enfrentados, unos con otros, en la última mitad del siglo XIII. No se los puede reducir ni a teorías del derecho (aunque coinciden con ellas) ni identificarlos con aparatos o instituciones (aunque se apoyen en ellos) ni hacerlos derivar de opciones morales (aunque encuentren en ella su justificación). Son modalidades según las cuales se ejerce el poder de castigar. Tres tecnologías de poder”

⁵ SOLER, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, Tipográfica Editora Argentina, décima reimpresión, Tomo I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires – Argentina, 1992, pp. 59, el que,

En sentido contrario, también incumbe a la política criminal, todas las consecuencias que tenga la privación de libertad en el propio “preso”, en el penado. Esta labor, por demás importante, no debe ser manejada por separado de toda la “producción” jurídica. Apartar los “intereses” sociales y con estos al cúmulo de ciencias que los organizan, pueden volver “estéril” al contenido de la ley, y por esa misa razón irrefutable.

Las consecuencias de la pena de privación de libertad (y podría extenderse a toda “privación de libertad”) se encuentran estrechamente vinculadas al sistema penal. Y esta vinculación nos obliga a pensarla como una “única entidad” jurídico-social. Las consecuencias de la pena se convierten en las consecuencias de la privación de libertad. El estudio de la privación de la libertad podría ser el estudio de la pena.⁶ Al menos si el estudio se limita a la época republicana.

La pena moderna tiene al cuerpo como “objeto”. Difiere de las penas anteriores porque la dominación de ese cuerpo tiene siempre presente el principio de “economía”. Explotar al máximo sus facultades, reutilizarlas, reciclarlas para que no se “desperdicie” toda esa energía en un inútil encierro.⁷

acertadamente dice; “Por otra parte, una realidad social científicamente estudiada muestra a veces que la represión no produce los efectos que de ella se esperaban, y que subsiste la necesidad de procurar algún remedio socialmente más conveniente. De ahí que una buena política criminal tenga relación no solo con la legislación penal propiamente dicha, sino que se vincule con instituciones de otra naturaleza, cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia”

⁶ PUIG, Mir S. y otros, *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, Editorial TEMIS Librería, Bogotá – Colombia, 1982; tomado del texto titulado: *“El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo”* de Claus Roxin, traducción de J. Queralt, pp. 9, quien dice: “Segunda tesis: La idea político-criminal de que el derecho penal debía ser “fragmentario o subsidiario”, es decir que era preferible cualquier otro instrumento social de conducción eficaz al empleo del derecho penal es, con mucho, anterior al Proyecto Alternativo; pero este lo hizo suyo con singular énfasis. Esta idea parte de la consideración de que la pena criminal es a menudo perjudicial para la posición social del que se ve afectado por ella, de que ella es a su vez socialmente dañina y que, por lo tanto, solo hay que ampararse en ella cuando sea el único medio de evitar un mal todavía mayor”

⁷ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 33, dice “Pero podemos, indudablemente, plantear la tesis general de que, en nuestras sociedades, hay que situar los sistemas punitivos en cierta “economía política” del cuerpo: incluso si no apelan a castigos violentos o sangrientos, incluso cuando utilizan los métodos “suaves” que encierran o corrigen, siempre es el cuerpo de lo que se trata –del cuerpo y de sus fuerzas, de su utilidad y su docilidad, de su distribución y de su sumisión”.

Una pena que no respete la economía impuesta será criticada. De hecho, fueron estas argumentaciones las que dieron paso a la nueva penalidad, al encierro como medio y fin de la pena. Y de manera sorprendente siguen siendo las mismas argumentaciones “económicas” las que pretenden derribar los muros del encierro penal, de la pena de privación de libertad. “Más que debilidad o crueldad, la crítica del reformador apunta a una mala economía del poder.”⁸ Tal vez esa es la razón de la inocuidad de estas argumentaciones.

Bajo la idea “económica” se forjan, no solo las críticas contra el actual sistema penal, sino también sus finalidades, objetivos y estrategias de supervivencia.⁹ Pero las estrategias “político-criminales” que afinó la sociedad desde hace más de dos siglos, se ven igualmente atravesadas por las vicisitudes de una modernidad compleja. Por lo tanto la estructura, justificación, finalidades y eficacia de la privación de libertad se ven inmersas, y por lo tanto dependientes, de la “Política”, o las “políticas públicas”, si es que todavía se las puede entender como tales.¹⁰

5. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

5.1. LA SITUACIÓN ECUATORIANA

En este contexto, la **Constitución** ecuatoriana proclama, en el artículo 201 que:

“El **sistema de rehabilitación social** tendrá como finalidad la **rehabilitación** integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la **protección de las personas privadas de libertad** y la garantía de sus derechos”.

⁸ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 92.

⁹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 106.

¹⁰ Bauman, Zygmunt, *ibid.*, pp. 76, quien sorprendentemente afirma: “La consecuencia más importante [de la modernidad líquida] es la desaparición de la “política tal como la conocemos” –la Política con mayúsculas, la actividad encargada de traducir los problemas privados en temas públicos (y viceversa)-.”

La finalidad de la pena, establecida como mandato constitucional en el Ecuador, es la “rehabilitación”. Además se establece, no como finalidad, sino como medio, la protección de las personas privadas de libertad. Se repite la “economía” como “principio”. Se garantizan los derechos de los privados de libertad. Queda en el “limbo” el significado de esta protección jurídica porque de inicio se desconoce si la privación forzada de libertad y la rehabilitación son compatibles, y se desecha de plano la posibilidad de una rehabilitación para quien ha sido privado de la libertad sin sentencia condenatoria (como por ejemplo tendríamos la “prisión preventiva” o todo tipo de “aprehensión”).

Y, para profundizar esta contradicción, la Constitución ecuatoriana impide, para bien, dejar la finalidad de la pena a la mera “penalidad”. Obliga priorizar al Estado ecuatoriano los derechos de los privados de libertad por sobre todo. Entre las reglas analizadas podemos tener conflictos de aplicación serios. Cabe preguntar: ¿Podemos rehabilitar al privado de libertad? ¿Cuáles son las consecuencias sociales de la privación de libertad? Esas preguntas parecen contestarse con un vistazo.

No es ajeno al conocimiento público que las cárceles son algo indeseado. Entran en contradicción inmediata los esfuerzos de algunos entendidos y humanistas por mejorar la condición de los presos, y la “opinión pública” por mantenerla como está, o empeorarla. En el Ecuador ocurre exactamente lo mismo. Y quienes hemos tenido la oportunidad de observar al “sistema” carcelario con mayor atención y tiempo, lo ratificamos.

A veces confunde hundirse demasiado en sistemas tan confusos. Puede caerse en errores de apreciación que llevan a culpar a los operarios, cuando en realidad resultan víctimas (con excepciones, claro). Corresponde averiguar qué significa “buen funcionamiento” de un “sistema de rehabilitación social” porque pueden ser ambiguos, incluso contradictorios, sus significados.

Y corresponde preguntarse por qué no tienen efecto los cuestionamientos que se han hecho desde siempre a la pena de privación libertad. En Ecuador muchas poblaciones impiden la construcción de cárceles en sus comunidades, y la mayoría de las argumentaciones van dirigidas en contra de los “visitantes” que puedan traer los presos de esa cárcel, y no porque no estén de acuerdo con “la cárcel” como institución. Se conocen y aceptan muchos efectos “indeseados” de la pena de privación de libertad, pero se exige su aumento, siempre y cuando se las construya lejos de la comunidad. Extrañamente, parece que estas posiciones son absolutamente coherentes.

En definitiva, parece, también, que las preocupaciones por las condiciones de “vida social” se diluyen en preocupaciones privadas por vidas privadas. El eco es múltiple cuando los intereses son numerosos, pero la visión individual de seguridad o bienestar no se transmite al otro, mas bien, parece, se preocupa también del “otro” como posible perturbador de esa tranquilidad.

La aceptación del privado de libertad y el rechazo de la cárcel demuestran, además de un marcado individualismo, el creciente descompromiso. Cargar con la responsabilidad, lidiar con los “indeseados”, es algo que nadie quiere hacer. Con este rumbo lentamente se desvanece la “institucionalidad”, tiende a perder peso la argumentación “humanista” en pro de los derechos de los privados de libertad, y gana terreno la idea de una penalidad que, como todo actualmente, no exija estructuras ni plazos largos.¹¹ Esta visión puede llevarnos a consecuencias muy disímiles unas de las otras.

Pero no podemos pensar tan ligeramente y creer que la prisión sucumbirá ante la incertidumbre del porvenir. No olvidemos que lleva sus siglos funcionando contra todo pronóstico. Recordar un poco su historia en algo ayudará a predecir su futuro.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 142, en este sentido comenta: “Keneth Jowitt anunció el colapso del “discurso de Josué”, que hasta hace poco daba forma a nuestra concepción del mundo y sus posibilidades y que llevó al mundo a estar “organizado centralizadamente”, delimitado rígidamente, e históricamente preocupado por los límites impenetrables”

5.2. NACIMIENTO DE LA PRISIÓN

Michel Foucault fue uno de los principales estudiosos de la historia de la prisión como pena. Además de la minuciosa búsqueda del momento histórico de la construcción de las primeras “instituciones” de encierro” pre-modernas, buscó las causas y los motivos del nacimiento de semejante práctica. El antes y el después. Desde el análisis jurídico hasta el sociológico. Y por supuesto, siempre buscando la “sustancia”, el “motor” fundamental de los grandes cambios: los modos de pensar.

La multiplicidad de aristas de esta visión globalizadora, le permitieron diferenciar la pena “medieval” de la pena “moderna”. La primera dependía de un poder desorganizado (o no tan organizado), y por estar razón “brutal” y sanguinario que no requería “argumentar” (de la manera como hoy se precisa) sus decisiones, solo necesitaba infundir miedo de la manera más efectiva posible: mediante la espectacularidad.¹²

Luego vino la nueva penalidad: el encierro. No vino solo, sino acompañado, sustentado y provisto de todo un discurso, mas en contra que a favor, que cimentaron sus bases. Pero la principal “estructura” de la nueva forma de castigar estaba dada por los profundos cambios sociales que permitieron operativizar, optimizar, y sobre todo utilizar y reutilizar, tanto los medios como el sujeto (u objeto) de la nueva penalidad.¹³

El cambio entre la pena cruel y ejemplificadora, pública y sangrienta, hacia la nueva pena oculta de la prisión, económica hasta la perfección, fue inmediata y casi imperceptible. Pareciera que los hilos de la “trama” social se hubieran soltado de

¹² FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 68, menciona: “el hecho de que la falta y el castigo se comuniquen entre sí y se unan en la forma de la atrocidad no era la consecuencia de la ley del talión oscuramente admitida. Era el efecto [...] de un poder para el cual la desobediencia es un acto de hostilidad, de un comienzo de sublevación, [...] de un poder que no tiene que demostrar por qué aplica sus leyes, sino quiénes son sus enemigos y qué desencadenamiento de fuerzas los amenaza”

¹³ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 108 a 110, dice: “Foucault recoge 6 reglas sobre las que hace descansar al nuevo poder de castigar: 1. Regla de la cantidad mínima, 2. Regla de la idealidad suficiente, 3. Regla de los efectos laterales, 4. Regla de la certidumbre absoluta, 5. Regla de la verdad común, y 6. Regla de la especificación óptima”

uno en uno y vuelto a unir con un nuevo orden, en total silencio. A pesar de la velocidad del cambio, en relación con el tiempo que tardó en instalarse la prisión, ninguna de las voces contrarias fue escuchada.¹⁴

La búsqueda de la máxima economía en la pena (también una “economía jurídica”) demostraba las nuevas prioridades de las sociedades en ciernes. No solo no se debía “gastar” en los presos, sino “lucrar” de ellos. En definitiva, aparentemente el “derecho” empezó a enrumbarse por ese cariz. La “Economía” empezó a ganar el puesto que ahora tiene y las leyes penales no fueron ajenas a este cambio.

En el “antiguo régimen” la pena era una forma de contención, a manera preventiva, para conseguir una finalidad posterior y separada¹⁵. En el nuevo sistema, medio y fin se fusionan; en definitiva se vuelve una garantía útil para las nuevas estrategias del poder tanto europeas como ecuatorianas. La “colonización” no solo operó sobre las técnicas, sino también sobre las personas.

5.3. DISCIPLINA: ASPECTO OCULTO DE LA LIBERTAD

Libertad y seguridad parecen oponerse en una relación de inversa proporción. Al menos esa opinión es la que se manejaba en la modernidad “pesada”¹⁶. Ahora, en la actualidad, puede que esa idea esté completamente alrevesada. A pesar del cambio de ideas, la base sobre la que se asientan no ha cambiado. El “movimiento”, la posibilidad y el derecho de hacerlo, determinaron y determinan una posición jerárquica en la escala social: determinan quién tiene el poder.

¹⁴ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 137, menciona: “Pero si esta colonización de la penalidad por parte de la prisión, puede sorprender, es porque no era, como se podría creer, un castigo sólidamente instalado ya en el sistema penal, inmediatamente después de la pena de muerte, y que habría ocupado de manera completamente natural el lugar que dejaran vacante los suplicios”. Esta falta de solidez, dice el autor, permitió que en “menos de 20 años” se instalara esta práctica.

¹⁵ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 138, dice: “Su papel [el de la prisión] es el de ser una garantía en el que la prenda es una persona y su cuerpo: *ad continendos homines, non ad puniendos* (para contener a los hombre, no para castigarlos), dice el adagio; en este sentido, el encarcelamiento de un sospechoso tiene en cierto modo la misma finalidad que el de un deudor”.

¹⁶ De esta manera nombra Bauman al período situado principalmente a comienzos del siglo pasado.

Tal vez por esa razón la necesidad de “inmovilizar” siempre ha estado presente. La sofisticación de los instrumentos de poder superaron la simple necesidad de retener, de impedir. Luego se intentaría “conducir” el movimiento: dirigirlo. Y para esta tarea se aplicaron (o descubrieron) las disciplinas.¹⁷

La conducción del movimiento, las “disciplinas”, como nueva “tecnología de poder”, se convertirían en unas de las más poderosas innovaciones de la humanidad. Para bien y para mal, unidas hilo por hilo configurarían esta nueva trama social. Solo que esta vez se va conociendo con mucha más precisión cada nuevo nudo formado. Cada una de las nuevas “redes” necesitaba, así como ahora, de una “amenaza”, de una “pena”, de una institución dedicada a concretar la amenaza y a administrar esa pena.¹⁸ La “disciplina” social estuvo y está íntimamente ligada a la “amenaza”. El indisciplinado sabe que su falta será castigada. Y el poder sabe que su presencia se vuelve permanente y ubicua.

Parece “natural” disciplinar desde un comienzo, en una edad temprana. Es mucho más fácil y “económico” formar que corregir.¹⁹ Esta estrategia fue adoptada sistemáticamente. Desde escuelas hasta “correccionales” para menores. No parece difícil traspasar todos los métodos “correccionales” y disciplinarios a la prisión. Y, al menos en principio, se ven totalmente compatibles.

Esta impresión es tan inmediata, tan compatible en nuestro pensamiento, que a pesar de comprobar día a día que el sistema penitenciario no funciona (al menos para lograr los fines expresados), se lo sigue apoyando. Una de las principales razones que sostienen a la privación de libertad es la misma idea del “delincuente”,

¹⁷ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 164, “La disciplina procede ante todo a la distribución de los individuos en el espacio. Para ello, emplea varias técnicas.1) La disciplina exige a veces la *clausura*, la especificación de un lugar heterogéneo a todos los demás y cerrado sobre sí mismo”.

¹⁸ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 208, dice: “En el corazón de todos sistemas disciplinarios funciona un pequeño mecanismo penal”.

¹⁹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 209, citando a La Salle, dice: “Por la palabra castigo debe entenderse todo lo que es capaz de hacer sentir a los niños la falta que han cometido, todo lo que es capaz de humillarlos, de causarles confusión: [...] cierta frialdad, cierta indiferencia una pregunta, una humillación, una destitución de puesto”.

no del “delito”, y su profundo enraizamiento en los sistemas punitivos²⁰. Con toda esta “metástasis” Foucault se pregunta si es realmente digno de extrañeza el nacimiento de la prisión.²¹

Obturadas las críticas contra la privación de libertad, en los actuales tiempos la prisión evoluciona pacíficamente. Lentamente, con los nuevos cambios en los comportamientos sociales, se está volviendo a la “espectacularidad”, con las angustiantes consecuencias que pueda traer. Aquí confluyen las prácticas disciplinarias y las consecuencias de la modernidad. En este punto chocan las garantías y la lucha por los “derechos individuales” con el propio individuo.²²

En ese choque el individuo “pierde”, queda “desnudo”²³. La idea de privación de libertad puede no salir favorecida del reclamo del pueblo por la espectacularidad, por participar en el “suplicio del reo”, por su afán de ser parte activa de los nuevos “controles normativos”²⁴. Pero sí cabe preguntarse qué es peor, la prisión o la “infamia”, la prisión o

²⁰ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 260, dice: “El procedimiento de investigación se ha impuesto a la vieja justicia acusatoria, pero por un proceso venido de arriba; en cuanto a la técnica disciplinaria, ha invadido, insidiosamente, y como por abajo, una justicia penal, que es, todavía, en su principio, inquisitoria. Todos los grandes movimientos de desviación que caracterizan la penalidad moderna –la problematización del criminal detrás de su crimen, la preocupación por un castigo que sea una corrección, una terapéutica, una normalización, la división del acto de juzgar entre diversas instancias que suponen medir, apreciar, diagnosticar, curar, transformar a los individuos- revelan la penetración del examen disciplinario en la inquisición judicial”

²¹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 261. El autor se pregunta: “¿Puede extrañar que la prisión celular, con sus cronologías ritmadas, su trabajo obligatorio, sus instancias de vigilancia, y de notación, con sus maestros de normalidad, que relevan y multiplican las funciones del juez, se haya convertido en el instrumento moderno de la penalidad? ¿Puede extrañar que la prisión se asemeje a las fábricas, a las escuelas, a los cuarteles, a los hospitales, los cuales, a su vez, se asemejan a las prisiones?”.

²² BAUMAN, Zigmunt, *ibid.*, pp. 75, Una de las evidencias aparece en la TV. Actualmente el “público” clama por “exorcizar” a algún individuo por la propia identificación que se distingue en él exorcizado. Y esa identificación no es dable en aspectos o cosas “públicas”, sino por el contrario, en cosas íntimas, privadas. (algo muy parecido a lo que pasa en las prisiones, en donde no existe la posibilidad de mantener una intimidad, y por tal razón el manejo del “otro” siempre dependerá de su comportamiento privado). El autor dice: “Por eso mismo, los *chat shows* legitiman el discurso público de los asuntos privados. Tornan decible lo indecible, vuelven decente lo vergonzoso, transforman el feo secreto en un motivo de orgullo. En cierto grado, son ritos de exorcismo. Y muy eficaces”

²³ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 292, dice: “La introducción de lo “biográfico” es importante en la historia de la penalidad. Porque hace existir al criminal antes del crimen y, en última instancia, al margen de él”.

²⁴ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 321, quien dice: “Ley y justicia no vacilan en proclamar su necesaria asimetría de clase. Si tal es la situación, la prisión, al “fracasar” aparentemente, no deja de alcanzar su objeto, cosa que logra por el contrario, en la medida en que suscita en medio de los demás una

Lastimosamente por este rumbo de preguntas, caemos en la trampa. Resulta terrible tener que colocar la privación de libertad de un lado de la balanza y del otro lado la incertidumbre. Es difícil rechazar el clamor de la gente por participar del poder de castigar, pero ese clamor también es sospechoso en una sociedad en la que “lo social” se está desvaneciendo. Por el contrario, parecería que la sociedad ya no debe condenar.²⁵ Si la sociedad ya no “salva”, entonces el “principio de publicidad” utilizado como medio para controlar a las prisiones y evitar los abusos en los privados de libertad, ya no sirve. La prisión pasaría a ser otro “chat show”, útil como medio catárquico, pero inútil para cumplir su función principal.

A pesar de la superación de la “visión panoptical” de la sociedad, existen coincidencias entre las ideas aparentemente disidentes de Foucault y Bauman. Ambos reconocen que existe como “base” una poderosa disciplina que rodea la aparente libertad que tan orgullosamente defendemos.²⁶

5.4. PANÓPTICO - SINÓPTICO

Aparenta “naturalidad” al descompromiso de los tiempos modernos. Simplemente es el normal desarrollo de la sociedad. Luchar por la igualdad de derechos, y desarrollar medios que los sostengan se contraponen a esa corriente. Tanto la corriente como los diques corren sobre un “lecho” que depende enteramente de la

forma particular de ilegalismo, al cual permite poner aparte, colocar a plena luz y organizar como un medio relativamente cerrado pero penetrable”

²⁵ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 70. Menciona: “...como lo expresó Peter Drucker, el gurú del capitalismo *light*, “la sociedad ya no salva”, sugiriendo (aunque más por omisión) que la responsabilidad de la condena tampoco corresponde a la sociedad: tanto la redención como la condenación son responsabilidad de cada uno, resultando de lo que cada uno, como agente libre, hace de su propia vida”.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 10. Dice: “Esa etapa de la carrera de la modernidad ha sido bien descrita por Claus Offe (en “The utopia of the zero option”, publicado por primera vez en 1978 en *Praxis International*): las sociedades complejas “se han vuelto tan rígidas que el mero intento de renovar o pensar normativamente su ‘orden’ -es decir, la naturaleza de la coordinación de los procesos que se producen en ellas- está virtualmente obturado en función de su futilidad práctica, y, por lo tanto, de su inutilidad esencial”.

base “disciplinaria” que cruza transversalmente toda la sociedad, jerarquizándola y ordenándola.²⁷

El “modelo” óptimo para lograr el control de la “corriente” fue el “panóptico”. Operaba bajo el supuesto de tener que vigilar para luego castigar. Comprometía al “poder” con los “disciplinados”. En una versión más moderna, el disciplinado ya no necesita ser controlado para obedecer, y, por el contrario, es el propio “ente” en principio controlado quien pasa a controlar a quien pretenda “desertar de sus filas”.²⁸

El control entre “iguales”, el control de la sociedad por la sociedad misma, es otra genialidad con marca registrada en la modernidad. Actuamos como si los otros fueran “apestados”, a los que hay que mantener controlados para no contaminarnos.²⁹ La conducta social se asimila de esta manera a la conducta del privado de libertad: cuidándonos de los “otros”, no cuidando a los “otros”.

La nueva modalidad es acogida con aplausos, entre otras cosas, por una gran razón: el “panóptico” es más “costoso”. La pregunta ¿para quién es más costoso? simplemente no existe. “Como afirmara recientemente Thomas Mathiesen, la poderosa metáfora del panóptico de Bentham y Foucault ya no representa la manera en que funciona el poder. Mathiesen señala que hemos pasado de una sociedad estilo panóptico a otra estilo *sinóptico*: se han invertido los roles, y ahora muchos se dedican a observar a unos pocos”³⁰.

²⁷ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 255, dice: “La modalidad panóptica del poder –al nivel elemental, técnico, humildemente físico en que se sitúa-, no está bajo la dependencia inmediata ni en la prolongación directa de las grandes estructuras jurídico-políticas de una sociedad, aunque tampoco es, sin embargo, absolutamente independiente. [...] Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios, estaban, en forma subyacente, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos estos sistemas inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas”

²⁸ BAUMAN, Zygmunt, *ibid.*, pp. 15, dice: “El panóptico era un modelo de confrontación entre los dos lados de la relación de poder. Las estrategias de los jefes, -salvaguardar la propia volatilidad y rutinizarse el flujo de tiempo de sus subordinados- se fusionaron. Pero existía cierta tensión entre ambas tareas. La segunda tarea ponía límites a la primera: ataba a los “rutinizadores”, al lugar en el cual habían sido confinados los objetos de esa rutinización temporal”

²⁹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 230, dice: “Para hacer funcionar de acuerdo con la teoría pura los derechos y las leyes, los juristas se imaginaban en el estado de naturaleza; para ver funcionar las disciplinas perfectas, los gobernantes soñaban con el estado de peste”.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt, *ibid.*, pp. 92, que cita a Thomas Mathiesen, “The viewer society: Michel Foucault’s ‘Panopticon’ revisited”, en: *Theoretical Criminology*, 1/2, 1997, pp. 215-234.

6. CIVILIDAD Y CÁRCEL

Las coincidencias vistas entre algunos comportamientos sociales y comportamientos de los privados de libertad no son fortuitos. Se debe a la nueva dimensión de los controles sociales, que parecen estar extendidos y “naturalizados” a nivel básico, casi “subconsciente”. El entorno puede perder las características de civilidad que antaño se le atribuía al espacio público, y que siempre se le negó al privado de libertad.

Bauman se pregunta: “¿Pero qué significa que el entorno urbano sea “civil” y, por lo tanto, un sitio hospitalario para la práctica individual de la civilidad? Significa, fundamentalmente, la provisión de espacios que la gente puede compartir, como *personae pública* –sin que se la inste, presione u obligue a quitarse la máscara y “soltarse”, “expresarse”, confesar sus sentimientos íntimos y exhibir sus pensamientos, sueños y preocupaciones más profundos-”³¹

Un entorno “históricamente controlado”, desprovisto de las características necesarias para ser domesticado, evidentemente no será apropiado para “provocar” que las conductas sociales, “civiles”, se desarrollen. Si bien los espacios “*intra muros*” que ocupan los privados de libertad están destinados a ser compartidos, la falta de privacidad y la imposibilidad de conseguir “espacios” individuales para poder “sacarse la máscara” de civilidad, provocan que los “espacios compartidos” en la privación de libertad no sean públicos. Será cuestión de tiempo (y dependiendo de las circunstancias no se necesitará mucho de tiempo) para que el privado de libertad empiece a sentir los efectos del encierro.

Parece factible pensar que a quienes “les toca pasar” por una “privación de libertad” (en general), y en especial cuando fue causada como resultado de una pena, provoca en ellos un “trauma” tal que torna incapaces de volver a ponerse otra “máscara de civilidad”. Provoca exactamente lo contrario a la finalidad proclamada por la ley (y no olvidemos que esa finalidad es directamente establecida, o sea

³¹ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 104.

obligada, por la ley). Como se dice comúnmente, las prisiones son “escuelas de delito”, y quienes allí caen se perfeccionan en las “malas artes”.

La “novedad” en la visión “panoptical” planteada por Foucault no fue admitir esta afirmación como verdad, sino justificarla como una elemental “tecnología del poder” para administrar y controlar la delincuencia, no para suprimirla.³² Pero incluso esta “tecnología” se ha vuelto obsoleta. La “modernidad líquida” ha revertido la perspectiva del poder respecto del movimiento, de tal suerte que “inmovilizar” es más costoso que “abandonar”. En tiempos de escases la “guerra de guerrillas” supera al heroico “sitio” de Troya.³³

Las correccionales, o cárceles, o prisiones, o centros de privación de libertad, constituidos bajo el “principio de economía”, construidos para “economizar”, son en su naturaleza “des-habilitadores”, no “re-habilitadores”. No importa a quién adiestremos para “administrarlas”. La privación de libertad, con su consecuente control y disciplina, limitará el movimiento en el “espacio físico”, y esa limitación “despoja” de civilidad, y la posibilidad de rehabilitación, a quien lo frecuente.³⁴ Sumada al “impedimento de locomoción” se encuentra toda la “jerarquización” implementada por la ley (y las disciplinas) para “someter” al reo a sus designios.

6.1. VIDA EN CÁRCEL

Es necesario reconocer que el optimismo generado por los cambios en los “modos de pensar” son legítimos, y que muchos “revolucionarios” y entendidos han

³² FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 308. “La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas o se les imponga un trabajo inútil, para el cual no encontrarán empleo, es de todos modos no “pensar en el hombre en sociedad; es crear una existencia contra natura inútil y peligrosa”; se busca que la prisión eduque a los detenidos; pero un sistema de educación que se dirige al hombre ¿puede razonablemente tener por objeto obrar contra lo que pide la naturaleza? La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder”

³³ BAUMAN, Zygmunt, *ibid.*, pp. 126, dice: “El espacio ya no limita la acción ni sus efectos, y cuenta muy poco o nada en absoluto. Ha perdido su “valor estratégico”, como dirían los expertos militares”.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt, *ibid.*, pp. 113., dice: “Si es imposible evitar la proximidad física –compartir un espacio–, tal vez se la pueda despojar de su cualidad de “unión”, con su permanente invitación al diálogo y la interacción.”

defendido el estado de las cosas, tal como están, con argumentos. ¿Por qué no iban a funcionar las disciplinas para “corregir” a quienes se han “separado del camino del bien”? Y básicamente ¿Por qué no iba a servir todo el aparataje disciplinario en la cárcel si ha servido tan bien en la vida cotidiana? Las disciplinas efectivamente funcionan en la sociedad moderna, pero su aplicación en la privación de libertad olvida que ésta se convierte en un régimen de excepción.³⁵

Por eso la sociedad se pregunta, y muchas veces se opone, entre otras cosas, a la posibilidad del trabajo remunerado de los privados de libertad. En la Constitución ecuatoriana se contempla al trabajo como un derecho del privado de libertad³⁶, como tal debe garantizarse su prestancia con todos los beneficios y responsabilidades que implica. Pero las dificultades para conseguirlo son virtualmente insuperables. Tanto opositores como colaboradores de estas “innovadoras” ideas se oponen a un trabajo, que si bien puede ser remunerado, trae o necesita de la intromisión de capitales privados para que se lleven a efecto, etc. Y se reclama, y no sin razón, que no puede preferirse el trabajo para los “presos” cuando la gente “de bien” no lo tiene.³⁷

La preocupación por la garantía y efectiva aplicación de los derechos es un problema de nosotros, los “abogados”. El problema que deben enfrentar los privados de libertad, día a día, es más simple e inmediato: sobrevivir. Por eso es común encontrarlos en “secciones” separadas, o unidas, generadas por “características comunes”, como el color de piel, la raza, la nacionalidad, la posición

³⁵ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 157, que cita a Richard Sennett, *the corrosion of character....*, ob. Cit., pp. 42-43, dice: “Concluye Sennett: “la rutina puede denigrar, pero también puede proteger; la rutina puede desarticular el trabajo, pero también puede articular una vida”.

³⁶ El número 5 del artículo 51 de la Constitución ecuatoriana dice: “Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: 5.- La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

³⁷ BAUMAN, Zygmunt, *ibid*, pp. 130, dice: “Ahora estamos viviendo otra “gran transformación”, y uno de sus aspectos más destacados es un fenómeno radicalmente opuesto al descrito por Polanyi: la “desencarnación” del trabajo humano que es la principal fuente de alimentación o el campo de pastura del capital contemporáneo. Ya no son necesarias las enormes y torpes instalaciones de vigilancia, del tipo del panóptico”.

económica, etc. La identificación étnica (etnicidad) se convierte en una de las fuerzas que salva de primera mano en la cárcel³⁸.

Nuevamente cabe preguntarse si esa “identificación étnica” es realmente una identificación. En un lugar en el que cada uno vela por sí mismo, siempre sospechando de los demás, la etnicidad también es despojada de su función social para quedar en “cáscara”. El mínimo intento por quebrar esa identificación surtirá efecto. Y con cierto recelo parece desbordar los muros de las prisiones esta “debilidad”.³⁹

7. PODER DE LA CÁRCEL

Pero la principal “zanja de separación” la provoca la ley. Son dos bandos encontrados y antagonistas de forma irremediable. Aunque el “juego de poderes” que se plantea entre los privados de libertad sea amplio (hasta ingenioso), siempre estarán del lado de los “débiles” porque el “sistema”, su contraparte, es poderoso, y por esta razón pueden darse abusos. La estrategia siempre consiste en el ocultamiento de quien observa y la visibilidad del observado⁴⁰.

Terminamos encontrando otra “analogía” para observar al poder. Cárceles o castillos, a pesar de estar de un lado y otro de la balanza, tienen funciones similares. Una de las maneras de simbolizar el “poder” por parte de quien la ejerce, consistió, y consiste, en edificar murallas⁴¹. Queda por preguntarse si esta práctica persistirá en el futuro.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt, *ibid.*, pp. 115, quien menciona: “Tallar un nicho significa, sin duda, y por encima de todo, una separación *territorial*, el derecho a un “espacio defendible” aparte, que necesita defensa, y que vale la pena defender precisamente porque está aparte —es decir, porque ha sido rodeado de puestos perimetrales armados que solo dejan entrar a gente “de la misma identidad” e impiden el acceso a los demás-.”

³⁹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 232, dice: “La multitud, masa compacta, lugar de intercambios múltiples, individualidades que se funden, efecto colectivo, se anulan en beneficio de una colección de individualidades separadas”.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 218, dice: “En cuanto al poder disciplinario se ejerce haciéndose invisible y, por el contrario, impone a aquellos a quienes somete un principio de visibilidad obligatorio”.

⁴¹ FOUCAULT, Michel, *ibid.*, pp. 135, dice: “El alto muro, no ya el que rodea y protege, no ya el que manifiesta, por su prestigio, el poder y la riqueza, sino el cuidadosamente cerrado, infranqueable en uno y otro sentido, y que encierra el trabajo ahora misterioso del castigo será, próximo y a veces

8. CONCLUSIÓN

Como toda disciplina, la Política Criminal de un país o región, requiere del monitoreo permanente de los resultados de sus proposiciones. Este monitoreo se realiza a través, entre otros medios, de la estadística de la información recolectada para el efecto. Pero esa información se vuelve inútil si las reglas o garantías rectoras no están suficientemente acordes a la realidad, y mucho menos si no están apegadas a la lógica. Por esa razón no pueden descuidarse estas dos dimensiones de estudio al momento de proponer planes o leyes.

La proposición “El **sistema de rehabilitación social** tendrá como finalidad la **rehabilitación** integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad” constante en el artículo 201 de la Constitución ecuatoriana puede ser un mandato de imposible aplicación.

La imposibilidad se fundamenta en la incompatibilidad existente entre la pena de privación de libertad y la rehabilitación del penado. Y pueden ser incompatibles estas ideas porque la primera (la pena de privación de libertad) no “civiliza”, y la segunda (la rehabilitación) como finalidad de la pena requiere otros presupuestos a los provocados por la privación de libertad.

Aparte de la incompatibilidad señalada, la privación de libertad se enfrenta a nuevos retos en la “modernidad líquida”. Importa si los ataques a esta práctica se realizan con bases “humanistas” o “económicas”, porque la “prisión” ha sabido contestar a todas ellas y mantenerse incólume. Y también es importante aprender a “leer” en todo el “entramado” social y “sujetar” a la ley (especialmente si es la Ley Suprema) a nociones claras y de factible aplicación y utilidad práctica.

incluso en medio de las ciudades del siglo XIX. La figura monótona, a la vez material y simbólica, del poder de castigar”.

Visto así el problema, resulta preocupante despojar de alguna finalidad ulterior a la privación de libertad, porque si ésta persiste como un simple “bodegaje de personas”, las “prisiones” se convierten en brújulas donde el norte representa el regreso al inicio de toda esta discusión. Y una vez más el “gran encierro” habrá “ganado la batalla”.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, “*Modernidad Líquida*”, Fondo de Cultura Económica – México, décima reimpresión – Buenos Aires, Argentina, traducido por Mirta Rosemberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, 2009.
- FOUCAULT, Michel, “*vigilar y castigar / nacimiento de la prisión*”, Siglo veintiuno editores, segunda edición revisada y corregida, traducido por Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires – Argentina, 2008.
- PUIG, Mir S. y otros, “*Política Criminal y reforma del Derecho Penal*”, Editorial TEMIS Librería, Bogotá – Colombia, 1982
- SOLER, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, Tipográfica Editora Argentina, décima reimpresión, Tomo I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires – Argentina, 1992.

Leyes

- CONSTITUCIÓN de la REPÚBLICA del ECUADOR, Nueva Codificación, El Forum Editores, Quito – Ecuador, 2009.