

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 17 / Julio 2022



FACULTAD DE
DERECHO

CRISIS CARCELARIA: ANÁLISIS, CRÍTICA Y PROPUESTAS

- **Pessoas com deficiência, encarceramiento e proteção Interamericana de Direitos Humanos**
- **Recursos ilusorios**
Crisis carcelaria en Ecuador y efectividad del sistema de garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad
- **Jurisprudencia constitucional y crisis carcelaria en Ecuador**
Revisión de los parámetros estructurales desarrollados por la Corte Constitucional del Ecuador
- **Prisión preventiva y candados legales**
El activismo judicial como un mecanismo de transformación de la justicia penal en Ecuador
- **Análisis de la prisión preventiva desde la perspectiva garantista**
Un estudio sobre sus categorías relevantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- **Habeas Corpus correctivo colectivo, una vía de solución práctica frustrada**
Respuesta a la crisis carcelaria actual: un ejercicio práctico
- **Círculo de castigo**
Una mirada a la prisión y a la desigualdad social en Ecuador

Cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho

RECTOR

Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León

DECANO

Álvaro Galindo

DIRECTOR ACADÉMICO

Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO

Lydia Andrés Oleas

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Dunia Martínez, PhD. Universidad de las Américas, Universidad Andina Simón Bolívar
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Marcela Da Fonte, PhD. Universidad de las Américas, Universidad Andina Simón Bolívar
- María Helena Carbonell Yáñez, PhD. Corte Constitucional del Ecuador
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba

- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg. (español)

Marcella da Fonte Carvalho, PhD. (portugués)

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Vladimir Villalba, ll.mm.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

Jorge Navarrete

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral (enero – julio, agosto – diciembre)

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones, donaciones o canjes dirigirse a:
Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho - Sede UdlaPark Este, subsuelo 4 - Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los y las autoras. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

Esta obra está bajo licencia Creative Commons 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0)

ISSN: 1390-8863

ISSN digital: 2737-6133

Arbitraje: Los artículos que conforman el número 17 de Cálamo, previo a su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Nuestro décimo séptimo número tiene como eje temático los derechos de las personas privadas de libertad, tema que es tratado en los siete artículos reunidos en la sección Dossier y en la entrevista que realiza uno de los coordinadores de esta sección, David Cordero-Heredia, al ex juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría. Las reflexiones y discusiones desarrolladas en estos textos son especialmente necesarias en un contexto de crisis carcelaria en el Ecuador, que comparte importantes elementos con otros países de la región donde la realidad de las cárceles es igualmente crítica.

La sección reúne varios artículos escritos por investigadores y académicos independientes, de diferentes universidades del Ecuador, junto con un artículo de André Luiz Pereira Spinieli, investigador de la Universidad Federal de Río de Janeiro, en el que analiza la situación de las personas con discapacidad privadas de libertad. Y está precedida de una presentación en la que sus coordinadores, David Cordero-Heredia y Javier Arcentales Illescas, realizan un breve comentario del estado del arte del tema y ponen de relieve el aporte de cada uno de los artículos.

Se suman a este número tres artículos que conforman nuestra sección de temática abierta y la breve reseña escrita por Felipe Castro Tello del libro publicado, este mismo año, por Viviana Morales Naranjo y Adriana

Rodríguez Caguana: Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes del Ecuador, la India y Colombia; que trata otro tema urgente y de trascendencia internacional.

En el primer artículo de la sección Ensayo, Efrén Guerrero Salgado, docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, analiza la noción de zona de sacrificio usada en el activismo ambiental y propone su aplicación al contexto del conflicto armado actual en Ucrania. En el siguiente artículo, Juan José Arias Delgado busca dar pautas para comprender las acciones de observancia negativa de derechos de propiedad intelectual y su utilidad en Ecuador, a partir de un análisis de derecho comparado. Por último, cierra esa sección el artículo de Wesley Narváez Andrade, quien reflexiona sobre una de las causales de destitución de un operador de justicia en Ecuador: el requerimiento de declaración jurisdiccional previa como requisito de procedibilidad para la sanción de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable.

Nos complace invitarles a leer este número, esperando que resulte de su particular interés y seguros de aportar con él a importantes debates contemporáneos.

Finalmente, y como siempre, les invitamos a colaborar con nosotros en nuestros futuros números.

Alvaro Galindo
Decano de la Facultad de Derecho

Dossier

- **PRESENTACIÓN**
CRISIS CARCELARIA: ANÁLISIS, CRÍTICA Y PROPUESTAS 8
- **PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, ENCARCERAMENTO E PROTEÇÃO**
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 12
André Luiz Pereira Spinieli
- **RECURSOS ILUSORIOS**
Crisis carcelaria en Ecuador y efectividad del sistema de garantías nacionales e internacionales
para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad 24
David Cordero-Heredia y Carlos A. Carrillo Jaramillo
- **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CRISIS CARCELARIA EN ECUADOR**
Revisión de los parámetros estructurales desarrollados por la Corte Constitucional
del Ecuador 43
Javier Arcentales Illescas
- **PRISIÓN PREVENTIVA Y CANDADOS LEGALES**
El activismo judicial como un mecanismo de transformación de la justicia penal
en Ecuador 54
Paola Campaña Terán
- **ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA**
Un estudio sobre sus categorías relevantes en el ordenamiento jurídico
ecuatoriano y Sistema Interamericano de Derechos Humanos 69
Marcella da Fonte Carvalho
- **HABEAS CORPUS CORRECTIVO COLECTIVO, UNA VÍA DE SOLUCIÓN**
PRÁCTICA FRUSTRADA
Respuesta a la crisis carcelaria actual: un ejercicio práctico 82
Lyonel Calderón Tello
- **CÍRCULO DE CASTIGO**
Una mirada a la prisión y a la desigualdad social en Ecuador 98
Pablo D. Punín Tandazo

ÍNDICE

Ensayo

- **UCRANIA COMO “ZONA SACRIFICADA” EN EL DERECHO INTERNACIONAL** 114
Efrén Ernesto Guerrero Salgado
- **ACCIONES DE OBSERVANCIA NEGATIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL EN ECUADOR**..... 131
Juan José Arias Delgado
- **DOLO, MANIFIESTA NEGLIGENCIA Y ERROR INEXCUSABLE**
Una mirada a la sentencia N.º 3-19-CN/20 y la posterior reforma de diciembre de 2020 al Código Orgánico de la Función Judicial..... 141
Wesley Narvárez Andrade

Reseña

- **LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA DESDE UNA PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN LAS ALTAS CORTES DE ECUADOR, LA INDIA Y COLOMBIA** 158
Hacia la búsqueda de una justicia ecocéntrica
Felipe Castro León

Entrevista

- **LA CRISIS CARCELARIA SE ENFRENTA CON MÁS DERECHOS, NO CON MÁS SEGURIDAD**
Entrevista con Ramiro Ávila Santamaría 162
David Cordero-Heredia

DOSSIER

Handwritten signature

PRESENTACIÓN CRISIS CARCELARIA: ANÁLISIS, CRÍTICA Y PROPUESTAS

PRESENTATION PRISON SYSTEM CRISIS: ANALYSIS, CRITIQUE, AND POSSIBLE SOLUTIONS

APRESENTAÇÃO CRISE CARCERÁRIA: ANÁLISE, CRÍTICA E PROPOSTAS

David Cordero-Heredia* y Javier Arcentales Illescas**

El presente número nos enfrenta a una dolorosa realidad: la crisis carcelaria en Ecuador. Una mezcla de populismo penal, deficientes políticas sociales, falta de adecuada integración social y falta de empatía con las personas privadas de la libertad han generado un problema que desborda la capacidad de control estatal. Los hechos del 23 de febrero del año 2021 sacudieron a un sector de la sociedad que no había visto la emergencia de la situación carcelaria; ese día se produjo una masacre en la que fueron asesinadas 79 personas privadas de libertad en distintos centros penitenciarios del país. La crisis, que persiste, ha significado la muerte masiva de cientos de personas de forma cruel e inhumana dentro de espacios que debían estar controlados por el Estado. ¿Cómo llegamos a este punto?

Al iniciar su gobierno, Rafael Correa encontró un sistema carcelario en crisis: en el 2007 las 17.283 personas que se encontraban en las cárceles del país tenían que ocupar un espacio diseñado para aproximadamente 7.000 personas¹, y apenas 1 de cada 3 personas privadas de la libertad tenían sentencia (6.491

personas tenían sentencia, es decir el 38%, y 10.809 estaban siendo procesadas, esto es el 62%)². El sistema carcelario era además obsoleto, como lo ilustra la situación que se vivía en el penal García Moreno, en Quito, que cumplía ya más de 100 años³.

Un importante porcentaje de las personas entonces encarceladas lo estaba por delitos de microtráfico y tráfico de estupefacientes. Por ejemplo, del 80% de las mujeres encarceladas en la cárcel de El Inca, en Quito, habían sido condenadas o eran entonces investigadas por delitos relacionados con el microtráfico o el tráfico de pequeñas cantidades en maletas o en sus propios cuerpos (mulas); muchas de ellas eran madres solteras y empobrecidas⁴.

Frente a esta situación y bajo el impulso del entonces presidente, la Asamblea Constituyente de 2008 otorgó una amnistía a mulas y microtraficantes⁵. Esta acción logró disminuir significativamente el hacinamiento en las cárceles del país al permitir que personas que habían transportado o vendido menos de 2 kilos de sustancias estupefacientes recobraran su libertad. De

Cómo citar este texto: Cordero-Heredia, David y Javier Arcentales Illescas. 2022. "Presentación. Crisis carcelaria: análisis, crítica y propuestas". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 8-11.

* Tiene un PhD en Derecho y un postdoctorado por la Universidad de Cornell; es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en varias universidades, y autor de varios textos sobre derecho constitucional, derechos humanos y movimientos sociales. ORCID: 0000-0001-5633-9829. Coordinó el presente Dossier.

** Tiene un Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la UASB; es profesor invitado de la UASB, investigador y consultor en derechos humanos, movilidad humana, garantías jurisdiccionales, diversidades y grupos de atención prioritaria. Coordinó el presente Dossier.

1 "En el 2007 el crecimiento poblacional en las cárceles fue del 14% en el Ecuador", artículo publicado en el diario *El Universo* el 11 de agosto de 2008. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2008/08/11/0001/10/8F6DA017CFE5415999FE76D26E6FAC3E.html>

2 Pien Metaal. 2009. "Drogas y Cárceles Indulto de mulas en Ecuador, una propuesta sensata", en *Serie reformas legislativas en materia de drogas de la Washington Office on Latin America*. Disponible en: http://fileserv.idpc.net/library/Pardon-for-drug-mules-Ecuador_SPANISH.pdf

3 "Informe sobre la Asamblea Constituyente de la República del Ecuador", publicado por el Centro Carter, 5 de septiembre de 2008. Disponible en: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/informe_final_ac_-_centro_carter_distribuido.pdf

4 Edwards, Sandra. 2010. "Una breve historia de la legislación ecuatoriana de drogas y su impacto sobre la población penal en el país", en *Serie Reformas a las leyes de drogas en América Latina de la Washington Office on Latin America*. Disponible en: <https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/6-3/sistemas%20sobrecargados%20-%20completo%20ecuador.pdf>

5 *Ibíd.*

hecho, un tercio de la población masculina salió así en libertad, ya que estaban presos por haber cometido delitos menores relacionados con el tráfico de drogas.

Esta decisión fue bien recibida por quienes habíamos trabajado en el sistema carcelario, ya que conocíamos sus limitaciones y habíamos constatado cómo el sistema carcelario era un espacio de permanente vulneración de derechos humanos, de criminalización de la pobreza, racista, xenófobo y misógino; es decir, no cumplía con lo que su nombre plantea, rehabilitación social. En esa misma línea, los actores políticos de la época reconocieron que la cárcel era una forma de criminalizar la pobreza. Es así que en lugar de endurecer las penas, se elaboró un anteproyecto de código orgánico integral penal garantista desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sin embargo el impulso duró poco, ya que dicho anteproyecto nunca llegó a discutirse en la Asamblea Nacional y fue reemplazado por el actual código punitivista.

En un segundo momento se decidió modernizar el sistema carcelario. Para ello se invirtió más de 200 millones de dólares en la construcción de nueva infraestructura⁶. Esta inversión incrementó la capacidad del sistema de aproximadamente 7.000 personas⁷ a 30.169 personas⁸. Además, se hizo la promesa de una verdadera rehabilitación social, incluyendo amplios espacios para talleres, recreación al aire libre, trabajo en granjas, guarderías, etc.. Pero los resultados esperados no llegaron. Se pasó de un sistema obsoleto y reducido, pero con contacto humano, a uno monumental, frío y más violento. Ambos son incompatibles con la dignidad humana.

Las cárceles salieron de las ciudades, las visitas se redujeron, las organizaciones de derechos humanos fueron impedidas de continuar con su trabajo, y en pocos años el sistema carcelario –cuyo hacinamiento había

sido prácticamente erradicado con las amnistías a las mulas y microtraficantes– volvió a saturarse y llegó a generar un problema aún más grande. La reforma penal que siguió incluyó el incremento y acumulación de penas, y la limitación normativa y administrativa de los beneficios penitenciarios.

En 2015, con el fin de la bonanza petrolera que tuvo lugar durante el gobierno de Rafael Correa⁹, se realizaron recortes a los presupuestos de las megacárceles, que se hicieron cada vez más difíciles de controlar y de mantener. La cárcel de Latacunga es quizá una de las muestras más clara de esto. Se invirtieron millones de dólares ahí, pero no tiene servicio de alcantarillado ni agua potable; el extenso terreno debía ser utilizado para talleres, granjas y espacios verdes, pero en su lugar se siguieron construyendo edificios donde ahora se hacían más de 5.000 personas privadas de libertad.

Si bien el Estado nunca había estado del todo presente en las cárceles del país, las megacárceles hicieron esta realidad aún más evidente. Una de las políticas públicas en el ámbito penitenciario fue la eliminación de los comités de internos, que tuvo como consecuencia que el control de las cárceles fuera asumido por grupos organizados privados que incluyen en sus filas a miembros de la fuerza pública¹⁰.

La cárcel se ha convertido en un gran negocio: para los contratistas que las construyeron, para los contratistas que le proveen bienes y servicios, y para los grupos que venden drogas, papel higiénico, cepillos de dientes, colchones, cuchillos e incluso ametralladoras y armas largas automáticas y semiautomáticas. De este gran negocio lucran tanto grupos de internos, como autoridades públicas que renuncian a ejercer el control externo e interno de las cárceles y que permiten el paso de toda suerte de mercadería que se pueda obtener en el exterior. Así, dentro de la cárcel todo cuesta,

6 “Cárcel de Latacunga será un ‘búnker’ amurallado y con puertas blindadas”, en *Primicias*, s.f.. Disponible en: <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/reconstruccion-carcel-latacunga-ecuador/>

7 “En el 2007 el crecimiento poblacional en las cárceles fue del 14% en el Ecuador”, artículo publicado en el diario *El Universo* el 11 de agosto de 2008. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/2008/08/11/0001/10/8F6DA017CFE5415999FE76D26E6FAC3E.html>

8 Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. *Estadísticas*. Disponible en: <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

9 España, Sara. “La caída del petróleo acerca a Ecuador a la recesión. El presidente Rafael Correa admite que la economía ecuatoriana se está estancando”, en *El País*, 19 de septiembre de 2015. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/09/19/actualidad/1442615187_094855.html

10 Manrique, Alina. “Delitos policiales: la ineficiente depuración en Ecuador”, en *GK*, 25 de julio de 2022. Disponible en: <https://gk.city/2022/07/25/delitos-policia-depuracion-corrupcion/>

por lo que se reproduce la desigualdad existente fuera de sus muros.

Esa es la situación que encontró a su vez el presidente Lenín Moreno en el año 2017, quien siguió reduciendo el presupuesto para el sistema de rehabilitación social y desarticulando la institucionalidad a cargo de los centros de privación de la libertad. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, encargado de la política pública de rehabilitación social, fue reducido a una secretaría. Además, durante la pandemia del COVID-19 las reducciones se incrementaron, lo cual agravó la crisis.

Las masacres que se han ocurrido desde el 2021 ilustran la relación entre las megacárceles, la falta de inversión y la violencia. Para el actual gobierno, el escenario poco ha cambiado y, por el contrario, parece que los problemas se agudizan. En este marco, la declaratoria de estados de excepción como una herramienta para controlar la violencia dentro de los centros de privación de libertad ha sido recurrente. Pero esta medida, a fin de cuentas, ha demostrado ser poco efectiva, pues los hechos de violencia no disminuyen. El recurso al control y la represión no muestra resultados.

En este contexto, las megacárceles parecen consolidarse como basureros humanos de la sociedad ecuatoriana, donde se desechan a miles de personas para sostener discursos que van desde la supuesta lucha contra las mafias internacionales, la criminalidad en contra de la propiedad como elección y los crímenes en contra de la vida como productos de la maldad. Estos discursos sostienen que quien viola la ley es una persona esencialmente malvada, que el delincuente es una persona que frente a todas las oportunidades que se le ofrecen opta por romper la ley. Así, si la maldad y el libre albedrío son las razones del delito, la mano dura en contra de la delincuencia es una medida popular y fácil. Esta narrativa es nociva, ya que impide entender las profundas desigualdades sociales estructurales y las diversas causas y complejidades de los comportamientos delictivos y del sistema punitivo y carcelario.

Parecería ahora que retomar el control del sistema carcelario no es una prioridad para el Estado, como

lo demuestran las decenas de armas que se incautan en cada requisita. Frente a la experiencia y a la literatura académica sobre el tema, es claro que atender el problema requiere además reforzar los servicios sociales, disminuir radicalmente la población carcelaria e invertir en los componentes de rehabilitación social del sistema; acciones que no se han tomado hasta el momento.

Tenemos como sociedad una deuda histórica con aquellas personas cuyas vidas son sacrificadas en las cárceles. Y la academia tiene una deuda particular: seguimos enseñando en las facultades de jurisprudencia el derecho penal de manera mecánica y poco crítica, como si los tecnicismos y teorías nos permitiesen alejarnos de compresiones más profundas y estructurales, del hecho de que los procesados son seres humanos y que sus familias son también severamente castigadas. Esperamos que los textos incluidos en este Dossier sean un abono para pagar esa deuda.

En efecto, la motivación para coordinar este Dossier fue acercarnos de forma crítica a este problema urgente y asumir el Derecho como una de sus causas. Los artículos recogidos muestran distintas miradas a la crisis. Marcella da Fonte Carvalho presenta en su artículo categorías analíticas relevantes para estudiar la institución de la prisión preventiva. Su investigación aporta para reforzar el principio de excepcionalidad de esta medida, cuyo abuso ha sido observado por las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y es una de las causas del hacinamiento en los sistemas carcelarios de las Américas.

En la misma línea, Paola Campaña Terán analiza en su artículo la normativa relacionada con la prisión preventiva, en especial la que tiene relación con exclusiones de la excepcionalidad en ciertos casos, lo que sería desde su punto de vista una configuración normativa contraria a los estándares de protección internacionales desarrollados respecto de la prisión preventiva y el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación.

La igualdad y no discriminación son abordadas también por André Luiz Pereira Spinieli en su artículo sobre los derechos de las personas privadas de libertad

con discapacidad. En este trabajo se destaca cómo los espacios de reclusión no están pensados para potenciar el uso adecuado del tiempo de rehabilitación, sino que, por el contrario, son espacios hostiles, donde las personas con necesidades de atención prioritaria sufren con mayor intensidad el abandono estatal y la exclusión social. El autor concluye que existe la obligación de garantizar espacios arquitectónicos adecuados para asegurar el goce de todos los derechos no suspendidos por la sentencia condenatoria o la medida cautelar privativa de la libertad.

Por su parte, Pablo Punín Tandazo introduce una discusión criminológica sobre la relación entre la prisión y la desigualdad social. Plantea que la existencia misma de las cárceles genera una vulneración sistemática de derechos a grupos sociales menos favorecidos. Concluye el texto con una discusión sobre la legitimidad de mantener la privación de la libertad como la principal sanción del sistema jurídico y se pregunta si su continuidad estaría deslegitimada por la falta de cumplimiento de los objetivos sociales planteados a la hora de crear los tipos penales.

Los tres artículos restantes abordan la interrelación entre los derechos de las personas privadas de la libertad y las garantías jurisdiccionales. Javier Arcentales Illescas hace un repaso de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de derechos de las personas privadas de la libertad, con énfasis en las medidas que se han ordenado y que, a criterio de la Corte, podrían coadyuvar a la solución de la crisis carcelaria. El autor concluye que el reto de la justicia constitucional será la implementación de estas medidas.

Por su parte, Lyonel Calderón Tello aborda la institución del *habeas corpus* colectivo correctivo como un mecanismo eficaz para tutelar los derechos de las personas privadas de libertad en el contexto de la crisis. En este sentido, el autor relata su propia experiencia como abogado de uno de los procesos judiciales

emblemáticos durante el apogeo de la crisis y las respuestas limitadas de los operadores de justicia, así como la constante posición de justificación de las instancias del Estado que se niegan sistemáticamente a reconocer su responsabilidad.

David Cordero Heredia y Carlos Carrillo Jaramillo hacen un recorrido por los distintos mecanismos nacionales e internacionales que se activaron antes y durante la crisis penitenciaria, la respuesta de los órganos receptores y la implementación de las medidas ordenadas. Los autores concluyen que el escaso cumplimiento de estas decisiones nos muestra la falta de voluntad política de las entidades involucradas de abordar el problema, así como de las instancias judiciales de ejecutar sus propias decisiones. En suma, se afirma que las vidas de las personas privadas de la libertad no son prioritarias para el Estado.

Finalmente, la entrevista a Ramiro Ávila Santamaría nos presenta el testimonio de un académico comprometido con cambiar la realidad de las cárceles ecuatorianas desde el activismo, la academia y la más alta magistratura del país. El abandono de las cárceles no es nuevo, sino que responde al uso y abuso de una institución que simplemente no cumple con las funciones manifiestas para la que fue creada, pero que sigue cumpliendo sus funciones latentes de control y sostenimiento del *status quo*.

Con estos artículos esperamos abrir espacios de debate que deben multiplicarse dentro del mundo jurídico y de otras áreas del conocimiento, pues urge un enfoque interdisciplinario que permita una mejor y profunda comprensión de esta realidad. Solo mediante el conocimiento científico de la crisis y el desarrollo de una visión humanista de los problemas que causan la marginalidad y la criminalidad, puede nuestra sociedad acercarse a una convivencia más pacífica, segura y humana, en la que prevalezcan los derechos humanos de todas y de todos.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, ENCARCERAMENTO E PROTEÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ENCARCELAMIENTO Y PROTECCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PEOPLE WITH DISABILITY, INCARCERATION AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS PROTECTION

*André Luiz Pereira Spinieli**

Recibido: 3/V/2022

Aceptado: 21/VI/2022

Resumen

Personas privadas de libertad con discapacidad son introducidas en escenarios inaccesibles que exponen múltiples problemáticas que obligan a la suspensión de los derechos humanos. Analizamos la construcción de estándares interamericanos destinados a proteger estas personas, teniendo como referencia las discusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, 2016. Utilizamos la investigación documental descriptiva para demostrar que personas con discapacidad encarceladas enfrentan espacios que combinan diferentes formas de inaccesibilidad, abriendo márgenes a situaciones de exclusión social y dificultad en el ejercicio de sus derechos. Finalmente, afirmamos que el Estado es responsable de construir espacios arquitectónicamente adecuados para las personas privadas de libertad con discapacidad.

Palabras clave: Derechos humanos; Personas con discapacidad; Privación de libertad; Accesibilidad; Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Abstract

People with disabilities deprived of liberty are introduced into inaccessible scenarios that expose multiple

problems that force the suspension of human rights. We analyze the construction of Inter-American standards aimed at protecting these people, taking as a reference the discussions of the Inter-American Court of Human Rights in the case of Chinchilla Sandoval v. Guatemala, 2016. We use descriptive documentary research. Imprisoned people with disabilities face spaces that combine different forms of inaccessibility, opening margins to situations of social exclusion and difficulty in exercising their rights. There is a state responsibility to build architecturally adequate spaces for persons deprived of liberty with disabilities.

Key words: Human rights; People with disabilities; Incarceration; Accessibility; Inter-American Human Rights System

Resumo

Pessoas com deficiência encarceradas estão introduzidas em cenários inacessíveis que expõem múltiplos problemas que forçam a suspensão dos direitos humanos. Analisamos a construção de standards interamericanos voltados à tutela das pessoas com deficiência encarceradas, tendo como referência as discussões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, de

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA). Bacharel e Licenciado em Filosofia pelo Instituto Santo Tomás de Aquino (ISTA/Belo Horizonte). Professor de História da Filosofia Contemporânea no Instituto Agostiniano de Filosofia (IAF/Franca). Pesquisador do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA/UFRJ). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Internacional (GPDI/UFRJ). E-mail: andre.spinieli@unesp.br

Cómo citar este artículo: Spinieli, André. 2022. "Pessoas com deficiência, encarceramento e proteção interamericana de direitos humanos". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 12-23.

2016. Utilizamos a pesquisa descritiva documental, para demonstrar que pessoas com deficiência encarceradas se deparam diariamente com espaços que conjugam diferentes formas de inacessibilidade, abrindo margem para situações de exclusão social e dificuldade de exercício de seus direitos. Por fim, afirmamos que há responsabilidade

estatal de construir espaços arquitetonicamente adequados para pessoas com deficiência encarceradas.

Palavras chave: Direitos Humanos; Pessoas com deficiência; Privação de liberdade; Acessibilidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

Na condição de sujeitos vulneráveis, as pessoas com deficiência foram historicamente expostas a diferentes formas de violação de seus direitos humanos (Lazarte 2020, 206). Os episódios que vitimam essa população estão associados tanto à construção de obstáculos sociais à participação ativa dessas pessoas junto aos projetos da comunidade política em que estão inseridas (Rimmerman 2013, 33) quanto à formulação cotidiana de uma filosofia capacitista, que se torna um dos principais elementos discursivos utilizados para sustentar a exclusão das pessoas com deficiência (Burton, Kagan y Clements 1995, 8-13). A inauguração de documentos jurídicos protetivos em nível internacional buscou desnaturalizar esse cenário de exclusões concretas e inclusões abstratas das pessoas com deficiência, reconhecendo não apenas um rol de direitos humanos que detêm esses sujeitos, mas também novas dimensões da cidadania e da participação comunitária, forjadas a partir de um princípio de igualdade (Fávero 2007, 13; Leite 2012, 46).

Apesar do reconhecimento em nível internacional de novos direitos humanos para as pessoas com deficiência e da transmutação de paradigmas corponormativos e excludentes para modelos que se pautam no princípio de inclusão social (Palacios y Bariffi 2007, 20), há situações nas quais esses sujeitos estão inseridos que permanecem invisibilizadas no debate social e acadêmico. Um dos fenômenos que exemplificam esse estado de coisas diz respeito ao encarceramento inacessível de pessoas com deficiência: altas taxas de encarceramento, introdução em espaços que não respeitam os critérios mínimos de acessibilidade, inviabilidade de acesso e exercício de direitos e produção de estigmas são elementos que permeiam a questão da privação de liberdade

das pessoas com deficiência (Spinieli 2021, 19). Essa questão tem ganhado relevância em meio às narrativas construídas pelos organismos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos não apenas pela construção de uma jurisprudência sobre direitos humanos das pessoas com deficiência, mas principalmente pela necessidade de se estabelecer novos estândares protetivos para a região.

A temática ganhou maior destaque na região interamericana no ano de 2016, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) esteve em contato direto com o assunto do encarceramento inacessível de pessoas com deficiência a partir do caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. A demanda narra os episódios de violação de direitos de uma mulher guatemalteca privada de liberdade que, contando com severos problemas de saúde e refém da negligência estatal e prisional em relação ao agravamento de seu quadro de diabetes, foi submetida a intervenção cirúrgica para remoção de membro inferior, tornando-se pessoa com deficiência física (Corte IDH 2016, 53; Rocca 2017, 103). Ao retornar para o sistema carcerário, a vítima experimentou diversas barreiras de ordem arquitetônica, comunicacional e atitudinal, que impediram o exercício de seus direitos e ocasionaram sua morte (Rocca 2017, 103). O caso em questão possui importância central no debate sobre privação de liberdade de pessoas com deficiência na região interamericana, uma vez que provocou a Corte IDH a se manifestar sobre o tema e, conseqüentemente, fornecer novas interpretações ao direito à acessibilidade (Corte IDH 2016, 113).

A proposta deste trabalho é analisar a construção de estândares interamericanos responsáveis pela proteção

das pessoas com deficiência encarceradas, tendo como principal referência as narrativas construídas pela Corte IDH na ocasião do julgamento do caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, em 2016. Em termos metodológicos, este estudo se vale da pesquisa descritiva documental, cujo desenvolvimento é realizado conforme a literatura específica sobre os direitos das pessoas com deficiência privadas de liberdade e as interpretações apresentadas pela Corte IDH nas situações em que se debruçou sobre a temática dos direitos dessa população. Utilizamos prioritariamente trabalhos científicos que dialogam com as diferentes perspectivas dos direitos humanos das pessoas com deficiência, com destaque para aqueles

que discutem a evolução paradigmática no contexto de atuação da Corte IDH e dos demais organismos interamericanos. Além disso, também recorreremos às sentenças interamericanas pertinentes à temática de encarceramento de pessoas com deficiência. Para atingir os objetivos traçados, este artigo é dividido em três tópicos: no primeiro, realizamos uma aproximação à temática do exercício de direitos humanos pelas pessoas com deficiência na região interamericana; no segundo, discutimos o problema do encarceramento de pessoas com deficiência, objetivando compreender o fenômeno; no terceiro, analisamos o caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala e a afirmação de padrões protetivos pela Corte IDH.

EXERCÍCIO DE DIREITOS HUMANOS PELAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA REGIÃO INTERAMERICANA: ASSIMILAÇÃO DO PARADIGMA SOCIAL

A construção e os níveis de exercício dos direitos humanos no cenário interamericano obedecem a elementos históricos de dominação impostos pelos metropolitanos em face dos colonos. O desenvolvimento histórico da região demonstrou que os reflexos da submissão jurídica e social dos povos originários se manifestaram na exclusão do pensamento jurídico pluralista, que deu espaço à introdução de uma concepção de direito monista, responsável não apenas por negar a cultura jurídica local, mas também por afirmar uma contínua colonização do direito. A infiltração do positivismo jurídico no âmbito das relações sociais interamericanas tem como principal elemento a vinculação de atores e instituições de direito às estruturas de direito formalistas, burocráticas, de orientação pós-violatória (Borges 2012, 83), que se releva na assimilação de tutelas de direitos humanos posteriores à violação. Esse estado de coisas que atingiu as sociedades interamericanas fundamentou a manutenção de práticas coloniais, de enfraquecimento do potencial emancipatório dos direitos humanos a partir da ruptura com uma cultura própria de direitos

e da imposição de um modelo de cultura universal, associada aos cânones de grupos hegemônicos.

O estabelecimento desse quadro para a proteção e o exercício de direitos humanos na região interamericana influencia diretamente a posição social de grupos minoritários e vulneráveis, uma vez que reduz sua possibilidade de figurarem socialmente como atores competentes e que merecem a mesma estima reservada para grupos hegemônicos. No mesmo sentido, a sedimentação de bases conservadoras na tratativa dos direitos humanos na região interamericana, seja pela ascensão de regimes de exceção ou pela manutenção de espaços nos quais a violação de direitos constitui regra, como se dá em relação ao sistema carcerário, remonta aos momentos que marcaram o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano e da afirmação dos direitos humanos na região¹ (Gargarella 2015, 97).

À imagem e semelhança de outras minorias e grupos vulneráveis, a introdução das pessoas com deficiência no contexto interamericano e sua relação com os

1 No contexto interamericano, a construção dessas garantias teve como marco a dificuldade de associar cidadania e direitos humanos como elementos que atuam em simbiose, já que a história nos mostra que tardou para que se levasse em consideração a importância das lutas sociais por direitos e das ações transformadoras e emancipatórias. Apesar disso, a evolução dos direitos humanos em meio às comunidades interamericanas demonstra um paulatino avanço em relação às populações marginalizadas e estigmatizadas, que devem ser compreendidas como aquelas que se posicionam socialmente de acordo com critérios diferenciadores e que fomentam o aumento do desamparo jurídico-social (Pizarro 2001, 10).

níveis de exercício de direitos humanos está associada às vulnerabilidades produzidas na região a partir de elementos históricos, sociopolíticos, jurídicos e culturais. No início deste século, os índices de pessoas com deficiência já demonstravam a presença massiva desses sujeitos na região interamericana, representando a necessidade de articular políticas sociais e legislativas suficientes à proteção dessas pessoas em condições de igualdade com outros sujeitos sociais (Alva 2011, 14). Aliás, as pessoas com deficiência ganharam visibilidade na América Latina nos últimos tempos, especialmente em virtude da entrada em vigor de documentos protetivos² (González y Alva 2014, 69).

Os temas relativos aos direitos humanos das pessoas com deficiência na região interamericana foram atingidos por uma revolução ocorrida no âmbito da filosofia social. Essa mudança de paradigma fomentou o estabelecimento de importantes mecanismos filosóficos, políticos e jurídicos responsáveis por introduzir as temáticas afins aos direitos das pessoas com deficiência no debate público, na ação política e na construção da jurisprudência pelos organismos regionais. A alteração de paradigmas não apenas garantiu ao grupo maior visibilidade em relação aos cenários de violação de direitos que estavam inseridos, mas também provocou reformas no modelo de abordagem das deficiências, que abandonou os enfoques assistencialista e biomédico, responsáveis por conceber as pessoas com deficiência como vítimas das decisões divinas, objetos de caridade ou representações biologicamente distorcidas do ser humano, para assumir o paradigma social como valor-guia para a formação de políticas e legislações protetivas, cuja base está associada ao entendimento da deficiência enquanto construto social e que depende de duas variáveis para ser reconhecida: limitações funcionais do corpo humano e barreiras impostas pelo ambiente (Lopes 2009, 92; Leite 2012, 48-49).

Diferentemente dos paradigmas que conceituavam a pessoa com deficiência a partir de critérios cononormativos (Diniz 2007, 22-23), as premissas

do paradigma social operam a partir da ideia de que as causas originadoras da deficiência não são individuais, mas sim sociais (Palacios y Bariffi 2007, 19-20). Consequentemente, significa afirmar que não são as limitações individuais que caracterizam alguém como pessoa com deficiência, mas sim as limitações produzidas pela própria sociedade, que se traduzem nas diferentes formas de barreiras existentes (Palacios y Bariffi 2007, 20). O paradigma social não nega a existência das deficiências, mas apenas as introduz na esfera social. A introdução do paradigma social na esfera dos estudos sobre deficiência (*disability studies*) remonta às décadas de 1960 e 1970, nas quais grupos de pessoas com deficiência passaram a se organizar comunitariamente para a formação de associações, tendo como principal nome do movimento o sociólogo e pessoa com deficiência física Paul Hunt (Diniz 2007, 13).

A construção desse paradigma se vale da noção de estigma, desenvolvida por Erving Goffman, que designa serem os corpos espaços sinalizados por papéis a serem exercidos socialmente pelos indivíduos, de modo que algumas dessas funções sociais têm suas importâncias limitadas pela ação de outros sujeitos (Diniz 2007, 13).

Na contemporaneidade, há dois indicativos da introdução do paradigma social de deficiência em meio às sociedades interamericanas. O primeiro diz respeito à Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999, que foi internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto nº. 3.956/2001. De acordo com esse documento, o conceito de deficiência representa uma restrição física, mental ou sensorial, permanente ou transitória, que traz limitações à pessoa em relação ao exercício de atividades essenciais da vida diária, que podem ser causadas ou agravadas pelo ambiente econômico ou social. Essa noção se aproxima do paradigma social na medida em que compreende a deficiência como decorrência dos fatores sociais que

2 Las personas con discapacidad han logrado una visibilidad creciente en América Latina en los últimos tiempos, sobre todo durante la década pasada. La mayor visibilización se encuentra estrechamente relacionada con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, pero más que por su aprobación a fines de 2006, cuyo valor es innegable, ha ido avanzando junto con el extenso y complejo proceso que condujo a este instrumento. Como todo proceso social, este experimentó avances, retrocesos, contradicciones, obstáculos y fue objeto de negociaciones, hasta que maduró el consenso amplio sobre su necesidad (González y Alva 2014, 69).

limitam o acesso da pessoa com deficiência aos seus direitos humanos. O segundo indicativo corresponde à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, internalizada no direito brasileiro a partir do Decreto nº. 6.949/2009. O conceito de pessoa com deficiência é registrado como o sujeito que possui impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e que, na interação social, tem sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com outras pessoas obstruída pelas barreiras.

Podemos afirmar então que a fixação do paradigma social de deficiência possui relevância para o exercício de direitos humanos por esses sujeitos na região interamericana. Contornando os sentidos históricos da produção normativa e cultural em direitos humanos nesses espaços, cujo potencial emancipatório foi reduzido, a introdução do paradigma social como orientador de políticas sociais e legislativas sobre pessoa com deficiência retira da esfera das invisibilidades determinadas situações que afetam o acesso desses sujeitos aos seus direitos (Belvedere 2002, 242).

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PRIVADAS DE LIBERDADE: ENTRE O INVISÍVEL E O INACESSÍVEL

A falência das instituições carcerárias no cenário interamericano decorre de múltiplos fatores que interagem entre si para a construção de um espaço inóspito e no qual os direitos humanos não possuem qualquer validade emancipatória. As unidades prisionais latino-americanas se conformam diariamente com altas taxas de violência, mortes e outros delitos que ocorrem internamente, os quais repercutem na esfera externa ao cárcere em razão das instâncias de poder que operam dentro e fora desse espaço. Além disso, há significativos episódios de violação de direitos humanos tanto das pessoas privadas de liberdade entre si quanto aquelas perpetradas por funcionários e gestores prisionais (Carranza 2012, 31). Na região interamericana, as instituições carcerárias possuem como elemento em comum a necessidade de reformas em seu espaço físico e de pessoal, a fim de apresentar instalações arquitetonicamente adequadas e funcionários que desempenhem suas funções com respeito aos direitos humanos (Darke y Karam 2014, 5). Um dos principais problemas que afetam o acesso e o exercício de direitos no espaço penitenciário diz respeito à inexistência de espaço adequado. Consequentemente, se há ausência de espaços adequados, há tanto superlotação quanto inexistência de acessibilidade (Carranza 2012, 32; Coyle 2012, 27).

Por isso, podemos dizer que, como característica geral das unidades prisionais presentes na região

interamericana, a presença de pessoas com deficiência nesses espaços é marcada por invisibilidades quanto às suas necessidades em termos de direitos humanos e pela inexistência de espaços carcerários acessíveis. Como elemento constituinte do mínimo existencial das pessoas com deficiência, a violação do direito à acessibilidade em espaços prisionais representa, como consequência, a dificuldade de exercer outros direitos humanos, ocasionando uma cascata violatória de direitos (Spinieli 2021, 41-48).

A impossibilidade de exercer direitos humanos em virtude da inefetividade do direito à acessibilidade provoca um cenário carcerário no qual as pessoas com deficiência são reduzidas em sua cidadania e humanidade, criando obstáculos, por exemplo, ao uso do trabalho e da educação como formas de remissão de pena. Isso indica que o sistema penal termina por ser utilizado como projeto para a exclusão e marginalização das pessoas socialmente indesejáveis (Wacquant 2001, 35).

Na realidade brasileira, o cárcere foi reputado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da ADPF 347 MC/DF, em 2015, como estado de coisas inconstitucional, elemento que indica a existência de um complexo de violações estruturais de direitos humanos nesse espaço, além da precariedade e inefetividade de políticas públicas pensadas para a reversão dos problemas prisionais (Pereira 2017, 170). Esse contexto indica que

o sistema carcerário brasileiro pode ser compreendido a partir de três problemas: produção de afetações a número relevante de pessoas, que se encontram em estado permanente de violação de direitos humanos; envolvimento de diversas instituições estatais, que não respondem satisfatoriamente às emergências desse espaço; e necessidade de instrução de diferentes atores governamentais e sociais rumo à proteção de toda a população afetada (Garavito 2009, 435). Em relação às pessoas com deficiência, a afirmação do estado de coisas inconstitucional confirma a ilustração de um cenário no qual seus direitos humanos não possuem validade, tornando-se reféns de uma “instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante” (Zaffaroni 1991, 135) e cuja característica patológica é a regressão humana e penal desses sujeitos.

O sistema carcerário representa o espaço em que são reproduzidas as assimetrias existentes do lado externo, o que justifica a dificuldade de possibilitar o acesso aos direitos humanos pelas populações vulneráveis que estão inseridas nas unidades prisionais. Além disso, a castração do potencial emancipatório dos direitos humanos significa a inviabilidade de se construir novas formas de culturas jurídicas e políticas plurais, que digam respeito a uma hermenêutica específica e voltada à realidade vivenciada por esses grupos. A inexistência de critérios mínimos das diferentes formas de acessibilidade é um importante indicativo do modo como o sistema carcerário retoma as disparidades verificadas entre grupos sociais fora do cárcere. O direito à acessibilidade ou adaptação razoável para pessoas com deficiência representa a possibilidade de entrar e se movimentar normalmente em prédios e espaços públicos, usufruindo dessa garantia em condições de igualdade com pessoas sem deficiência. Em outros termos, equivale a dizer que o direito à acessibilidade para pessoas com deficiência possui dupla dimensão: de um lado, funciona como direito em si próprio; de outro, atua como direito instrumental, que se coloca como “ponte” para o acesso a outros direitos humanos (Barcellos y Campante 2012, 117).

A maior parte dos problemas que afetam as pessoas com deficiência em seus direitos humanos, sobretudo nos espaços penitenciários, decorre da ausência de acessibilidade. Nesse sentido,

“os problemas gerados pela falta de acessibilidade são problemas diretamente relacionados ao exercício de direitos e cumprimento de deveres e, portanto, não são problemas que podem ser enfrentados através da simples remoção de barreiras físicas quando ocorrem. De acordo com esse modelo, é necessário identificar por que as barreiras ocorrem, o que pode ser feito para que elas não se originem novamente e como desenvolver as medidas, programas e políticas necessárias para avançar em direção à igualdade de oportunidades para os cidadãos no exercício de direitos e cumprimento de deveres.”³ (Mozos y López 2005, 47)

Na vivência carcerária das pessoas com deficiência, como temos afirmado, o exercício do direito à acessibilidade ou sua ausência é determinante para especificar a condição de sujeito de direitos que gozarão os membros dessa população. Em grande parte, isso se deve ao fato de que a acessibilidade, para além de direito em si e direito instrumental, também pode ser considerada mecanismo que perpassa por quatro considerados: funciona como princípio de referência para a construção e controle de normas referentes aos direitos humanos pelas instâncias judiciais e legislativas; atua como desdobramento do direito à não discriminação; consiste em um direito subjetivo, suscetível de ser discutido em sede judicial e reclamado socialmente por movimentos sociopolíticos; e opera como parte fundamental de cada um dos direitos humanos, o que lhe reafirma a dimensão de direito instrumental (Roig 2014, 21-2). Por meio dessa proposta de revitalização da importância do direito à acessibilidade para pessoas com deficiência privadas de liberdade, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconheceu garantias específicas para essa população.

3 Tradução do autor. Texto original: “los problemas generados por la falta de accesibilidad son problemas directamente relacionados con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes y, por tanto, no son problemas que se puedan atajar mediante la mera supresión de barreras físicas cuando éstas se producen. De acuerdo a este modelo es necesario identificar por qué se producen las barreras, qué se puede hacer para que no se vuelvan a originar, y cómo desarrollar las medidas, programas y políticas necesarias para avanzar hacia la igualdad de oportunidades de los ciudadanos en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes” (Mozos y López 2005, 47).

Por meio do artigo 14.2⁴, o documento trabalha a questão da introdução da pessoa com deficiência a partir dos princípios de liberdade e segurança. Nesse sentido, indica que as prisões arbitrárias de pessoas com deficiência não podem ser toleradas, além do fato de que, sempre que ocorrer o encarceramento de algum sujeito nessas condições, é preciso que seja realizado em espaços acessíveis⁵. Na esfera carcerária, a violação do direito à acessibilidade para pessoas com deficiência constitui uma das muitas formas de discriminação

às quais essa população está exposta (Piovesan 2012, 48). A tutela das pessoas com deficiência privadas de liberdade na região interamericana constitui um desafio inacabado, que tem sido pouco debatido nas instâncias sociais e acadêmicas. Por isso, é preciso cada vez mais pensar e instituir novos estândares específicos para a proteção das pessoas com deficiência encarceradas na região interamericana, que indica déficits estruturais de atenção aos direitos humanos de populações vulneráveis e minoritárias.

NOVOS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ENCARCERADAS: CHINCHILLA SANDOVAL VS. GUATEMALA

O surgimento de novos estândares protetivos para pessoas com deficiência em situação de encarceramento no cenário interamericano é uma decorrência do movimento jurídico e político que observa o impacto transformador da atuação dos organismos regionais em relação à realização material dos direitos humanos (Piovesan 2017, 1373; Bogdandy 2019, 232). O impacto promovido pelas decisões judiciais dos órgãos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos dialoga com as lutas sociais movimentadas por grupos vulneráveis situados na região em prol de sua emancipação social. Além disso, trata-se de evidenciar a construção de uma justiça interamericana plural e preocupada com a inclusão social de grupos marginalizados, de modo a contornar problemas e déficits históricos que atingiram os direitos humanos na região interamericana. Em relação às pessoas com deficiência, esse impacto transformador pode ser

visualizado em três direções: empoderamento desses sujeitos a partir de uma atuação coordenada dos organismos judiciais interamericanos; emergência de novas interpretações sobre direitos humanos; e fortalecimento do movimento sociopolítico de pessoas com deficiência na luta por direitos e reconhecimento (Piovesan 2017, 1360).

De forma geral, a temática dos direitos humanos das pessoas com deficiência foi pouco discutida no âmbito da jurisprudência interamericana, o que se estende para a questão da pessoa com deficiência encarcerada. Embora o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁶ representasse o marco para se pensar direitos dessa população, em 2016, a Corte IDH se deparou com a demanda *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, que desafiou as instâncias judiciais interamericanas a ofertarem uma nova interpretação para o direito à acessibilidade

4 Art. 14.2. Os Estados Partes assegurarão que, se pessoas com deficiência forem privadas de liberdade mediante algum processo, elas, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, façam jus a garantias de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e sejam tratadas em conformidade com os objetivos e princípios da presente Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável.

5 Diferente da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/15) reconheceu o problema do encarceramento desses sujeitos a partir da dimensão do acesso à justiça. Nesse sentido, obriga a atuação conjunta das instituições pertencentes ao sistema de justiça criminal de modo a garantir os direitos das pessoas com deficiência.

6 O caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil* (Corte IDH 2006, 2-7) diz respeito à primeira demanda que resultou na condenação brasileira no cenário interamericano. Após uma infância conturbada e marcada por problemas familiares, a vítima foi internada na Casa de Repouso Guararapes em 1995. Entre sucessivas entradas e saídas de casas de repouso na região, Damião foi internado definitivamente e, por força de condições degradantes de tratamento, faleceu por motivos não declarados inicialmente. Embora a demanda não trate diretamente sobre questões relacionadas ao problema da ausência de acessibilidade em espaços prisionais ou mesmo instituições totais, a Corte IDH enfrentou o caso a partir do reconhecimento da vítima, que possuía transtornos mentais, como pessoa com deficiência. Na condenação, recomendou-se a extinção do modelo manicomial no país, responsável pela internação de pessoas com transtornos mentais como alternativa à medicalização, além da adoção de medidas que capacitassem profissionais que lidam com situações similares no âmbito do sistema de saúde pública (Corte IDH 2006, 9). Apesar do pioneirismo do caso, o julgamento externou uma dificuldade da Corte IDH em reconhecer distinções entre pessoas com deficiência mental e pessoas com transtornos mentais, de modo que o paradigma que guiou a decisão foi justamente o biomédico, que preza pela reabilitação do indivíduo à sociedade.

–vertente que ainda não havia sido discutida em outros casos– (Rocca 2017, 106). O caso se distingue pelo fato de representar uma oportunidade histórica para os organismos interamericanos realizarem uma densa mudança de paradigma, a fim de reconhecer o modelo social de deficiência⁷ (Rocca 2017, 106). Essa demanda diz respeito à submissão da vítima María Inés Chinchilla Sandoval a um quadro de violações estruturais e sistemáticas do direito à saúde e à acessibilidade arquitetônica no interior de uma penitenciária (Corte IDH 2016, 17). Após a prática de delitos contra o patrimônio, a vítima foi encarcerada no Centro de Orientación Femenina no ano de 1995, uma unidade prisional específica para mulheres (Corte IDH 2016, 17-8).

As particularidades na saúde da vítima surgiram no ano de 1997 e passaram a desafiar sua vivência carcerária diariamente. Contando com mais de quarenta anos de idade, a vítima foi diagnosticada com insuficiência venosa de membro inferior e quadro grave de diabetes, além de cáries, falta de dentes e periodontite (Corte IDH 2016, 20). O fato de sofrer de múltiplas enfermidades faziam com que Chinchilla Sandoval tivesse que ser constantemente atendida por enfermeiras, médicos e outros profissionais responsáveis pela saúde no estabelecimento prisional, além de situações nas quais a vítima deveria ser conduzida até hospitais públicos para tratar de doenças cujas especificidades não permitiriam um atendimento efetivo no cárcere (Corte IDH 2016, 18). Permeada por um quadro de crises, desmaios e emergências para transfusão de sangue, Chinchilla Sandoval permaneceu encarcerada sem que houvesse resposta efetiva do Estado da Guatemala às suas necessidades em termos de saúde, que passou a ter suas saídas para o hospital negadas em virtude da indisponibilidade de funcionários para acompanhá-la (Corte IDH 2016, 24). Em 2000, a vítima desenvolveu úlceras nos pés e, no ano seguinte, foi submetida à

cirurgia para amputação de membro inferior (Corte IDH 2016, 28).

Na condição de pessoa com deficiência física, Chinchilla Sandoval passou a fazer uso constante de cadeiras de rodas e, a partir desse instante, enfrentou diariamente as inacessibilidades arquitetônica, comunicacional e atitudinal do cárcere. Em 2004, a vítima estava em sua cadeira de rodas e se direcionava para a ala da maternidade. Durante o percurso, Chinchilla Sandoval se deparou com uma barreira arquitetônica, uma escada, e sofreu uma queda com sua cadeira de rodas, o que provocou sua morte (Corte IDH 2016, 34). Isso demonstra que o estado de inacessibilidades fez da deficiência física de Chinchilla Sandoval um elemento determinante para sua morte, o que motivou a abertura de procedimentos em nível internacional a fim de reivindicar a responsabilização estatal pela não construção de espaços acessíveis (Rocca 2017, 103). Em 2016, a Corte IDH encerrou o julgamento da demanda, entendendo pela condenação do Estado da Guatemala em virtude da violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e às garantias judiciais de Chinchilla Sandoval. No entanto, para além de uma narrativa que demonstra o impacto negativo que a ausência de acessibilidade exerce sobre a vivência carcerária de pessoas com deficiência, o elemento que mais nos interessa nesse caso diz respeito à interpretação fornecida pela Corte IDH ao direito à acessibilidade (Rocca 2017, 104), constituindo novo estandare protetivo desses sujeitos (Pasqualucci 2013, 57).

A partir do reconhecimento do paradigma social de deficiência, a Corte IDH compreendeu que o direito à acessibilidade e a implementação de ajustes razoáveis são fundamentais para eliminar as barreiras carcerárias e garantir a igualdade para pessoas com deficiência (Rocca 2017, 104). A Corte IDH estendeu

7 Em 2021, a Corte IDH enfrentou a demanda Guachalá Chimbo vs. Equador, na qual se debateu o processo de internação em hospital público psiquiátrico de pessoa com deficiência mental e seu conseqüente desaparecimento, reconhecendo a responsabilidade equatoriana pela violação dos direitos inerentes à personalidade, como a vida, a integridade física e a liberdade individual (Corte IDH 2021, 4-9). Na medida em que o caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala determinou a modificação do paradigma biomédico de deficiência para uma perspectiva social, que visualiza o problema da deficiência na ausência de acessibilidade dos ambientes, demandas que debatem temas similares e são posteriores a tal decisão já apresentam uma modificação na postura jurisprudencial interamericana. Na ocasião do caso Guachalá Chimbo vs. Equador, a Corte IDH assinalou que a vítima era pessoa com deficiência mental, marcada por violências simbólicas no âmbito do hospital psiquiátrico que permitia seu tratamento baseado em estereótipos contrários à autonomia decisória sobre a própria saúde (Corte IDH 2021, 26-8). Além disso, o caso demarca um novo e importante paradigma interamericano sobre pessoa com deficiência: constitui responsabilidade estatal a inclusão de pessoas com deficiência, a ser realizada por meio de mecanismos que promovam a igualdade de condições, de oportunidades e de participação social (Corte IDH 2021, 26-7).

o conceito de acessibilidade para enquadrar o dever estatal guatemalteco de adotar medidas necessárias para eliminar barreiras que atingem diretamente pessoas com deficiência física que se encontram expostas às barreiras carcerárias (Corte IDH 2016, 69-72). Além da superação do paradigma biomédico na jurisprudência interamericana, o estabelecimento de um novo estãndare protetivo das pessoas com deficiência a partir desse caso perpassou pelo fornecimento de um conceito de acessibilidade para pessoas com deficiência encarceradas que se orienta de acordo com o paradigma social. No caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, o direito à acessibilidade foi compreendido como

“o dever de adequar um ambiente em que um sujeito com qualquer limitação possa atuar e gozar da maior independência possível, de forma a participar plenamente em todos os aspectos da vida em igualdade de condições com os demais. No caso de pessoas com deficiência física, o conteúdo do direito à liberdade de circulação implica o dever dos Estados em identificar os obstáculos e barreiras ao acesso e, conseqüentemente, proceder à sua eliminação ou adaptação, garantindo, assim, acessibilidade às pessoas com deficiência às instalações ou

serviços, para que possam usufruir da mobilidade pessoal com a maior independência possível.”⁸ (Corte IDH 2016, 71-2)

Nesse sentido, a narrativa desenvolvida pela Corte IDH na ocasião do julgamento do caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* indica que o direito à acessibilidade possui um papel determinante para a vivência carcerária de pessoas com deficiência, de modo que sua ausência tem potencial suficiente para gerar até mesmo a morte desses sujeitos. No caso, além das falhas em relação ao atendimento médico da vítima, sua condição de pessoa com deficiência física que se encontra em contato direto com as barreiras arquitetônicas, comunicacionais e atitudinais do cárcere fomentou a violação de diferentes direitos humanos. A interpretação fornecida pela Corte IDH em relação ao direito à acessibilidade remonta à perspectiva instrumental dessa garantia e fixa bases teóricas e práticas que indicam a necessidade de um olhar mais atento às problemáticas enfrentadas pelas pessoas com deficiência encarceradas na região interamericana, que convivem com duas vulnerabilidades: uma decorrente do processo de aprisionamento e outra relativa ao contato com barreiras internas ao cárcere (Rocca 2017, 105).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O encarceramento de pessoas com deficiência na região interamericana ainda representa um tema com baixa incidência nos debates sociais e acadêmicos, apesar de sua relevância e do incremento das vulnerabilidades para essas pessoas ao serem introduzidas no ambiente carcerário. A partir dessa questão, a proposta deste trabalho foi analisar a construção de estãndares interamericanos para a proteção de pessoas com deficiência privadas de liberdade, adotando-se como referência a interpretação dada pela Corte IDH ao direito à acessibilidade no contexto do caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, julgado em 2016. Nesse

sentido, o caso indica a formação de um importante estãndare protetivo desses sujeitos na medida em que reconhece o direito à acessibilidade como garantia instrumental e essencial para o acesso a outros direitos humanos. Significa dizer que a ausência de diferentes formas de acessibilidade no espaço carcerário funciona como elemento limitador do exercício de direitos humanos pelas pessoas com deficiência.

Conclui-se que, apesar da afirmação de um importante estãndare interamericano no caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, as questões que permeiam

⁸ Tradução do autor. “el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación puede funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efectos de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible” (Corte IDH 2016, 71-2).

o encarceramento de pessoas com deficiência ainda padecem de aprofundamento e, conseqüentemente, de assimilação das mudanças e transformações

promovidas pelo paradigma social, que teve como princípio o reconhecimento desses sujeitos enquanto destinatários de direitos.

REFERÊNCIAS

- Alva, Maria Fernanda Stang. 2011. Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real. Santiago: Cepal.
- Barcellos, Ana Paula y Renata Ramos Campante. 2012. “A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais”. En Manual dos direitos da pessoa com deficiência, editado por Carolina Valença Ferraz *et al.* São Paulo: Saraiva.
- Belvedere, Carlos Daniel. 2002. De sapos y cocodrilos: la lógica elusiva de la discriminación social. Buenos Aires: Biblos.
- Bogdandy, Armin von. 2019. “O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígeno extraordinário”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9(2): 232-252. doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6126.
- Borges, Paulo César Correa. 2012. “A tutela penal dos direitos humanos”. *Revista Espaço Acadêmico* 12(134): 82-88. Acceso el 27 noviembre de 2021. www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15059
- Burton, Mark, Carolyn Kagan y Pat Clements. 1995. *Social skills for people with learning disabilities: a social capability approach*. London: Chapman & Hall.
- Carranza, Elías. 2012. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿qué hacer?”. *Anuario de Derechos Humanos* 12(8): 31-66. doi.org/10.5354/0718-2279.2012.20551.
- Coyle, Andrew. 2012. “Prisiones y prisioneros: una revisión desde los estándares internacionales de derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* 12(8): 17-29. doi.org/10.5354/0718-2279.2012.20550
- Darke, Sacha y Maria Lúcia Karam. 2014. “Latin American prisons”. En *Handbook on prisons*, coordinado por Jamie Bennet y Ben Crewe. Abington: Routledge.
- Diniz, Débora. 2007. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense.
- Fávero, Eugênia Augusta Gonzaga. 2007. *Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA.
- Garavito, César Rodríguez. 2009. “Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. En *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, coordinado por César Rodríguez Garavito *et al.* Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Gargarella, Roberto. 2014. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- González, Daniela y María Fernanda Stang Alva. 2014. “Las personas con discapacidad en América Latina a 20 años de los consensos de El Cairo: la necesidad de información para políticas y programas”. *Notas de Población* 99(1): 67-106. Acceso el 30 noviembre de 2021. www.repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37634/1/np99067132_es.pdf
- Lazarte, Renata Bregaglio. 2020. “Nadie dijo que sería fácil. Los problemas en la aplicación del modelo social de la discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, organizado por Ana Maria D’Ávila Lopes, Felipe Paredes y Renata Bregaglio Lazarte. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- Leite, Flávia Piva Almeida. 2012. “A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: amplitude conceitual. A busca por um modelo social”. *Revista de Direito Brasileira* 3(2): 31-53. doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2012.v3i2.2654
- Lopes, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. 2009. “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade”. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Católica de São Paulo.
- Mozos, Elisa Sala y Fernando Alonso López. 2005. *La accesibilidad universal en los municipios: guía para una política integral de promoción y gestión*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- Palacios, Agustina y Francisco Bariffi. 2007. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.
- Pereira, Luciano Meneguetti. 2017. “O estado de coisas inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro”. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos* 5(1): 167-190. Acceso el 30 noviembre 2021. www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206
- Piovesan, Flávia. 2012. “Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto”. En *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*, editado por Carolina Valença Ferraz *et al.* São Paulo: Saraiva.
- _____. 2017. “Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios”. *Revista Direito & Práxis* 8(2): 1356-1388. doi.org/10.12957/dep.2017.28029.
- Pizarro, Roberto. 2001. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Cepal: Estudios estadísticos y prospectivos.
- Rimmerman, Arie. 2013. *Social inclusion of people with disabilities: national and international perspectives*. New York: Cambridge University Press.
- Rocca, Natalia La. 2017. “Análisis del caso de Corte IDH “María Inés Chinchilla Sandoval y Otros vs Guatemala””. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* 1(2): 102-109. Acceso el 30 noviembre de 2021. www.redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/60
- Roig, Rafael de Asís. 2014. *Sobre el concepto de accesibilidad universal*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas.
- Spinieli, André Luiz Pereira. 2021. “O encarceramento inacessível de pessoas com deficiência física como expressão da cascata violatória de direitos humanos: uma leitura brasileira e interamericana”. Tesis de Maestría. Universidad Estadual Paulista.
- Wacquant, Loïc. 2001. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 1991. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: REVAN.

Regulamentos e jurisprudência

- Corte IDH. 2021. *Caso Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador*. Sentencia de 26 de marzo de 2021 (fondo, reparaciones y costas). San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- _____. 2016. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de febrero de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- _____. 2006. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006 (fondo, reparaciones y costas). San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RECURSOS ILUSORIOS

Crisis carcelaria en Ecuador y efectividad del sistema de garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad

ILLUSORY REMEDIES

Prison Crisis in Ecuador and the Effectiveness of the National and International Remedies for the Protection of the Rights of Persons Deprived of Liberty

RECURSOS DE ILUSÃO

Crise carcerária no Equador e efetividade do sistema de garantias nacionais e internacionais para a proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade

*David Cordero-Heredia** y *Carlos A. Carrillo Jaramillo***

Recibido: 13/VI/2022

Aceptado: 22/VII/2022

Resumen

El presente trabajo analiza la efectividad de las garantías nacionales e internacionales de los derechos de las personas privadas de la libertad, que han sido activadas en el contexto de la crisis carcelaria en Ecuador. A pesar de que la gran mayoría de estas garantías han sido utilizadas con el fin de detener futuras masacres carcelarias, estos hechos han continuado ocurriendo en varios centros de privación de la libertad en el país. Se concluye que existe una debilidad estructural en el sistema de garantías que impide su uso para la modificación de las condiciones materiales en las que viven las personas privadas de libertad.

Palabras clave: Garantías jurisdiccionales; Sistema interamericano; Derecho constitucional; Crisis carcelaria; Efectividad de las normas; Derechos humanos; Política carcelaria; Política penal

Abstract

This paper analyses the effectiveness of national and international remedies for the rights of persons deprived of liberty, which have been initiated in the context of the prison crisis in Ecuador. Even though most of these remedies have been used to stop future prison massacres, these events have continued to occur in various detention centres in the country. We conclude that there is a structural weakness in the remedies systems, which prevents its use to modify the physical conditions in which people deprived of their liberty live.

Key words: Jurisdictional guarantee; Inter-American system; Constitutional law; Prison crisis; Rule effectiveness; Human Rights; Prison politics; Penal politics

* Profesor de Derecho y director del Consultorio Jurídico de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor invitado en la Universidad de las Américas y en la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctor in the Science of Law y Master of Laws por la Universidad de Cornell; Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia, Universidad de Alcalá; Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la PUCE. Realizó un postdoctorado en la Universidad Cornell. Es autor de varios textos sobre derecho constitucional, derechos humanos y movimientos sociales. ORCID: 0000-0001-5633-9829.

Correo electrónico: dacordero@puce.edu.ec; david.cordero.heredia@udla.edu.ec

** Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador (Pontificia Universidad Católica del Ecuador) Investigador independiente. Abogado asociado de Eunomia Buró de Derecho Público e Internacional.

Cómo citar este artículo: Cordero-Heredia, David y Carlos A. Carrillo Jaramillo. 2022. "Recursos ilusorios. Crisis carcelaria en Ecuador y efectividad del sistema de garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, N° 17: 24-42.

Resumo

O presente trabalho analisa a efetividade das garantias nacionais e internacionais dos direitos das pessoas privadas de liberdade, que foram ativadas no contexto da crise carcerária no Equador. Apesar de que a grande maioria destas garantias foram utilizadas com o fim de evitar futuros massacres carcerários, estes episódios continuam acontecendo em várias prisões do país. Conclui-se que existe uma debilidade estrutural no sistema

de garantias, que impede seu uso para a modificação das condições materiais em que vivem as pessoas privadas de liberdade.

Palavras chave: Garantias jurisdicionais; Sistema interamericano; Direito constitucional; Crise carcerária; Eficácia das regras; Direitos humanos; Política carcerária; Política penal

Hay personas que al salir de la cárcel se llevan consigo el aire de la prisión, lo ocultan con secreta deshonra en el corazón y al final se arrastran a un rincón y mueren como si los hubieran envenenado. Es horrible que les ocurra eso y totalmente injusto que la sociedad les empuje a semejante destino. La sociedad se arroga el derecho de infligir espantosos castigos al individuo, pero también tiene el vicio supremo de la superficialidad y no llega a entender lo que hace. Nada más concluir el castigo, abandona al condenado a su suerte cuando mayor es su responsabilidad con él. Se avergüenza de sus actos y se aparta de aquel a quien ha castigado, igual que huye la gente de un acreedor cuando no puede pagar su deuda, o de alguien a quien ha causado un daño irreparable. Por mi parte, exijo que, si llego a comprender lo que he sufrido, la sociedad comprenda el daño que me ha causado, y que ambas partes renunciemos a cualquier odio o amargura.

Oscar Wilde¹

La cárcel es uno de los indicadores de cómo funciona una democracia y cómo funciona una sociedad. La violencia que ha sucedido en las cárceles nos desnuda como sociedad de cuerpo entero (si es que tenemos el valor de reconocerlo). La cárcel refleja una sociedad que discrimina (exclusión social), que es vengativa, que es insensible, que es violenta, que tiene incapacidad para resolver los peores problemas que aquejan a la sociedad.

Ramiro Ávila Santamaría²

INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza las diversas acciones tomadas por la sociedad civil para proteger los derechos de las personas privadas de libertad en el marco de la crisis penitenciaria del Ecuador desde el año 2019, caracterizada por el hacinamiento en los centros carcelarios y las violentas masacres ocurridas en los últimos tres años, así como la implementación de las decisiones alcanzadas.

Para desarrollar este tema, se realizará, en primer lugar, una descripción de “la crisis penitenciaria” en

el Ecuador. En segundo lugar, analizaremos a qué nos referimos con garantías primarias y secundarias de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito nacional como internacional. En tercer lugar, analizaremos cuáles fueron las garantías secundarias activadas a nivel nacional e internacional, y su grado de implementación. Finalmente presentaremos nuestras conclusiones.

El presente trabajo empezó con la hipótesis de que las decisiones adoptadas por los órganos encargados

¹ Wilde, Oscar. 2013. De profundis y otros escritos de la cárcel. Penguin Random House.

² Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría a la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, 24 de marzo de 2021, párr. 70.

de la protección de los derechos humanos a nivel nacional e internacional no habían sido implementadas por los destinatarios de dichas decisiones. Nuestra conclusión es que, en efecto, la implementación de las decisiones en el marco de varias garantías secundarias ha sido deficiente, tanto por una combinación de falta de voluntad política de los órganos destinatarios de las decisiones como por una falta de voluntad

de las instituciones responsables de dar seguimiento de sus decisiones y de implementar acciones coercitivas para asegurar su cumplimiento. Como resultado, no solo los derechos de las personas privadas de la libertad en Ecuador no son tutelados, sino que, además, la legitimidad de los sistemas de garantías secundarias nacionales e internacionales se habría comprometido.

LA CRISIS PENITENCIARIA EN ECUADOR

Durante las últimas décadas, las cárceles en Latinoamérica han tenido un problema en común: el hacinamiento. La detención masiva de personas en centros de privación de libertad se debía, esencialmente, a la criminalización del porte y consumo de drogas, en una región caracterizada por ser la mayor productora de estupefacientes del mundo. La presión política por sumar a todos los países de América a la llamada “guerra contra las drogas”, tuvo como consecuencia el aumento de 120% de la población penitenciaria entre 2000 y 2018 (Núñez et al. 2022, 11).

Ecuador ha sufrido varias crisis penitenciarias en su historia reciente. En el año 2004, como consecuencia del hacinamiento, se registraron varios actos de violencia, motivo por el cual se decretó el estado de emergencia para controlar los motines. En el año 2006 se declaró estado de emergencia en todos los centros de privación de libertad del país, con la finalidad de mejorar la infraestructura carcelaria y tener la capacidad de responder a las necesidades de los internos (Ávila 2018).

En el año 2008 se llevó a cabo el censo penitenciario, que mostró la realidad de la situación carcelaria en el Ecuador: 13.532 privados de libertad, de los cuales 45% no tenían sentencia y 47% no contaban con un abogado defensor³.

Desde el año 2014 se inició una reforma al sistema penitenciario en Ecuador, con la finalidad de reducir el hacinamiento en los centros de detención del país. No obstante, gran parte de la reforma se redujo a la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que mantuvo y endureció las penas. Por otro lado, se amplificó el uso de la prisión preventiva como política criminal⁴, una medida que sin duda contribuyó a aumentar el hacinamiento en los centros de privación de la libertad a nivel nacional: en el año 2014 existían aproximadamente 24.000 privados de libertad, comparados con los casi 36.000 registrados en el año 2017 y 38.000 en 2018⁵.

La pandemia por la COVID-19 empeoró la situación de los privados de libertad en el país, se activaron medidas legales y constitucionales para reducir el hacinamiento en las prisiones, de forma que se puedan cumplir las medidas de bioseguridad para evitar el contagio masivo del virus. Con todo, el 17 de abril de 2020 se confirmó la primera muerte a causa de coronavirus en el Centro de Privación Provisional de la Libertad El Inca. A febrero de 2021, de 37.676 privados de libertad en todo el país, existieron 17.042 casos de COVID confirmados y 124 muertos⁶.

Lo anterior no solo es consecuencia del 30% de hacinamiento en todos los centros de privación de libertad

3 Defensoría Pública. “Reseña histórica. La Defensoría Pública llega para equilibrar el sistema de justicia.” <http://www.defensoria.gob.ec/index.php/defensoria-publica/quienes-somos/resena-historica>

4 Se define “política criminal” como el conjunto de decisiones en relación al manejo de la violencia estatal. Ver: Ávila 2018.

5 Sistema Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. Información Estadística a Nivel Nacional. Acceso el 15 de junio de 2022, <https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2022/02/Resumen-PPL-2019-31dic2019.xlsx>

6 “Covid-19 En Las Cárces: 17.042 Internos Contagiados Y 124 Muertos”. 2021. *Primicias*. Acceso el 15 de junio de 2022, <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/covid-19-carceles-internos-contagiados-muertos/>

a nivel nacional, también se debe a la falta de insumos de aseo personal, mascarillas, servicios de salud, alimentación, entre otros recursos básicos para la subsistencia⁷.

Estas condiciones generaron el ambiente propicio para el desencadenamiento de la mayor crisis carcelaria y de seguridad en la historia del país por conflictos entre organizaciones criminales asociadas a grupos criminales transnacionales. En febrero del año 2021 se registraron varios motines en los centros de privación de libertad del país, que tuvieron como consecuencia la muerte de 79 reclusos y más de 20 heridos⁸.

El 21 de julio de 2021, se produjeron masacres simultáneas en la Penitenciaría de Guayaquil y en Latacunga. El saldo fue de 27 reos asesinados. El 28 de septiembre de 2021 se llevó a cabo la masacre de la penitenciaría de Guayaquil, que dejó 123 reos asesinados y se constituyó como la peor masacre en un centro penitenciario en la historia del Ecuador y la quinta en la historia de América Latina.

El 12 de noviembre de 2021 ocurrió otra masacre en la Penitenciaría de Guayaquil, que dejó 65 reos asesinados. De las 316 personas asesinadas en 2021, el 70% no tenía sentencia, muchos de ellos se encontraban bajo el régimen de la prisión preventiva y un 39% estaba recluso por delitos menores⁹.

Hasta junio de 2022 se han producido dos masacres: una en la cárcel del Turi, que dejó 20 presos asesinados y otra en Santo Domingo, en la que 44 reos fueron asesinados y 220 escaparon de la cárcel¹⁰. Todas las masacres se han caracterizado por la pérdida del control de los centros penitenciarios por parte del Estado, la difusión de información por medios no oficiales y la falta de acceso a la información de las familias de las víctimas. La respuesta del Estado ante esta situación se ha limitado al cambio de funcionarios de instituciones como el Ministerio de Gobierno, del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de la Libertad (SNAI), de la Policía Nacional y del uso de la institución jurídica de estado de excepción con la finalidad de militarizar las principales ciudades del país.

GARANTÍAS NACIONALES E INTERNACIONALES: DEFINICIÓN E IMPORTANCIA

Las garantías son instituciones jurídicas creadas con el fin de asegurar el goce de los derechos. Como respuesta al debate de si deberían llamarse derechos a aquellos que no cuenten con un mecanismo de exigibilidad (garantía), Luigi Ferrajoli¹¹ propuso que existirían dos tipos de garantías: las primarias, que son aquellas instituciones que se establecen en el derecho positivo, que dan contenido a los derechos y establecen obligaciones; y las garantías secundarias, o aquellas instituciones que se activan ante la violación de un derecho fundamental para establecer una sanción

y/o reparación. De esta manera los derechos fundamentales en un sistema jurídico que no cuenta con un mecanismo efectivo para exigir su cumplimiento no dejan de ser tales, sin embargo, esta situación genera una falta institucional que podría considerarse una violación independiente al derecho que se trata de proteger.

En cuanto a las garantías primarias respecto a los derechos de las personas privadas de la libertad, no existen derechos específicos en la Convención Americana

7 Ibid.

8 Palomino, Sammy. 2022. "Motines del 23 de febrero en Ecuador resultaron en la sexta peor masacre carcelaria de la historia suramericana". *Aa. Com.Tr.* <https://www.aa.com.tr/es/mundo/motines-del-23-de-febrero-en-ecuador-resultaron-en-la-sexta-peor-masacre-carcelaria-de-la-historia-suramericana/2171929>.

9 Arroyo, Fernando. 2022. "La crisis carcelaria, un complicado laberinto que atemoriza a Ecuador". *SWI Swissinfo.Ch.* https://www.swissinfo.ch/spa/ecuador-cárceles_la-crisis-carcelaria-un-complicado-laberinto-que-atemoriza-a-ecuador/47505552.

10 El comercio. 2022. "Víctimas, heridos, fugas: Esto se conoce de la masacre carcelaria en Santo Domingo". <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/datos-masacre-carcelaria-santo-domingo.html>.

11 El autor desarrolla su teoría sobre garantías primarias y secundarias en el texto: Ferrajoli, Luigi. 2005. "Derechos Fundamentales". En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 19-56. Madrid: Trotta.

de Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana” o la “CADH”); sin embargo, su artículo 5.2 establece que toda persona privada de libertad “será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”¹². Pese a que la CADH es un catálogo de derechos que establecen cuál es el trato que los estados partes se comprometieron a dar a las personas sometidas a su jurisdicción de acuerdo con la dignidad humana, resulta que las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos de la Convención Americana, excepto los que han sido suspendidos en virtud de una condena penal.

En consecuencia, los Estados se encuentran en una posición especial de garantes de los derechos de las personas privadas de libertad¹³, que incluyen aquellos que implican obligaciones negativas, como la prohibición de ejecuciones extrajudiciales, tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes; así como los que implican obligaciones positivas, tales como el derecho a una vida digna (educación, salud, agua potable, trabajo, etc.). La posición especial de garante en cuanto a las condiciones de vida se justifica por “las circunstancias propias del encierro, en donde al

recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”¹⁴. Con el fin de coadyuvar a los Estados a implementar el derecho interamericano en el ámbito penitenciario, la CIDH aprobó en marzo de 2008 el documento “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”¹⁵, el cual regula una serie de aspectos¹⁶ sobre el trato digno que deben recibir dichas personas. Si bien este documento pertenece a la categoría del *soft law*, constituye la sistematización de estándares desarrollados por la CIDH y la Corte IDH en su jurisprudencia.

En el ámbito nacional, la Constitución de 2008 recoge, en su artículo 51, derechos de las personas privadas de libertad¹⁷. A estas se las reconoce como un grupo de atención prioritaria¹⁸, fundamento que utilizó la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante la “Corte Constitucional” o la “CCE”) para establecer también que el Estado tiene una posición reforzada de garante de sus derechos¹⁹. La CCE, además dejó claro que el Estado de Ecuador no podía eludir su responsabilidad cuando una persona privada de libertad era

12 OEA. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre del 1969, art. 5.2. CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Adoptados por la Comisión durante el 131.º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio I.

13 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152. Ver también, CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Adoptados por la Comisión durante el 131.º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio I.

14 Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N.º 112, párr. 152.

15 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Adoptados por la Comisión durante el 131.º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

16 El trato humano, la igualdad y no-discriminación, la libertad personal, el principio de legalidad, el debido proceso legal, el control judicial y ejecución de la pena, la petición y respuesta, el ingreso, registro, examen médico y traslados, la salud, la alimentación y agua potable, el albergue, condiciones de higiene y vestido, la educación y actividades culturales, el trabajo, la libertad de conciencia y religión, la libertad de expresión, asociación y reunión, las medidas contra el hacinamiento, el contacto con el mundo exterior, la separación de categorías, el personal de los lugares de privación de libertad, los registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas, el régimen disciplinario y las inspecciones institucionales.

17 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, “Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

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

18 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, **personas privadas de libertad** y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

19 Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente del juez Ramiro Ávila Santamaría a la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, 24 de marzo de 2021, párr. 47.7.

asesinada en su custodia por acción de otro privado de la libertad:

“251. De la cita se desprende que los jueces fundamentan su decisión en el sentido de que la agresión vino por un tercero y no de los agentes estatales. Esta Corte enfatiza que es también deber del Estado prevenir que terceros agredan a las personas privadas de la libertad, al ser el Estado garante de los derechos de estas personas, y al hallarse bajo su custodia. El Tribunal al no haber considerado este deber estatal para aceptar la acción de *habeas corpus*, incurre en la omisión de la protección a la integridad personal. De forma general, el Estado tiene el deber constitucional de mantener el control de los centros de privación de libertad, de forma que pueda garantizar en ellos los derechos a la vida e integridad personal”²⁰

La crisis carcelaria de Ecuador demuestra que las garantías primarias nacionales e internacionales no han sido efectivas para proteger la vida y la integridad de las personas privadas de libertad. La crisis se produce por tres acciones deliberadas tomadas por el Estado ecuatoriano: el hacinamiento en las cárceles, la falta de acceso a condiciones de vida digna de las personas privadas de la libertad y la falta de control de la violencia.

Las garantías secundarias deberían permitir que la función judicial en Ecuador y los organismos internacionales pongan límite a los excesos y omisiones cometidos por las funciones ejecutiva, legislativa y judicial (en particular la justicia penal), así como determinar los cambios que se deben realizar en el sistema

penal y las reparaciones adecuadas a las víctimas de los actos de violencia y sus familias.

Los sistemas nacionales e internacionales han establecido en sus textos (garantía primaria) el derecho a contar con garantías. En la Convención Americana, este derecho se encuentra en su artículo 25, titulado *protección judicial*²¹, que establece el derecho a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante la violación de derechos fundamentales. La diferencia entre las garantías primarias y secundarias resulta relevante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte IDH”), cuando establece que la obligación de los Estados, en virtud del artículo 25, no termina con la existencia formal de recursos judiciales, (garantía primaria), sino que estos deben responder efectivamente a las violaciones de los derechos²².

En el mismo sentido, la Constitución de la República de Ecuador (en adelante la “Constitución” o la “CRE”) establece, en su artículo 75, el derecho de toda persona a la tutela efectiva, imparcial, gratuita y expedita de sus derechos²³. La CCE ha manifestado que el derecho a la tutela judicial efectiva “viabiliza todos los demás derechos constitucionales, a través de un sistema jurídico institucional encargado de dar protección judicial en todas las materias, en condiciones de igualdad y equidad”²⁴. La jurisprudencia de la CCE establece que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye tres aspectos: el acceso a la justicia, la debida diligencia y la ejecución de la decisión²⁵.

En conclusión, ante la falta de efectividad de las garantías primarias, (reconocimiento positivo de los derechos

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, 24 de marzo de 2021, párr. 251.

21 OEA. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre del 1969, art. 25.

Artículo 25. Protección Judicial

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

22 Ver: Corte IDH. Caso Pávez Pávez vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C N. 449, párr. 155.

23 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

24 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1943-12-EP/19, Jueza Ponente Daniela Salazar Marín, 25 de septiembre de 2019, párr. 44.

25 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1037-16-EP/21, Jueza Ponente Daniela Salazar Marín, 10 de marzo de 2021, párr. 29.

que debe orientar la acción de las funciones del Estado), las garantías secundarias deben actuar a fin de permitir el acceso a la justicia, la debida diligencia y la ejecución de las decisiones. En el siguiente acápite se analizarán

las garantías secundarias nacionales e internacionales que se activaron para la protección de los derechos de las personas privadas la libertad en el contexto de la crisis carcelaria, sus resultados y su implementación.

GARANTÍAS SECUNDARIAS UTILIZADAS PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

a. Garantías secundarias internacionales

i. Medidas cautelares de la CIDH

De acuerdo con su reglamento, en casos de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CIDH) podrá solicitar a los estados la adopción de medidas cautelares²⁶. A raíz de la masacre del 23 de febrero de 2021, el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador presentó una solicitud de medidas cautelares que fue signada con el número MC-167-21 el mismo día de los hechos.

La solicitud incluía un detalle de las muertes violentas registradas en el sistema carcelario desde el año 2018 y denunciaba que la situación de violencia dentro de las cárceles iba en aumento y que, de no tomarse medidas inmediatas, traería como consecuencia nuevos asesinatos de personas privadas de la libertad²⁷. La CIDH decidió correr traslado con la solicitud a Ecuador el 25 de febrero del 2021²⁸ y requirió información sobre el tema. El 1 de marzo de 2021²⁹ le concedió un plazo adicional.

El 12 de abril de 2021, la CIDH decidió cerrar el expediente, dada “la información remitida por

ambas partes”³⁰. Las decisiones de negar las solicitudes de medidas cautelares no son motivadas, una práctica regular de la CIDH; sin embargo, suelen estar precedidas de la entrega de la información aportada por el Estado, situación que no ocurrió en este trámite. Meses más tarde se anunció la visita de una delegación de la CIDH a Ecuador, de modo que se puede suponer que la decisión institucional fue abordar la problemática mediante la elaboración de un informe temático en lugar de una medida cautelar colectiva.

ii. Visita al país e informe temático de la CIDH

La CIDH, a través de Stuardo Ralon, relator sobre los derechos de las personas privadas de la libertad, realizó una visita a Ecuador para constatar la situación de las cárceles del país. La visita incluyó la inspección de cárceles, conversaciones con personas privadas de la libertad, autoridades y representantes de sociedad civil. La visita de trabajo se realizó del 1 al 3 de diciembre de 2021³¹.

El informe de la Comisión delimita la situación carcelaria del país, donde señala los 8 sucesos violentos del año 2021, en los que fallecieron 316 personas privadas de libertad. La CIDH identifica como principales causas de la violencia la “ausencia de control efectivo por parte del Estado de los centros penitenciarios y sistemas de autogobierno,

26 CIDH. 25 de octubre de 2002. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 25.1.

27 Solicitud de medidas cautelares presentada por el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, formulario 0000058486, 23 de febrero de 2021, en el archivo de los autores.

28 CIDH, oficio dirigido al Estado de Ecuador de 25 de febrero de 2021, solicitud de medida cautelar MC-167-21, en el archivo de los autores.

29 CIDH, oficio dirigido al Estado de Ecuador de 25 de febrero de 2021, solicitud de medida cautelar MC-167-21, en el archivo de los autores.

30 CIDH, oficio dirigido al Estado de Ecuador de 12 de abril de 2021, solicitud de medida cautelar MC-167-21, en el archivo de los autores.

31 CIDH 2022. “CIDH Presenta Informe Sobre Situación De Personas Privadas De Libertad En Ecuador”. 2022. Oas.Org. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/053.asp>.

corrupción e insuficiencia de personal de seguridad³². Adicionalmente, dichos centros están dominados por grupos criminales organizados vinculados con grupos criminales transnacionales³³.

Dichas bandas criminales se disputan el control de los pabellones de las penitenciarías, de modo que es imposible controlar el ingreso de armas y drogas a ellas. Por otro lado, existe una insuficiencia de agentes penitenciarios dedicados al control de los centros, además, el personal existente no cuenta con el equipo y formación requeridos para afrontar situaciones de violencia. La Comisión señala, por otro lado, que la situación de las mujeres privadas de libertad es de doble vulnerabilidad, al ser víctimas también de tipos específicos de violencia³⁴.

Entre los factores que propiciaron la crisis carcelaria, la Comisión señala el debilitamiento del sistema penitenciario, el aumento de penas y el catálogo de delitos que propician el encarcelamiento, la política contra las drogas, el uso excesivo de la prisión preventiva, obstáculos legales y administrativos para la concesión de beneficios y deplorables condiciones de detención³⁵.

La institucionalidad del sistema carcelario, señala la Comisión, se ha visto profundamente afectada por la disminución del presupuesto desde el 2017 y, como consecuencia, por la reducción de personal técnico, la falta de personal de custodia y la escasez de recursos para cubrir las necesidades de las personas privadas de libertad. Por otro lado, existen problemas relacionados con el registro de las personas reclusas, que dificultan mantener el control de la población carcelaria³⁶.

En cuanto al encarcelamiento, la Comisión señala el crecimiento del 469% de las tasas de población

carcelaria en el país durante los últimos 20 años. Este fenómeno se debe a la adopción de políticas criminales que promueven el encarcelamiento como solución a la inseguridad, como el uso indiscriminado de la prisión preventiva y la imposibilidad de aplicar beneficios penitenciarios a personas condenadas³⁷.

Por otro lado, la Comisión identificó que las condiciones de detención que enfrentan las personas privadas de libertad están lejos de ser las adecuadas y de cumplir con los estándares mínimos interamericanos en materia de privación de la libertad. Situaciones como la sobrepoblación y la violencia intracarcelaria; así como la “deficiente infraestructura, atención médica, alimentación inadecuada, obstáculos en el acceso al agua, insuficiente personal penitenciario, falta de perspectiva de género y obstáculos para la efectiva reinserción social. La Comisión señala que solamente el 50% de la población penitenciaria podría acceder a actividades de reinserción social”³⁸.

En este contexto, el Estado ha adoptado medidas con la finalidad de mitigar los efectos de las debilidades estructurales del sistema penitenciario en el país, entre las que se encuentran la conformación de “un equipo especializado de fiscales para el trámite de las investigaciones de los hechos violentos ocurridos entre enero y noviembre de 2021”³⁹. Por otro lado, se conformó la Comisión para el Diálogo Penitenciario y la Pacificación, con la finalidad de desarrollar estrategias para detener los enfrentamientos entre bandas criminales al interior de los centros penitenciarios⁴⁰. En el mismo sentido, la Corte Nacional de Justicia aprobó una resolución que desarrolla la excepcionalidad del mecanismo de la prisión preventiva, con la finalidad de que su uso sea limitado y que en los casos en los que sea

32 CIDH, 2022. “Personas Privadas de Libertad en Ecuador”. 2022. Oas.Org. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf.

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.* párr. 10 – 11.

35 *Ibíd.* párr. 157.

36 *Ibíd.* párr. 13 – 15.

37 *Ibíd.* párr. 16.

38 *Ibíd.* párr. 176.

39 *Ibíd.* párr. 175 – 209.

40 *Ibíd.* párr. 175 – 209.

aplicada la medida, esta cuenta con una correcta motivación⁴¹.

El informe de la Comisión incluye dos tipos de recomendaciones para el Estado ecuatoriano: de carácter inmediato y de tipo estructural. Entre las recomendaciones de carácter inmediato se encuentran las medidas encaminadas a la recuperación de la administración y seguridad de los centros carcelarios, tales como “acciones tendientes a recuperar la completa autoridad en la administración de la gestión penitenciaria, como el mantenimiento de la seguridad interna y la provisión de los elementos básicos necesarios para la vida de las personas reclusas”⁴².

En ese orden de ideas, se recomienda al Estado “establecer medidas específicas con el fin de prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción en centros penitenciarios”⁴³ y “adoptar medidas para evitar el ingreso de armas, drogas, alcohol y otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, además de llevar registros y generar inspecciones periódicas”⁴⁴. Por otro lado, se establece la necesidad de identificar a las personas privadas de la libertad que deban ser sujetas a medidas restrictivas excepcionales, con la finalidad de evitar el desencadenamiento de la violencia. Además, se deben establecer patrones de vigilancia continua, incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia, dotarle del equipo necesario para que intervenga de manera eficaz ante la ocurrencia de motines, incorporar una perspectiva de género y tratamiento diferenciado para proteger a personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria⁴⁵.

La Comisión recomienda remediar de manera inmediata el problema del hacinamiento, con medidas como prohibir el ingreso a los centros sobrepoblados, además de realizar las actividades necesarias para la gestión racional y transparente

de los cupos existentes en las prisiones, de manera que las personas detenidas sean distribuidas de modo eficiente. Por otro lado, se recomienda implementar acciones dirigidas a la aplicación de los beneficios penitenciarios⁴⁶.

Entre las recomendaciones de carácter estructural se encuentran medidas como la generación de políticas de prevención de violencia en base al diagnóstico de la situación penitenciaria, establecer programas especializados de capacitación para el personal encargado de la seguridad de las cárceles, la implementación de mecanismos independientes y efectivos de monitoreo y control de la actividad de las autoridades penitenciarias⁴⁷. En el mismo sentido, se recomienda adoptar las medidas necesarias para modificar la política criminal, de forma que no favorezca la privación de la libertad, y que se promueva una legislación que lleve a “despenalizar o establecer penas que no impliquen la privación de la libertad y a reducir plazos procesales para la caducidad de la prisión preventiva, así como de procesos relacionados con la aplicación de medidas sustitutivas a la privación de la libertad”⁴⁸.

b. Garantías secundarias nacionales

i. *Habeas corpus* correctivo colectivo CDP Inca

Antes de la masacre del 23 de febrero de 2021, cuando ya se contaban por cientos las víctimas en el sistema carcelario, el Consultorio Jurídico Gratuito y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador interpusieron un *habeas corpus* por la situación de las personas privadas de la libertad en un centro específico. La demanda se presentó el 24 de abril de 2020 en la Unidad Judicial de Flagrancia de la ciudad de Quito. La acción tenía el objetivo de precautelar los derechos a la integridad personal, a la

41 *Ibíd.* párr. 21.

42 *Ibíd.* Recomendación 1.2.

43 *Ibíd.* Recomendación 1.3.

44 *Ibíd.* Recomendación 1.4.

45 *Ibíd.*

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.* párr. 210 – 219.

salud y a la vida digna de las personas privadas de la libertad del centro de detención provisional del Inca⁴⁹.

La finalidad de la garantía constitucional era que se dicte una política para que los jueces dejen in-subsistentes los apremios personales que pesan en contra de los alimentantes que no han extinguido sus obligaciones, que el Consejo de la Judicatura dicte una política para que se revisen los casos individuales de los internos y se dispongan medidas alternativas a la prisión preventiva y que se dicte una política pública para la reducción de la población carcelaria, con la finalidad de que las personas privadas de libertad no se encuentren en riesgo por la creciente pandemia de COVID-19⁵⁰.

La acción de *habeas corpus* fue declarada improcedente, bajo el argumento de que ninguna detención fue declarada ilegal, arbitraria o ilegítima, ni se desprenden del expediente fáctico situaciones de tortura, desaparición u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por otro lado, se justificó la negativa del juzgador bajo la idea de que ninguna función del Estado, en este caso, la función judicial a través de sus jueces, puede interferir en las competencias de otra⁵¹.

La sentencia fue apelada por los accionantes, sin embargo, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desechó el recurso y confirmó la sentencia venida en grado en todas sus partes⁵².

ii. Habeas corpus correctivo colectivo Guayaquil

La acción de *habeas corpus* correctivo colectivo presentada en la ciudad de Guayaquil tuvo la

finalidad de precautelar los derechos vulnerados de las personas privadas de libertad respecto de la masacre del 23 de febrero de 2021, en donde, como ya se mencionó, perdió la vida una cifra alarmante de privados de libertad⁵³.

El *habeas corpus* tiene el objeto de recuperar la libertad de aquel que se encuentre privado de esta, de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. En ese sentido, la Corte Constitucional menciona lo siguiente⁵⁴:

“Con relación a la privación de la libertad ilegal, esta puede ser definida como aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. La privación de la libertad arbitraria en cambio es aquella ordenada o mantenida sin otro fundamento que la propia voluntad o capricho de quien la ordena o ejecuta. La privación de la libertad ilegítima por último, es aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello.”

El alcance de la acción de *habeas corpus* no se encuentra limitado a situaciones en las que una persona es arbitrariamente privada de su libertad, también extiende su protección a situaciones en las que la privación de libertad es ejecutada en contravención a los mandatos legales y constitucionales.

La Corte Constitucional ha señalado que el *habeas corpus* correctivo tiene la finalidad de salvaguardar los derechos de las personas privadas de la libertad en los centros carcelarios del país, debido a que la privación de la libertad conlleva limitaciones inevitables a otros derechos, como la vida familiar, la privacidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía; sin embargo, estas restricciones son justiciables mediante el *habeas corpus* correctivo

49 Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Con Sede En La Parroquia Mariscal Sucre Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha. 2020. Proceso No. 17203-2020-01984, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

50 *Ibíd.*

51 *Ibíd.*

52 Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial De Justicia De Pichincha, Proceso No. 17203-2020-01984, disponible en el portal SATJE (<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>).

53 Tribunal De Garantías Penales Con Sede En El Cantón Guayaquil. 2021. Proceso N.º 09901-2021-00025 disponible en el portal SATJE (<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>).

54 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 247-17-SEP-CC.

cuando no fueren razonables o si producen efectos o daños graves al titular de estos derechos⁵⁵.

En el caso concreto, la vulneración a los derechos a la vida e integridad personal sufridos por las personas privadas de la libertad de la ciudad de Guayaquil, por los reiterados episodios de violencia en la Penitenciaría del Litoral, implica la existencia de una situación de detención ilegal.

Ante esta situación, se presenta la demanda de *habeas corpus* correctivo colectivo el 26 de febrero de 2021, en contra del presidente de la República, Ministro de Gobierno, Ministro de Finanzas, Director Nacional del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores y en contra de los directores de los principales centros de privación de la libertad del país⁵⁶.

La acción de *habeas corpus* fue aceptada el 10 de marzo de 2021, en cuanto el tribunal verificó la vulneración sistemática de los derechos a la vida, integridad física y demás derechos conexos de las personas privadas de la libertad por falta de actuación del Estado. Se declaró la ilegitimidad de los hechos denunciados en los centros de privación de libertad y se dispuso su inmediato cese y reparación⁵⁷.

Como medidas de reparación se dispuso: i) que el accionado brinde apoyo psicológico a los familiares y sobrevivientes, ii) exhortó al presidente a cumplir con el plan de acción ordenado por la Corte Constitucional, iii) dispuso la publicación de la sentencia, iv) ordenó la creación de una Comisión Interinstitucional para diseñar políticas que prevengan hechos de violencia como la masacre del 23 de febrero⁵⁸. Coincide, como se verá más adelante, en que las personas privadas de la libertad deben

participar en el diseño de las políticas, así como sociedad civil y la academia⁵⁹.

El SNAI apeló a la decisión por cuestiones formales. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas encontró una falla en la notificación a los demandados y ordenó que el proceso regrese al momento de la citación mediante sentencia de 17 de agosto de 2021⁶⁰. La sentencia de primera instancia estuvo vigente por aproximadamente 5 meses, sin que ejecutara ninguna de sus disposiciones.

Debido a la anterior sucesión de los hechos, se retomó la tramitación del proceso de *habeas corpus* desde el momento de la calificación de la demanda. Esta vez se negó la acción de *habeas corpus*, y quedó aún pendiente la resolución de segunda instancia⁶¹.

iii. Acción de protección por situación de cosas inconstitucional

El 3 de marzo de 2021, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador presentaron una acción de protección con medida cautelar por los derechos de las personas privadas de libertad dentro del sistema carcelario del Ecuador. Se dirigió contra el Presidente de la República, la Asamblea Nacional, el Consejo de la Judicatura, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores (SNAI), el Ministro de Gobierno, la Fiscalía General del Estado, la Secretaría Nacional de Planificación y el Procurador General del Estado; por las políticas públicas en materia de política criminal y de rehabilitación social que habrían permitido el hacinamiento, el deterioro de las condiciones de

55 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 365-18-JH/21.

56 Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso No. 09901-2021-00025, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

57 *Ibíd.*

58 *Ibíd.*

59 *Ibíd.*

60 Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso N.º 09901-2021-00025, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

61 *Ibíd.*

vida y la proliferación de la violencia dentro del sistema carcelario⁶².

El 5 de marzo de 2021, el juez de la causa convocó a las partes procesales a una audiencia pública a realizarse el día 11 de marzo de 2021. El juez encontró que la solicitud de medidas cautelares se encontraba justificada, razón por la cual decidió:

“OTORG[AR], las siguientes medidas cautelares: 1.- Disponer que el señor Presidente de la República [...] convoque [al Directorio del Sistema Nacional de Rehabilitación] para que, en el **término de 5 días**, con sustento en el Plan de Acción presentado por el Sistema Nacional de Atención Prioritaria de Personas Privadas de la Libertad, SNAI y con la participación directa de la Defensoría del Pueblo, y miembros de las demás funciones del estado demandadas, adopten las medidas necesarias, para eliminar la sobrepoblación, carcelaria del país. Para determinar el número de personas privadas de la libertad que podrán mantenerse en el sistema, se tendrá en cuenta: a) La capacidad instalada en los centros de rehabilitación social del país, b) El número de guías penitenciarios disponibles de acuerdo con las normas internacionales, en cada centro carcelario, c) El estricto cumplimiento de las normas de distanciamiento social ordenadas por el COE nacional, para toda la población del país, en donde están incluidas las personas privadas de libertad, consideradas vulnerables, a fin de evitar contagios del COVID, disposición que va acorde con lo que determina el Artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador”⁶³.

Al cierre de este artículo, la reunión aún no se había instalado. La demanda tenía como pretensión de fondo la declaratoria de un “estado de cosas inconstitucional” de acuerdo a la jurisprudencia de la

Corte Constitucional Colombiana (Caso T-025 de 2004), y los factores que definen una situación de cosas inconstitucional son los siguientes:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”⁶⁴.

Con este tipo de sentencias, la Corte Constitucional Colombiana buscó intervenir en situaciones complejas con causas estructurales y que generaban violaciones masivas de los derechos humanos⁶⁵. Con la solicitud de declaración de estado de cosas inconstitucional, los demandantes buscaban establecer que la crisis carcelaria en Ecuador tenía múltiples responsables que empezaban con la aprobación de leyes penales populistas, la implementación de dichas leyes por fiscales y jueces que no respetaban la excepcionalidad de la prisión preventiva, el principio de oportunidad, ni tenían en consideración la capacidad del sistema y un manejo del sistema carcelario sin seguir estándares

62 Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Demanda de Acción de Protección con Medida Cautelar, 3 de marzo de 2021, Proceso 17297-2021-00409, en el archivo de los autores.

63 Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Quitumbe Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, auto de 5 de marzo de 2021. Proceso 17297-2021-00409, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

64 Corte Constitucional Colombia. Caso T-025/04, Juez ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004. Sección 7.

65 Ver, Rodríguez Garavito, César A, and Diana Rodríguez Franco. Cortes y Cambio Social: Cómo La Corte Constitucional Transformó El Desplazamiento Forzado En Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

internacionales en cuanto a medidas de seguridad ni respeto a la vida digna de las personas privadas de la libertad. Cualquier solución debía ser integral.

El juez de primera instancia aceptó el argumento y declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país:

“[A]nte la presente situación cabe utilizar la figura de cosas inconstitucional, para caso utilizados por la Corte Constitucional de Colombia, estamos hablando de 38.000 personas internas que están siendo violados sus derechos, hay una vulneración masiva que concluye con la muerte de cientos de personas el 23 de febrero, la prolongada omisión de las instituciones, la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestarias, las medidas nacen de la Asamblea Nacional esta no puede quedar fuera de la resolución, existe un problema social que requiere la adopción de un presupuesto importante, no están actuando no están afrontando el problema de manera adecuada, si todas las personas acudieran a la justicia se produciría una congestión judicial, que va a pasar si mañana se presentan 38.000 demandas, esta es la ocasión para una solución integral”⁶⁶.

En la sentencia, el juez resolvió que se cumplan las medidas cautelares antes dictadas en cuanto a la disminución inmediata del hacinamiento en el sistema carcelario, además ordenó a las entidades demandadas que, en el plazo de un año, dicten una política penitenciaria; pues, en base al reconocimiento de que el estado es garante de los derechos de las personas privadas de la libertad, debe garantizarse su vida digna, se debe evitar el hacinamiento, se tomarán en cuenta sus condiciones de vulnerabilidad, deberán existir mecanismos de participación de las personas privadas de libertad, sus familiares y de la sociedad civil, así como la

elaboración de protocolos de seguridad y capacitación a guías penitenciarios⁶⁷.

Los demandados apelaron ante la Corte Provincial de Pichincha, que, en decisión de última instancia, ratificó el estado de cosas inconstitucional:

“En el presente caso, el Tribunal coincide con el razonamiento y argumentación del Juez A quo, respecto de “... la responsabilidad del Estado y sus instituciones en la elaboración e implementación de una política penitenciaria integral y constitucionalizada de acuerdo a lo que establecen los artículos 11.9; 201 y 203 de la Constitución...”; **así como hace suyo la aplicación del concepto de “estado de cosas inconstitucionales”** reconocida desde su creación como una técnica para extender los efectos de una sentencia de tutela de derechos fundamentales a sujetos que no sean parte del proceso, para lograr la eficacia ultra partes de una sentencia, a partir de una respuesta implementada por algunos Tribunales y Cortes Constitucionales para resolver un litigio que revela problemas estructurales de fondo, es decir, que involucran la revisión y/o adopción de políticas públicas y la necesaria interrelación entre los poderes del Estado”⁶⁸.

Al rechazar la apelación, la Corte Provincial de Pichincha ratificó, en todo, las medidas ordenadas por el juez de primera instancia. Es decir que el año que fijó el juez para que se presente la nueva política pública penitenciaria feneció en marzo de 2022, sin que ninguna de las entidades demandadas haya dado cumplimiento a las disposiciones del juez. La Corte Provincial de Pichincha remitió el caso a la Corte Constitucional para que, mediante su facultad de revisión, emita jurisprudencia vinculante sobre el caso. La CCE, hasta el cierre de este artículo, no había seleccionado el caso para revisión.

⁶⁶ Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Quitumbe Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, sentencia de 25 de marzo de 2021, Proceso 17297-2021-00409, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

⁶⁷ Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Quitumbe Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, sentencia de 25 de marzo de 2021, Proceso 17297-2021-00409, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

⁶⁸ Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sentencia de apelación de 2 de diciembre de 2021, Proceso 17297-2021-00409, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

iv. Jurisprudencia vinculante de *habeas corpus*

La CCE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la crisis carcelaria en el marco de su competencia de selección⁶⁹ en varios casos de *habeas corpus* acumulados en el caso 365-18-JH/21. El *habeas corpus* es la garantía jurisdiccional diseñada para tutelar el derecho a la libertad de detenciones ilegales, arbitrarias o ilegítimas, y para prevenir la desaparición forzada, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como proteger los derechos a la vida y a la integridad en contextos de privación de la libertad.

El caso resultó de la acumulación de cuatro acciones presentadas por violaciones de derechos por violencia carcelaria. El juez Ramiro Ávila, en su voto razonado argumentó que el fallo adopta “dos conceptos que, en conjunto, equivaldrían (con algunos matices de diferencia) a lo que la Corte Constitucional Colombiana ha denominado “estado de cosas inconstitucional” (concepto que lo aplicó, entre otros, al problema carcelario): la violación estructural y la violación sistemática”⁷⁰. La violación estructural sería tal cuando existe una complejidad que no se puede solventar mediante la resolución de casos específicos, sino que se debe tender al reforzamiento del sistema⁷¹, mientras que la violación sistemática tiene que ver con la reiterada ocurrencia de los hechos en conocimiento de la Corte⁷².

El citado juez consideró que la solución de la crisis penitenciaria debía ser diseñada con la participación de las personas privadas de la libertad⁷³, así como con la adopción de medidas de corto plazo

como la concesión de indultos para disminuir el hacinamiento⁷⁴ y, a largo plazo, como la racionalización del derecho penal (desde el legislativo)⁷⁵, racionalización de uso de la prisión preventiva (desde el judicial)⁷⁶ y la implementación de una política penitenciaria adecuada (desde el ejecutivo)⁷⁷.

El voto de mayoría de la CCE determina como ámbitos de acción del Estado, entre otros, la racionalización del sistema penal y del uso de la prisión preventiva⁷⁸, la disminución del hacinamiento⁷⁹, el mejoramiento de la infraestructura y servicios básicos⁸⁰, prevención de la violencia dentro de las cárceles⁸¹ y el aseguramiento del presupuesto⁸².

La sentencia estableció parámetros de utilización del *habeas corpus*, como la competencia, las medidas aplicables en casos de tortura y penas crueles inhumanas y degradantes. En ese sentido constituyó un precedente fundamental para la aplicación del *habeas corpus* en el contexto de violencia o en condiciones que atentan contra la vida digna. Así mismo, dictó medidas de reparación integral para las víctimas de los casos concretos que llegaron a su conocimiento. Sin embargo, las medidas estructurales indicadas en la sentencia no fueron incluidas en la parte dispositiva de esta, de manera que no han sido objeto de seguimiento posterior.

v. Control constitucional de estado de excepción en el sistema carcelario

El 11 de agosto del 2020, el presidente de la república emitió el decreto ejecutivo N.º 1125, del 11 de agosto de 2020, relativo al “Estado de excepción por grave conmoción interna en todos los centros

69 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 436.6.

70 Corte Constitucional del Ecuador, Voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría a la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, 24 de marzo de 2021, párr. 35.

71 *Ibid.* párr. 36.

72 *Ibid.* párr. 37.

73 *Ibid.* párr. 79.

74 *Ibid.* párr. 86-89.

75 *Ibid.* párr. 91.

76 *Ibid.* párr. 92.

77 *Ibid.* párr. 94.

78 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, Juez Ponente Agustín Grijalva Jiménez, 24 de marzo de 2021, párr. 286.

79 *Ibid.* párr. 294.

80 *Ibid.* párr. 296.

81 *Ibid.* párr. 297.

82 *Ibid.* párr. 298.

de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional, sin exclusión alguna, por la violencia social que se ha producido al interior de los centros”⁸³.

El 12 de octubre de 2020 se emitió el decreto ejecutivo N.º 1169, mediante el cual, el presidente de la república dispuso renovar el estado de excepción antes mencionado. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante dictamen N.º 6-20-EE/20, analizó la constitucionalidad del decreto referido.

En cuanto a las medidas extraordinarias, el presidente dispuso la suspensión de los derechos a la inviolabilidad de correspondencia y a la libertad de asociación en todos los centros de privación de libertad del país, la “movilización de las Fuerzas Armadas y su actuación complementaria a la de la Policía Nacional en la seguridad perimetral, la movilización de la Policía Nacional para reforzar el control interno y las requisiciones a las que haya lugar para mantener los servicios que garanticen los derechos de las personas privadas de libertad como grupo de atención prioritaria, y el orden y seguridad interior de todos los centros”⁸⁴.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del decreto ejecutivo N.º 1169 y emitió una serie de consideraciones adicionales en relación con la situación carcelaria del país.

La Corte menciona que la situación del sistema de rehabilitación social en el país responde a deficiencias estructurales y a actuaciones deficientes e irresponsables del Estado. También señala que el Estado es el garante de los derechos a la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad y que el presidente de la república “debe evidenciar la implementación de medidas concretas, oportunas y estructurales para enfrentar la grave situación del sistema carcelario en el país”⁸⁵.

En virtud del proceso anterior, la Corte establece que, de conformidad con el dictamen N.º 4-20-EE/20, el ejecutivo tiene la obligación de remitir a la Corte Constitucional un plan de acción a mediano y largo plazo, para afrontar la crisis que afecta al sistema carcelario mediante el régimen constitucional ordinario⁸⁶. Por tanto, se ordenó al presidente de la república que, en el término de 20 días, remita a la Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo un plan de acción a mediano y largo plazo para afrontar la crisis en el sistema carcelario⁸⁷.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en el caso N.º 8-21-EE emitió el dictamen de constitucionalidad del decreto ejecutivo N.º 276 de 28 de noviembre de 2021, que renueva el estado de excepción “por grave conmoción interna en todos los centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional”⁸⁸.

En el nuevo dictamen, la Corte Constitucional establece que la única manera de resolver el problema estructural de violencia en los centros de privación de libertad del país es a través de la implementación de medidas de carácter estructural, de mediano y largo plazo, que tengan la finalidad de mejorar el control del Estado sobre todos los centros de privación de libertad del país y de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad⁸⁹.

Así, la Corte enfatiza que es un deber del Estado articular las medidas oportunas y eficaces tendientes a superar las barreras estructurales ya anotadas que ocasionan los graves problemas dentro de los centros de privación de libertad. Como consecuencia, el presidente de la república no podrá recurrir de forma reiterada a los estados de excepción para promover medidas preventivas, reformas institucionales o formulación de políticas, todas las cuales

83 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N.º 6-20-EE/20. párr. 1.

84 *Ibid.* párr. 12.

85 *Ibid.* párr. 44.

86 *Ibid.* párr. 48.

87 *Ibid.* párr. 50.

88 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N.º 8-21-EE/21. párr. 1.

89 *Ibid.* párr. 37.

son obligaciones que deben asumirse dentro de un régimen competencial ordinario. Además, se exhorta a la Asamblea Nacional a formular, desarrollar e implementar modificaciones legislativas que permitan la atención integral a la situación

estructural del sistema carcelario, desde el hacinamiento a la problemática que se genera debida al cumplimiento de reglas que plantean la existencia de más delitos, penas más severas y largas, restricciones a la prelibertad, entre otras medidas⁹⁰.

CONCLUSIONES: EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS SECUNDARIAS

Como se puede ver en el apartado anterior, las garantías secundarias han sido en gran medida favorables a la protección de las personas privadas de la libertad. Las decisiones de los órganos nacionales e internacionales coinciden en señalar como causas de la crisis penitenciaria el hacinamiento, el abuso de la prisión preventiva y las malas condiciones materiales de las personas privadas de la libertad. Las decisiones de estos órganos van en el sentido de atacar estos tres problemas, sin embargo, los resultados son decepcionantes.

Sobre el hacinamiento, en enero de 2020, el número de personas dentro del sistema penitenciario era de 39.180; faltaban en el sistema carcelario 9,717 plazas y la tasa de hacinamiento era del 32.98%⁹¹. En enero de 2021, durante la pandemia del COVID-19 y justo antes de la peor masacre registrada (23 de febrero de 2021), el número de personas dentro del sistema penitenciario era de 38.362, faltaban en el sistema carcelario 8,465 plazas y la tasa de hacinamiento era del 28.31%⁹². Finalmente, luego de las decisiones de la CCE, la CIDH y la Corte Provincial de Pichincha sobre la disminución del hacinamiento, a junio de 2022, el número de personas dentro del sistema penitenciario era de 33.091 personas, faltaban en el sistema carcelario 3.555 plazas y la tasa de hacinamiento era del 9.09 %⁹³.

Si bien se ve una tendencia a la disminución del hacinamiento (que se calcula mediante la comparación entre la cantidad de personas privada de la libertad y la capacidad efectiva instalada en el sistema penitenciario), el problema solo se puede eliminar de forma

definitiva mediante una decisión política que acate las decisiones de los órganos nacionales e internacionales. Tanto el ejecutivo como el legislativo cuentan con los mecanismos de indultos y amnistías por los cuales pueden dejar sin efecto condenas penales; así mismo, la función judicial puede dictar medidas alternativas a la prisión preventiva dado que esta debe ser excepcional. A estos problemas hay que sumar que, ante la percepción de inseguridad ciudadana, el gobierno anuncia cada semana un nuevo aumento de detenciones que podría revertir en los próximos meses la tendencia de disminución del hacinamiento. La eliminación del hacinamiento no puede ser tomada como una obligación de cumplimiento progresivo, sino de resultado inmediato.

Otro resultado decepcionante proviene del abuso de la prisión preventiva. En enero de 2020, 23.449 personas estaban sentenciadas y 14.370 se encontraban en prisión preventiva, es decir una razón de 0.61. En enero de 2021, 23.037 personas estaban sentenciadas y 14.356 se encontraban en prisión preventiva, es decir una razón de 0.62. Finalmente, en junio de 2022, 19.412 personas estaban sentenciadas y 12.695 se encontraban en prisión preventiva, es decir una razón de 0.65. Es decir, la proporción de personas privadas de la libertad sin sentencia (en prisión preventiva) va en aumento. En la actualidad, 4 de cada 10 personas privadas de la libertad en Ecuador se encuentran detenidas por prisión preventiva. Estos datos no sólo indican el abuso que se practica en esta institución, sino cómo el hacinamiento se eliminaría si, en cumplimiento de las decisiones de la CIDH, la CCE y la Corte Provincial

90 *Ibíd.* párr. 38.

91 SNAI. Estadísticas, Documento consolidado del año 2020, Resumen-PPL-2020-30dic2020.xlsx. <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

92 SNAI. Estadísticas, Documento consolidado del año 2021, Resumen-PPL-2021-29dic2021.xlsx. <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

93 SNAI. Estadísticas, Reporte mensual PPL – junio 2022, Reporte-mensual-PPL-Junio-2022.xlsx. <https://www.atencionintegral.gob.ec/estadisticas/>

de Pichincha, los jueces y las juezas dictasen medidas sustitutivas a la prisión preventiva y la Fiscalía General del Estado solicitase dichas medidas de manera excepcional. El uso excepcional de la prisión preventiva suele ser mal recibido por algunos sectores de la población, políticos y medios de comunicación. Incluso la sustitución de la prisión preventiva ha acarreado sanciones a los jueces que las han ordenado⁹⁴.

Finalmente, respecto a la mejora de condiciones materiales de las personas privadas de libertad, los datos muestran la falta de prioridad que el Estado da a la vida digna de las personas privadas de la libertad. De acuerdo con los datos del Centro de Etnografía Interdisciplinaria Kaleidos, el presupuesto destinado al sistema de rehabilitación social disminuyó de 153 millones de dólares en 2017 a 88 millones de dólares en 2020. Es decir, en el año 2017, el Estado destinaba 4.250 dólares anuales por cada persona privada de libertad, inversión que disminuyó a 2.210 dólares anuales por cada persona reclusa (Núñez et al. 2022). Por disposición de la Corte Constitucional, el presidente de la república debía presentar un plan para mejorar el sistema carcelario⁹⁵, que fue presentado en diciembre de 2020. En él se calculaba que se debían invertir 206,8 millones de dólares adicionales en el sistema por cuatro años (51,7 millones anuales)⁹⁶. Pero no fue implementado hasta que luego de una nueva masacre en el sistema carcelario (21 de julio de 2021), el gobierno declaró ante los medios de comunicación que invertiría 75 millones de dólares en 4 años para atender el sistema carcelario⁹⁷, es decir 131 millones de dólares menos del monto al que se había comprometido con la Corte Constitucional.

En conclusión, si bien las garantías secundarias nacionales e internacionales han respondido a las demandas de protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, sus decisiones no han sido implementadas por el Estado ecuatoriano. Las razones pueden

ser variadas y exceden el alcance del presente artículo. Algunas de ellas pueden ser la falta de seguimiento de los órganos que dictaron las resoluciones, la falta de voluntad de órganos como la Corte Constitucional en hacer cumplir sus decisiones (de todas las instancias analizadas, la CCE es la única con la potestad de destituir a los funcionarios públicos que desacaten sus disposiciones), así como la falta de legitimidad democrática e institucional de la CIDH, la CCE y el sistema de justicia.

La efectividad del sistema jurídico no se prueba en las interacciones sociales cotidianas, en las que los integrantes de la sociedad actúan con la convicción de sus obligaciones jurídicas y de la bondad de respetar la ley. La efectividad se prueba en los casos extremos, cuando los derechos de grupos marginados no se encuentran en la agenda del gobierno, los partidos políticos, los medios de comunicación y la sociedad en general. Órganos como las cortes constitucionales han sido denominados en la doctrina como *contra-mayoritarios*, entre otras razones porque no responden a la lógica de las mayorías que prevalece en las funciones de elección popular. Ante la falta de voluntad política de los Estados (en particular de la función ejecutiva, judicial y de la administración de justicia penal) de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, los órganos encargados de implementar las garantías secundarias deberían tener la voluntad de hacer cumplir sus decisiones. Cada informe, dictamen y/o sentencia desacatada desacredita los sistemas de protección de derechos humanos, y deja en la indefensión no sólo a las personas privadas de la libertad, sino a todas las personas que confían en dichos sistemas para proteger la dignidad humana.

Post scriptum: el día que cerramos este artículo, el 18 de julio de 2022, doce seres humanos fueron asesinados en la cárcel de Santo Domingo de los Tsáchilas⁹⁸.

94 "Jueces destituidos por la Judicatura dicen que "empezó la toma de la Corte Nacional", en Primicias. <https://www.primicias.ec/noticias/politica/jueces-destituidos-consejo-judicatura-empieza-toma-corte-nacional/>

95 "Cárceles: El 44% Del Presupuesto Será Para Atender La Salud De Los Presos", en Primicias. <https://www.primicias.ec/noticias/politica/carceles-presupuesto-atender-salud-presos/>.

96 *Ibíd.*

97 "Gobierno Anuncia Inversión De \$ 75 Millones Para Reestructurar El Sistema Penitenciario", en El Universo. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/gobierno-anuncia-inversion-75-millones-para-reestructura-sistema-penitenciario-nota/>

98 Noroña, Karol E. "Masacre en la cárcel de Santo Domingo deja doce presos asesinados. Esto sabemos", en GK, 18 de julio del 2022. <https://gk.city/2022/07/18/masacre-carcel-santo-domingo-presos-asesinados/>

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, Ramiro. 2018. “La política criminal en el gobierno de la “revolución ciudadana”: del garantismo al punitivismo”. *Revista Iuris* 1.17: 29-56.
- CIDH. 2022. “PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN ECUADOR”. 2022. Oas.Org. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf.
- CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.
- CIDH. 2002. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptado el 25 de octubre de 2022.
- Ferrajoli, Luigi. 2005. “Derechos Fundamentales”. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 19-56. Madrid: Trotta.
- Núñez, Jorge; Suárez, Maka; Flores, Mayra; Carpio, Sofía y Pedro Gutiérrez. 2022. “Diagnóstico Del Sistema Penitenciario Del Ecuador 2021”. *Kaleidos*. <https://www.kaleidos.ec/diagnostico-del-sistema-penitenciario-del-ecuador-2021/>.
- Normativa y jurisprudencia**
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1037-16-EP/21, Jueza Ponente Daniela Salazar Marín, 10 de marzo de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1943-12-EP/19, Jueza Ponente Daniela Salazar Marín, 25 de septiembre de 2019, párr. 44.
- _____. Sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, Juez Ponente Agustín Grijalva Jiménez, 24 de marzo de 2021, párr. 251.
- _____. Voto concurrente del Juez Ramiro Ávila Santamaría a la sentencia 365-18-JH/21 y acumulados, 24 de marzo de 2021.
- _____. Dictamen No. 6-20-EE/20.
- _____. Dictamen No. 8-21-EE/21.
- _____. Sentencia No. 247-17-SEP-CC.
- _____. Sentencia No. 365-18-JH/21.
- Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- _____. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- _____. Caso Pávez Pávez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449.
- OEA. Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre del 1969.
- Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial De Justicia De Pichincha, Proceso No. 17203-2020-01984, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Proceso No. 09901-2021-00025, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Tribunal De Garantías Penales Con Sede En El Cantón Guayaquil. 2021. Proceso No. 09901-2021-00025 disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Con Sede En La Parroquia Mariscal Sucre Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha. 2020. Proceso No. 17203-2020-01984, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Unidad Judicial Penal Con Sede En La Parroquia Quitumbe Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, auto de 5 de marzo de 2021, Proceso 17297-2021-00409, disponible en el portal SATJE. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CRISIS CARCELARIA EN ECUADOR
Revisión de los parámetros estructurales desarrollados
por la Corte Constitucional del Ecuador

CONSTITUTIONAL CASE LAW AND PRISON CRISIS IN ECUADOR
Review of the Structural Parameters Developed
by the Constitutional Court of Ecuador

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E CRISE CARCERÁRIA NO EQUADOR
Revisão de parâmetros estruturais desenvolvidos
pela Corte Constitucional do Equador

*Javier Arcentales Illescas**

Recibido: 10/VI/2022

Aceptado: 25/VII/2022

Resumen

Los hechos de violencia ocurridos en las cárceles ecuatorianas desde el año 2019, caracterizados por matanzas entre persona privadas de libertad, han configurado una crisis, frente a la cual, las medidas adoptadas por el Estado han sido insuficientes. Ante esta situación, la Corte Constitucional del Ecuador ha emitido principalmente dictámenes sobre estados de excepción y sentencias de revisión, parámetros estructurales fundamentados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En estos fallos, la Corte ha identificado una vulneración estructural de los derechos de las personas privadas de libertad y la necesidad de adoptar políticas públicas ajustadas al marco constitucional y a las obligaciones estatales que den respuestas de fondo. Este artículo hace una revisión analítica de los parámetros desarrollados por la Corte Constitucional y concluye con la identificación de los desafíos para su cumplimiento.

Palabras clave: Privación de libertad; Integridad personal; Estados de excepción; Sentencias constitucionales; Personas privadas de libertad

Abstract

The acts of violence that occurred in Ecuadorian prisons since 2019, characterized by massacres among people deprived of their Liberty, have configured a crisis in the face of which the measures adopted by the State have been insufficient. Faced with this situation, the Constitutional Court of Ecuador has mainly issued rulings on states of emergency and review of sentences, structural parameters based on the Constitution and international human rights instruments. In these rulings, the Court has identified a structural violation of the rights of persons deprived of their liberty and the need to adopt public policies adjusted to the constitutional framework and to state duties that provided a substantive response. This essay makes an analytical review of the parameters developed by the Constitutional Court and concludes with the identification of the challenges for its fulfillment.

Key words: Deprivation of freedom; Personal integrity; State of emergency; Constitutional case law; Persons deprived of liberty

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Quito; Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la UASB. Es profesor invitado el Programa Andino de Derechos Humanos de la UASB, investigador y consultor en derechos humanos, movilidad humana, garantías jurisdiccionales, sistemas de protección de derechos, diversidades y grupos de atención prioritaria e interrelaciones entre estéticas y derechos humanos.

Cómo citar este artículo: Arcentales Illescas, Javier. 2022. "Jurisprudencia constitucional y crisis carcelaria en Ecuador". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 43-53.

Resumo

Os episódios de violência que ocorreram nas prisões equatorianas desde 2019, caracterizados por mortes entre pessoas privadas de liberdade, configuraram uma crise frente a qual as medidas adotadas pelo Estado equatoriano foram insuficientes. Diante desta situação, a Corte Constitucional, do Equador emitiu opiniões sobre estados de sítio e sentenças de revisão, parâmetros estruturais fundamentados na Constituição e nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Nestas sentenças, a Corte identificou uma vulneração estrutural dos direitos

das pessoas privadas de liberdade e a necessidade de adotar políticas públicas ajustadas à Constituição e as obrigações estatais que gerem uma resposta de fundo. Este artigo faz uma revisão analítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Constitucional e conclui com a identificação dos desafios para tornar para seu cumprimento.

Palavras chave: Privação de liberdade; integridade pessoal; Estados de exceção; Sentenças constitucionais; Pessoas privadas de liberdade

“El sistema está infectado desde la raíz. Es una planta que está podrida y cada una de sus hojas y sus frutos no sirve para nada y solo apesta. Eso le puedo decir. De qué vale sacar a uno si todos están podridos. El sistema, el aire están contaminados.”¹

INTRODUCCIÓN

La naturalización de la violencia ocurre paulatina y silenciosamente en una sociedad y es un síntoma peligroso de decadencia humana. La noticia de los asesinatos masivos ocurridos en 2020 dentro de varios centros de privación de libertad (CPL) en el Ecuador causaron gran conmoción en la opinión pública. La crudeza de las imágenes y audios que inevitablemente circularon por las redes sociales que retrataban los cuerpos despojados de dignidad humana, acompañados de historias desgarradoras de familiares que nada pudieron hacer ante los llamados de auxilio y la actuación desorientada e inútil de las autoridades, impactaron en la sociedad ecuatoriana y mostraron los síntomas de un problema social mucho más profundo y complejo.

Estos son los síntomas del fenómeno que Slokar denominaría la lógica de la exclusión, que es sobre la que operan las cárceles latinoamericanas. En sus propias palabras:

“la situación se inscribe en una dinámica de gran encierro importada por los países de la región, en

donde más de la mitad de los presos no están condenados sino en prisión preventiva, siendo que de esta mayoría de inocentes el grueso lo componen aquellos jóvenes carenciados selectivamente enjaulados por delitos contra la propiedad y distribución de tóxicos en pequeña escala. Esta masiva segregación conduce al reemplazo de la denominación cárcel por la de “depósito humano” o incluso “vertedero” al decir de Jonathan Simon, que se gestiona con una lógica de población enemiga, ya que, a falta de mejores, el delincuente común funge residualmente como el óptimo chivo expiatorio.” (Slokar 2020, 59)

Esta comprensión de la atmósfera carcelaria concreta visiones teóricas que cuestionan la existencia de los centros de privación de libertad, precisamente por hechos como los que ocurren en el Ecuador, donde la degradación de lo humano deriva en la negación absoluta de la dignidad. Siguiendo a Foucault, el sistema carcelario opera sobre los cuerpos despojados de su noción de persona disciplinándolos a través del castigo a cualquier transgresión (Foucault 2008, 159).

¹ Testimonio de Edmundo M., recogido en el párrafo 279 de la Sentencia 365-18-JH/21 de la Corte Constitucional del Ecuador.

Estos hechos no han dejado de ocurrir, pues los reportes de nuevos asesinatos dentro de los CPL se repiten. Sin embargo, ya no conmocionan a una sociedad que empieza a ver con normalidad a estos sucesos escalofriantes. Además, toman fuerza ideas que pretenden justificarlos bajo la creencia de que una persona privada de libertad está despojada de su condición de humano y que esta situación es una consecuencia normal de haber delinquido.

El riesgo de los problemas estructurales es precisamente que se instalan en una sociedad como parte de la cotidianidad, se vuelven ajenos a la conmoción y cada vez indignan menos, de modo que provocan la invisibilización del sufrimiento humano.

Bajo esta premisa, es importante analizar cómo, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha dado tratamiento a estos hechos ocurridos en los CPL y el abordaje en el que, desde una perspectiva estructural y con base en los derechos constitucionales, ese Organismo ha desarrollado parámetros de actuación para que las autoridades a cargo adopten acciones a corto, mediano y largo plazo a fin de superar esta problemática estructural.

La Corte Constitucional se ha referido a estos hechos principalmente desde el control que ha realizado de estados de excepción declarados por el Ejecutivo, en su momento, para atender la denominada crisis carcelaria; y, por otra parte, a través de sentencias que son fruto del proceso de selección y revisión.

Los dictámenes son fruto del control de constitucionalidad que la Corte realiza de los decretos ejecutivos mediante los cuales el presidente de la república declara el estado de excepción, conforme los artículos 166 y 436 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador y de los artículos 119 al 125 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). En ellos la Corte analiza que las declaraciones de estado de excepción cumplan con los parámetros formales y materiales que la Constitución y la LOGJCC han establecido. Desde mayo de 2019 hasta julio de 2022, la Corte Constitucional ha emitido seis dictámenes de control de constitucionalidad de estados de excepción declarados por el presidente de la República frente a hechos violentos ocurridos en los CPL. A continuación, se sintetiza la información general de los dictámenes que forman parte del análisis de este artículo.

Cuadro 1: Dictámenes de constitucionalidad de estados de excepción en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social

| Número | Decreto y fecha estado de excepción | Causal de estado de excepción | Ámbito temporal y territorial | Fecha de dictamen de la Corte Constitucional | Decisión de la Corte Constitucional |
|--------------------------------|--|--|--|--|-------------------------------------|
| 1-19-EE y 2-19-EE (acumulados) | Decreto Ejecutivo 741 de 16 de mayo de 2019 Decreto Ejecutivo 754 de 27 de mayo de 2019 | Grave conmoción interna Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 60 días | 30 de mayo de 2019 | Dictamen favorable |
| 4-19-EE | Decreto Ejecutivo N° 823 de 15 de julio de 2019 (renovación) | Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 30 días adicionales | 23 de julio de 2019 | Dictamen favorable |

Cuadro 1: Dictámenes de constitucionalidad de estados de excepción en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social

| Número | Decreto y fecha estado de excepción | Causal de estado de excepción | Ámbito temporal y territorial | Fecha de dictamen de la Corte Constitucional | Decisión de la Corte Constitucional |
|---------|---|-------------------------------|---|--|-------------------------------------|
| 4-20-EE | Decreto Ejecutivo 1125 de 11 de agosto de 2020 | Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 60 días | 19 de agosto de 2020 | Dictamen favorable |
| 6-20-EE | Decreto Ejecutivo N° 1169 de 10 de octubre de 2020 (renovación) | Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 30 días adicionales | 19 de octubre de 2020 | Dictamen favorable |
| 5-21-EE | Decreto Ejecutivo 210 de 29 de septiembre de 2021 | Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 60 días | 06 de octubre de 2021 | Dictamen favorable |
| 8-21-EE | Decreto Ejecutivo 276 de 28 de noviembre de 2021 | Grave conmoción interna | Sistema de rehabilitación social a nivel nacional: 30 días adicionales. | 10 de diciembre de 2021 | Dictamen favorable |

Fuente: Sistema Automatizado de la Corte Constitucional, SACC.

Elaboración: Javier Arcentales Illescas.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha profundizado en la problemática estructural de los CPL en la Sentencia de revisión N°. 365-18-JH/21, de 24 de marzo de 2021, proveniente de ponencia del juez Agustín Grijalva Jiménez. Este fallo es producto de la selección de cuatro sentencias de *habeas corpus* presentados en favor de personas privadas de libertad que han sufrido vulneraciones a la integridad personal dentro de los centros de privación de libertad del país.

Sentencias de este tipo tienen fundamento en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución y los artículos 2 numeral 3 y 25 de la LOGJCC. En estas disposiciones se establece la obligación que tienen todos los jueces, juezas, tribunales y cortes que resuelven garantías jurisdiccionales, de enviar los fallos a la

Corte Constitucional y la facultad discrecional de ese Organismo para seleccionarlos con base en los criterios establecidos en el artículo 25 de la LOGJCC y, posteriormente, emitir una sentencia en la que revise la actuación de los jueces y desarrolle parámetros constitucionales.

La Sentencia 365-18-JH/21 revisa las siguientes sentencia. En primer lugar, la que resolvió el *habeas corpus* propuesto el 14 de noviembre de 2018 en favor de Benjamín Carrasco Montaleza, quien se encontraba privado de libertad, fruto de una medida cautelar en el Centro de Rehabilitación Social de Turi. Luego la sentencia del *habeas corpus* propuesto el 16 de agosto de 2017 en favor de Jacinto José Lara Matamoros, privado de libertad en el Centro de Rehabilitación Social

de Los Ríos. También la sentencia de *habeas corpus* propuesto en favor de Carlos P., el 25 de noviembre de 2019, quien se hallaba con prisión preventiva en el Centro de Rehabilitación Social de Loja. Y, por fin, el *habeas corpus* presentado el 19 de agosto de 2020 en favor de Edmundo M., quien se encontraba en el Centro de Rehabilitación Social de Turi en virtud de una orden de prisión preventiva dictada en su contra.

Según los hechos que describe la Sentencia 365-18-JH/21, estas personas privadas de libertad sufrieron diferentes tipos de afectaciones a la integridad personal dentro de los CPL, tales como golpizas sistemáticas por parte de otros privados de libertad, con consentimiento de las autoridades y guías penitenciarias de los CPL, extorsiones y amenazas contra su vida y la de familiares, aislamiento y agresiones sexuales.

La mencionada sentencia se destaca porque, a partir de los hechos particulares de los casos bajo revisión, la Corte identificó la problemática estructural que subyace en los CPL, que hace que estos casos no sean hechos aislados, sino fruto de esa problemática. Por las razones señaladas, si bien en la sentencia, la Corte Constitucional también profundizó sobre el *habeas corpus* correctivo como mecanismo para la protección de la integridad personal de las personas privadas de libertad, en este artículo se analizarán los aspectos relacionados con la problemática estructural y los parámetros constitucionales que buscan dar respuesta a dicha problemática.

Finalmente, a modo de conclusión, se establecen algunos desafíos que tiene la justicia constitucional, como una pieza fundamental en la superación de los elementos que configuran la problemática estructural de los CPL y sobre todo de la garantía de los derechos humanos de quienes se encuentran, por diferentes motivos, en esos lugares.

1. Una problemática estructural

Como se ha visto, ante la recurrencia de hechos violentos y masacres ocurridas en los CPL, el Ejecutivo

ha optado, como medida para dar respuesta a la coyuntura, por la declaratoria de estados de excepción en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social en todo el país. Lo dicho, bajo la premisa de que, bajo el régimen ordinario no es posible controlar tales situaciones y que, por tal motivo se requeriría de medidas excepcionales, como la movilización de Fuerzas Armadas y la restricción de derechos, para hacer frente a estas situaciones. Así, en todos los decretos ejecutivos se ha invocado la causal de grave conmoción interna como justificación para la declaratoria del estado de excepción.

Como se observa en el cuadro 1, la Corte Constitucional ha dictaminado la constitucionalidad de dichas declaratorias de estado de excepción; sin embargo, a partir del Dictamen N.º 4-19-EE/19, se hace referencia a la existencia de la problemática estructural y se emite la advertencia de que no es posible superar esta situación únicamente con la declaratoria del régimen excepcional.

Así, en dicho dictamen, ese organismo señaló “que los hechos que motivaron la declaratoria, así como la actual renovación del estado de excepción revelan **la existencia de serias deficiencias estructurales que atentan contra derechos humanos**² inderogables e impiden la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad”³. De esta manera, se hacen visibles las condiciones que subyacen a los hechos de violencia en los CPL, los cuales no son esporádicos o aislados y que, tal como señala este dictamen, son contrarios al objetivo de la rehabilitación social.

En ese dictamen, la Corte Constitucional también identificó los elementos que confluyen simultáneamente en ese escenario crítico. Al respecto indicó:

“A juicio de esta Corte, el hacinamiento, **las deficientes condiciones de privación de libertad, la falta de provisión de servicios básicos, los altos índices de violencia al interior de los centros de privación de libertad, la falta de control efectivo de las autoridades competentes, el uso excesivo**

² Énfasis del autor.

³ Corte Constitucional, Dictamen No. 4-19-EE/19 de 23 de julio de 2019, párr. 94.

de la fuerza por algunos miembros de la Fuerza Pública, la corrupción en los filtros de ingreso⁴, entre otros, exigen la adopción de medidas concretas y urgentes orientadas a hacer frente a estas deficiencias estructurales, no sólo durante la vigencia del estado de excepción.”⁵

La identificación de estos aspectos en el dictamen de constitucionalidad no puede pasar desapercibida, pues evidencia que la debilidad en la política penitenciaria, y en general de rehabilitación social, es un elemento sustancial para que ocurran los hechos de violencia, y a su vez, provoque la grave conmoción interna dentro de los CPL. Por dichas razones, la Corte advierte que este es un asunto que puede ser abordado desde el régimen ordinario, a fin de que no desborde al Estado y el gobierno deba hacer uso del estado de excepción.

En ese sentido, la Corte concluye que “[a]l hacinamiento se suman las deficientes condiciones de infraestructura, y la calidad y accesibilidad a servicios de alimentación, salud, agua, entre otros, **que exigen respuestas efectivas más allá de la declaratoria de estado de excepción**”⁶.

Es claro que tales situaciones no fueron ni han sido superadas, razón por la cual, se dictó un nuevo estado de excepción el 11 de agosto de 2020. Frente a esta situación en el dictamen de constitucionalidad, la Corte Constitucional observó que las condiciones estructurales a las que se hizo referencia en el dictamen previo persistían e incluso se habría agravado⁸; esta vez por la aceptación expresa de grupos delictivos que operan dentro de los CPL y que superan el control de las autoridades.

Así, en dicho dictamen, la Corte constató que, efectivamente los hechos de violencia comportaban la

causal de grave conmoción y dictaminó la constitucionalidad de la declaratoria. No obstante, advirtió que “el Presidente de la República **no puede recurrir al régimen de excepcionalidad para hacer frente a hechos recurrentes y que requieren de cambios estructurales y de largo plazo**”⁹. Menos aún, sin evidenciar que las medidas dictadas, en el régimen ordinario y excepcional, para superar estos acontecimientos hayan sido desbordadas”¹⁰.

Dada la persistencia de los hechos violentos, a pesar de la declaratoria del estado de excepción, el presidente de la República decidió renovarlo por 30 días más. La Corte resolvió aceptar dicha renovación en el dictamen 6-20-EE/20. Sin embargo, tal decisión no fue unánime, pues contó con siete de los nueve votos¹¹. En el voto salvado del juez Ramiro Ávila Santamaría este profundiza en la problemática estructural e identifica la debilidad de la política penitenciaria:

“El gran problema estructural, **que un estado de excepción no resolverá si no está enmarcado dentro una política pública con enfoque de derechos, es el hacinamiento**”¹². A más grandes cárceles y mayor cantidad de personas, menos posibilidad de controlar el crimen organizado dentro de una cárcel, del que se derivan múltiples tráficos ilegales y diferentes tipos de violencia, que incluyen, como ha ocurrido en reiteradas ocasiones durante la vigencia de los estados de excepción, la muerte de personas.”¹³

En estos dictámenes, la Corte Constitucional ha identificado algunos de los elementos que confluyen en la problemática estructural y ha centrado su análisis en la pertinencia de abordarla desde la declaratoria del régimen de excepción. Sin embargo, es en la Sentencia

4 Énfasis del autor.

5 *Ibid.*, párr.95.

6 Énfasis del autor.

7 *Ibid.*, 97.

8 En el párrafo 29 del Dictamen N.º 4-20-EE/20, la Corte Constitucional señaló: “este Organismo Constitucional no puede dejar de mencionar que ve con preocupación que se vuelva a declarar un estado de excepción por este tipo de acontecimientos, **cuando hace un año ya existió un estado de excepción de igual naturaleza, en el que se debían implementar medidas con el fin de solucionar la grave situación carcelaria del país.**” (énfasis del autor)

9 Énfasis del autor.

10 Corte Constitucional, Dictamen N.º 4-20-EE/20 de 19 de agosto de 2020, párr. 31.

11 Según la razón del Dictamen 6-20-EE/20 de 19 de octubre de 2019, se registra el voto salvado del juez Ramiro Ávila Santamaría y no contó con el voto del juez Agustín Grijalva Jiménez por encontrarse ausente.

12 Énfasis del autor.

13 Corte Constitucional del Ecuador, voto salvado del juez Ramiro Ávila Santamaría en el Dictamen 6-20-EE/20 de 19 de octubre de 2020, párr. 16.

365-18-JH/21 en la que ese organismo dedica mayor desarrollo a la identificación de la problemática estructural.

Así, a partir de estadísticas sobre población carcelaria requeridas al Servicio Nacional Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores (SNAI) y de datos proporcionados por el Mecanismo de Prevención de la Tortura de la Defensoría del Pueblo, se verificaron los altos índices de hacinamiento. En ese sentido la Corte Constitucional observó que

“de los 36 centros de privación de libertad, 23 tienen exceso de población carcelaria y que las cifras más altas de sobrepoblación se encuentran en las provincias de la región Costa, esto es Guayas, Santo Domingo, Esmeraldas, Los Ríos, y El Oro, aunque también en provincias de la sierra tales como Cotopaxi, Tungurahua e Imbabura presentan también un exceso significativo.”¹⁴

Además, la misma Corte observó que existe un “uso excesivo de la prisión preventiva y penas privativas de libertad”¹⁵. Asimismo, se suma la agudización de los hechos de violencia, que no han podido ser contrarrestados con las declaratorias de estados de excepción y también el paulatino debilitamiento de la política pública, acompañada de la reducción de recursos.

Con base en estos elementos fácticos, la Corte Constitucional define qué es una vulneración de derechos de carácter estructural y, en ese sentido, explica que esta “no se circunscribe a un hecho específico o coyuntural, sino que se sustenta en factores sociales, económicos, culturales o políticos que configuran una situación compleja de acciones y omisiones que se reproducen continuamente. Esta amenaza es provocada por la confluencia de varios actores y tiende a recaer sobre los derechos de un colectivo o grupo poblacional en situación de desventaja.”¹⁶

Además, la Sentencia 365-18-JH/21 identifica dos características esenciales para que se configure una

vulneración de derechos de este tipo. Por una parte, es *estructural*, porque los factores que la provocan son complejos y la institucionalidad y las políticas públicas no alcanzan a superarla. También es *sistemática*, en razón de la recurrencia de los hechos que vulneran los derechos, que no son aislados o esporádicos.¹⁷

Cabe señalar que, en suma, la jurisprudencia constitucional ha identificado claramente que la problemática que ocurre en los CPL alcanza un grado de vulneración estructural a los derechos de las personas privadas de libertad, en particular a la integridad personal y a la vida. Ahora bien, frente a esta situación crítica, la Corte Constitucional ha desarrollado parámetros a fin de orientar la actuación de las autoridades a cargo, con miras a superarla.

2. Parámetros constitucionales para enfrentar esta problemática desde un enfoque de derechos

Si bien en sus dictámenes la Corte traza algunas respuestas frente a la vulneración estructural de derechos en los CPL, en la sentencia 365-18-JH/21 establece parámetros detallados y sistematizados. Antes de revisar dichos parámetros, es importante considerar que el punto de partida sobre el que estos se desarrollan son las obligaciones que tiene el Estado, como principal garante de los derechos de las personas privadas de libertad.

Así, a partir de estándares internacionales de derechos humanos y de jurisprudencia previa de la misma Corte Constitucional, ese organismo reiteró que

“el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de las personas privadas de libertad en los distintos centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional, sin exclusión alguna en razón de su tipología. Esta obligación se encuentra reforzada en el caso de personas privadas de libertad que se encuentran en una condición de doble

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N°. 365-18-JH/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 49.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 52,

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 273.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 278.

vulnerabilidad, por ejemplo, al padecer de una enfermedad catastrófica.”¹⁸

Entonces, esa posición de especial garante respecto de las personas privadas de libertad obliga al Estado a adoptar medidas de corto, mediano y largo plazo que den respuesta a la vulneración estructural de derechos. Es decir, debe encarar la adopción de políticas públicas que reflejen el real compromiso para superar la situación crítica de los CPL, que, como ha observado la Corte, no solo afecta a quienes se encuentran internos en esos lugares, sino también a quienes laboran en ellos y a los familiares de las personas privadas de libertad.

Esta comprensión permite abordar los parámetros constitucionales desarrollados por la Corte. Estos han sido agrupados bajo los siguientes seis ámbitos:

1. el fortalecimiento de la coordinación y cooperación interinstitucional,
2. la reducción de la sobrepoblación carcelaria y del hacinamiento,
3. el fortalecimiento de las capacidades de servidoras y servidores públicos del Sistema Nacional de Rehabilitación,
4. el mejoramiento de la infraestructura y el acceso a servicios básicos,
5. el respeto a las garantías básicas al interior de los CPL y
6. el aseguramiento de recursos y presupuesto.

En cuanto al fortalecimiento de la coordinación y cooperación interinstitucional, la Corte establece parámetros de actuación a diferentes entidades públicas cuya actuación se vincula directa o indirectamente con la situación de los CPL. Evidentemente, la función ejecutiva, a través del SNAI, tiene a su cargo la rectoría en el manejo de la política pública penitenciaria. Por ese motivo, la Corte dispone que dicha política sea *integral* y cuente con los ministerios de salud e inclusión social.

En la línea de la coordinación interinstitucional, la Corte también dispone la adopción de medidas que

pertenecen a la competencia de otras entidades como la Asamblea Nacional en la emisión de normativa, la Función Judicial en el uso de la prisión preventiva como *última ratio* y la Defensoría del Pueblo, a través del funcionamiento del Mecanismo de Prevención de la Tortura.

En relación a la reducción de la sobrepoblación carcelaria y del hacinamiento se establecen tres aspectos específicos:

1. La aplicación de la privación de la libertad como una medida de *última ratio* para evitar su abuso, de forma que se prioricen las medidas alternativas;
2. La evaluación individualizada de la situación jurídica de personas privadas de libertad, a fin de que jueces de garantías penitenciarias, la Defensoría Pública y el SNAI determinen aquellos casos en que proceden las medidas alternativas a la privación de libertad en delitos cometidos sin violencia u otras medidas tendientes a reducir la sobrepoblación carcelaria;
3. La adopción de las medidas necesarias para contar con las y los jueces de garantías penitenciarias proporcionales a la carga procesal, población carcelaria y demás parámetros técnicos que sustentan su implementación.

En cuanto al fortalecimiento de las capacidades de servidoras y servidores públicos del Sistema Nacional de Rehabilitación, la Corte establece la necesidad de contar con personal suficiente, no solo referente a seguridad, sino también a otras disciplinas como psicología, trabajo social o medicina. Además, la obligación que tiene el Estado de capacitar permanentemente a dicho personal, la de dotarle de los equipamientos necesarios para cumplir sus tareas, y de llevar a cabo el mejoramiento de los niveles de seguridad interna e inteligencia.

Sobre el mejoramiento de la infraestructura y el acceso a servicios básicos, la Corte establece la obligación de coordinar acciones con los GAD municipales y provinciales, a fin de contar con dichos servicios. Destaca el parámetro referido a evitar “la edificación

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 209-15-JH/19, párr. 54.i.

de infraestructura carcelaria de grandes dimensiones que dificultan el control por parte del Estado y propician la sobrepoblación.”¹⁹ En relación al respeto a las garantías básicas al interior de los CPL, se establecen los siguientes parámetros referidos a:

- Posibilitar el acceso de personas privadas de libertad a la formación académica, profesional, cultural y deportiva;
- Hacer efectivo el derecho de petición dentro de los CPL;
- Eliminar las celdas de castigo o aislamiento forzado;
- Observar de manera estricta del uso progresivo de la fuerza;
- Permitir visitas tanto a familiares y profesionales del Derecho, como a los representantes de la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, la Corte Constitucional es enfática en señalar un último aspecto: que es imprescindible contar con recursos y presupuesto para que se diseñe e implemente una política pública bajo los parámetros mínimos que ese organismo estableció en la sentencia.

Cabe indicar que, en el decisorio de esa sentencia, la Corte Constitucional dispuso que estos parámetros sean integrados a los del dictamen 4-20-EE, a efectos del seguimiento de su cumplimiento. Es decir que, a fin de atender a la problemática estructural, las autoridades públicas deben demostrar, dentro de la misma fase de verificación de cumplimiento, que están adoptando las medidas dispuestas en estas decisiones conforme a los parámetros constitucionales.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: DESAFÍOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Luego de la emisión de la Sentencia 365-18-JH/21 sobrevinieron nuevos hechos de violencia que provocaron otra declaratoria de estado de excepción. Estos fueron objeto de control constitucional mediante el dictamen 5-21-EE y su renovación, 8-21-EE, esta vez bajo nuevas autoridades de gobierno.

Este hecho deja ver la complejidad y profundidad de la problemática, la insuficiencia de la actuación estatal y, al mismo tiempo, el desafío para la Corte Constitucional para realizar el seguimiento los parámetros que ha desarrollado en sus decisiones y asegurar su cumplimiento.

La Corte Constitucional cuenta con la fase de verificación de cumplimiento de sentencias (LOGJCC, artículo 21), mediante la cual, realiza el seguimiento de las decisiones adoptadas, para el cual, dispone de varias medidas para su cumplimiento, tales como emitir requerimientos de información a las entidades accionadas, solicitar informes a organismos encargados de la vigilancia del cumplimiento y convocar a reuniones

de trabajo con las instituciones involucradas, entre otras. Es decir, no se debe entender que las sentencias analizadas en este artículo han sido archivadas, sino que aún debe examinarse su cumplimiento, respecto del cual, la Corte debe pronunciarse.

No obstante, dada la complejidad del tema, el análisis del cumplimiento que haga la Corte no podría limitarse a la solicitud de información y emisión de una providencia que indicara si formalmente se cumplió o no. Es necesario mirar este proceso como un acompañamiento, por parte de la Corte Constitucional, a las entidades que tiene a su cargo la política de los centros de privación de libertad. De tal modo que, más allá de las formalidades, se promuevan los cambios estructurales necesarios que los parámetros constitucionales han contemplado.

El desafío principal de la justicia constitucional es, precisamente, lograr que las autoridades a cargo logren desarrollar respuestas de mediano y largo plazo para superar esta vulneración estructural a los derechos a la integridad personal y a la vida de las personas

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 365-18-JH/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 296.4.

privadas de libertad. Lo dicho debe trascender la voluntad coyuntural de las autoridades y consolidar una política pública sostenida, con recursos y un enfoque claro de derechos.

La Sentencia 365-18-JH/21, en el decisorio estableció también “que a efectos de la verificación del cumplimiento de esta sentencia la Corte podrá convocar a audiencias de seguimiento y solicitar informes de ejecución de la sentencia”. Si bien no se ha registrado hasta el momento diligencia alguna realizada para dar seguimiento, queda claro que la Corte Constitucional

cuenta con mecanismos para que las autoridades a cargo rindan cuentas sobre los esfuerzos reales que están haciendo a fin de dar respuesta a esta problemática compleja, y que los parámetros no sean asumidos como referenciales, sino como mínimos que deben ser acatados.

Al cierre de este artículo, un nuevo hecho de violencia se reporta desde el CPL de Santo Domingo de los Tsáchilas, con la consecuencia de al menos trece personas privadas de libertad asesinadas y algunas de ellas decapitadas, según señaló el SNAI²⁰.

²⁰ Cuenta Twitter del SNAI, 19 de julio 2022. https://twitter.com/SNAI_Ec/status/1549130274541391874

BIBLIOGRAFÍA

Foucault, Michel. 2008. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI.

Slokar, Alejandro 2020. "Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal" en *Morir de Cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, editado por Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar.

Normativa y jurisprudencia

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre 2009.

Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen N.º 4-19-EE/19 de 23 de julio de 2019.

_____, Dictamen N.º 4-20-EE/20 de 19 de agosto de 2020.

_____, Dictamen 6-20-EE/20 de 19 de octubre de 2019.

_____, Sentencia N.º 365-18-JH/21 de 24 de marzo de 2021.

_____, Sentencia N.º 209-15-JH/19.

PRISIÓN PREVENTIVA Y CANDADOS LEGALES
El activismo judicial como un mecanismo de transformación
de la justicia penal en Ecuador

PREVENTIVE DETENTION AND LEGAL LOCKS
Judicial Activism as a Mechanism to Transform
the Ecuadorian Criminal Law System

PRISÃO PREVENTIVA E TRAVAS LEGAIS
O ativismo judicial como um mecanismo de transformação
da justiça penal no Equador

*Paola Campaña Terán**

Recibido: 26/V/2022

Aceptado: 21/VI/2022

Resumen

La prisión preventiva en el Ecuador ha incorporado candados legales para su revisión y suspensión de efectos, que se encuentran en los artículos 544 y 536, que se hallan en concordancia con el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal; y, con las reformas introducidas a través de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, esta situación se profundizó. El presente artículo pretende presentar la situación de contraposición en que se halla la legislación interna con los estándares de protección internacionales desarrollados respecto de la prisión preventiva y el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, y, a la vez, mostrar cómo, a través del activismo judicial, se puede transformar el sistema penal ecuatoriano.

Palabras clave: Estándares Internacionales; prisión preventiva; derecho a la igualdad y no discriminación; activismo judicial; inconstitucionalidad

Abstract

In Ecuador, legal locks to the review and suspension of the effects of prevention detention are found in Articles 57, 544 and 536 of the Organic Comprehensive Criminal

Code. Following the amendments made of the Organic Law to Reform the Organic Comprehensive Criminal Code, this situation only worsened. This article focuses on presenting the situation, contrasting Ecuadorian law with international protection standards relating to pre-trial detention and the right to formal and material equality and non-discrimination. It will also strive to show how judicial activism can be used to transform the Ecuadorian criminal law system.

Key words: International standards; Prevention detention; Right to equality and non-discrimination; Judicial activism; Unconstitutionality

Resumo

A prisão preventiva no Equador, vem incorporando travas legais, para sua revisão e suspensão de efeitos, que se encontram nos artigos 544 y 536 concordantes com o artigo 57 do Código Orgânico Integral Penal; com as reformas introduzidas através da Lei Orgânica Reformadora ao Código Orgânico Integral Penal, esta situação se aprofundou. O presente artigo pretende apresentar a situação de contraposição existente entre a legislação interna, os

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador; Máster en Estado de Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos España y Máster en Derecho Penal por la Universidad Andina Simon Bolívar. Es actualmente jueza de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: paola.campana.pc@gmail.com

Cómo citar este artículo: Campaña, Paola. 2022. "Prisión preventiva y candados legales". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 54-68.

padrões de proteção internacionais existentes sobre a prisão preventiva, e o direito a igualdade formal, material e não discriminação para assim mostrar, como através do ativismo judiciário o sistema penal equatoriano pode se transformar.

Palavras chave: Padrões internacionais; Prisão preventiva; Direito à igualdade e não discriminação; Ativismo judicial; Inconstitucionalidade

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Por mandato constitucional debe ser aplicada de forma excepcional al ser considerada de última ratio. Si bien la Constitución de la República del Ecuador (CRE) ha establecido la excepcionalidad de su aplicación, el desarrollo normativo secundario no ha seguido la misma línea, ya que la ley contempla candados que impiden la cristalización del ideal de última razón.

Las reformas introducidas al Código Orgánico Integral Penal (COIP) por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 107 de 24 de diciembre del 2019, que entró en vigencia el 24 de junio del 2020, lejos de acercarnos al ideal constitucional, nos han alejado más de él, al introducir mayores limitaciones para la sustitución de la prisión preventiva en el artículo 536 del COIP, que se relacionan con la condición de reincidencia.

El cuerpo legal indicado también prevé restricciones para la suspensión de los efectos de la prisión preventiva en el artículo 544, en el que se limita la posibilidad de caución y se establecen las causas de su inadmisión, que van dirigidas a la naturaleza del delito y al quantum de la pena.

El juez está obligado a realizar un control de convencionalidad, a la aplicación directa de la Constitución e instrumentos internacionales, y de la jurisprudencia internacional. Sin embargo, es necesario no perder de vista que en el país aún se mantiene vigente la figura del delito de prevaricato, y que el control de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), a través de su jurisprudencia, es

concreto e impide que el juez deje de aplicar una norma por considerarla inconstitucional sin que haya una declaración previa. Estos elementos generan conflictos que requieren que los jueces mantengan un papel activo de denuncia de las contradicciones del sistema, a fin de alcanzar su armonía.

1. La prisión preventiva

“La prisión preventiva [...] representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de libertad cautelar, caracterizada en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es precisamente por esta razón, la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*).” (Maier 2011, 31)

La prisión preventiva es una figura controversial en el derecho penal, ya que implica una privación de libertad sin la existencia de un juicio previo, se ha identificado como una pena anticipada que se ve contrapuesta al principio de presunción de inocencia que constituye la base de un derecho penal garantista, el cual tiene como eje central a la persona, su dignidad y derechos.

El someter a una persona a una privación de libertad previamente a su declaración de culpabilidad constituye una medida de carácter netamente procesal que responde a la necesidad de aseguramiento del procesado, con el propósito de cumplir con la realización del procedimiento y sus fines. Es decir, se impondrá una limitación a la movilidad del procesado, con la intención específica de que se evite la obstrucción de

la investigación, la evasión, y se garantice la inmediatez¹, para que se pueda concluir con el cometido del proceso penal en garantía a los derechos del imputado y las víctimas.

Si bien las legislaciones y la jurisprudencia internacional han reconocido el carácter procesal de las medidas cautelares privativas de libertad, también se ha desarrollado su carácter de excepcionalidad, que requiere elevados estándares materiales y de motivación para ordenarlas, los cuales deben estar contemplados en la ley procesal para evitar su abuso y aplicación indiscriminada.

2. La prisión preventiva en el Ecuador

El artículo 77 numeral 1² de la CRE ha marcado la pauta de que la prisión preventiva no debe ser la regla general, que es una medida destinada a fines netamente procesales, que debe cumplir requisitos y formalidades y que no puede prolongarse en el tiempo más allá de los límites establecidos en la ley. Con este estándar, el COIP regula la prisión preventiva mediante los artículos 534 a 541.

El artículo 534³ contempla cuatro requisitos para que la medida de prisión preventiva sea ordenada: que haya elementos suficientes sobre la existencia del delito y que el procesado podría haber tenido participación

en el delito –la norma ha incluido que la sola existencia de estos elementos no es suficiente–. También un análisis de necesidad de la prisión preventiva que, a su vez, debe incluir la existencia de indicios que permitan establecer que las medidas no privativas de libertad son insuficientes y que, en caso de que se ordene motivar este elemento, que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

El artículo analizado contempla un estándar procesal material medio en la aplicación de la prisión preventiva. En efecto, establece que la presencia de elementos de existencia del delito y participación no son suficientes para ordenar una medida privativa de libertad, y exige un análisis de su necesidad, que debe realizarse caso por caso, y con motivación precisa, de cuáles son los indicios que permiten establecer que otras medidas no cumplirán con los mismos objetivos procesales, pero incorpora a prácticamente todos los delitos contemplados en el COIP, ya que el límite inferior de la pena es de un año.

Adicionalmente, el juez, en el análisis debe tomar en cuenta el comportamiento anterior del procesado, ya que se incorpora la consideración de evaluar el incumplimiento de medidas alternativas otorgadas con anterioridad, incluso en otros procesos. Como se ha indicado, la norma exige que se analicen estos elementos que el artículo 536 del COIP dispone:

- 1 El artículo 77 numeral 1 de la CRE establece como una de las finalidades de la prisión preventiva el garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, y el COIP, en el artículo 534, incorpora la misma finalidad. En el artículo 5 numeral 17 del mismo cuerpo normativo se recoge la inmediatez como un principio procesal que exige la evacuación conjunta de la prueba con la presencia del juez y los sujetos procesales. En él, además, si bien la inmediatez está ligada a la etapa de juicio, que es en la que se practica y evalúa la prueba, en el proceso penal, la etapa intermedia es la que permite que dicha inmediatez se cristalice a través de la imposición de medidas cautelares que la garanticen, ya que nuestro sistema no permite el juzgamiento en ausencia del procesado, salvo en los casos excepcionales contemplados en el artículo 233 de la CRE. Si durante la etapa intermedia no se cumple la finalidad de garantizar la presencia del procesado y este se evade, la etapa de juicio se suspenderá y puede incluso provocarse la prescripción de la acción.
- 2 “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”.
- 3 Art. 534.- Finalidad y requisitos.-Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:
 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso, la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez, obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.
 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador, para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

“Art. 536.- Sustitución.- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.⁴

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.” (COIP, artículo 536)

El estándar constitucional es alto, y el material para disposición de la medida es medio; mas, para su sustitución es bajo. Como se puede identificar, la norma contemplaba dos candados de orden legal cuando había sido ordenada. El primero, el *quantum* de la pena –delitos cuya pena no supere los cinco años–, ya fue eliminado a través de la sentencia 8-20-CN/21 de 18 de agosto del 2021, a través de su declaratoria de inconstitucionalidad. El segundo es el pasado judicial del procesado, a través de la incorporación de la consideración de reincidencia⁵, y se mantiene en vigencia. Este hecho limitaría el carácter de excepcional y de última ratio de la prisión preventiva.

Al realizar el mismo análisis respecto del criterio establecido para la suspensión de los efectos de la prisión preventiva a través del otorgamiento de caución, se identifica que el COIP incorpora causales de inadmisibilidad de la caución y dispone: “Art. 544.- Inadmisibilidad.–No se admitirá caución: [...] 2. En los delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea superior a cinco años” (COIP, artículo 544, numeral 2). De modo que la figura de caución también se encuentra limitada por el quantum de la pena, bajo el mismo criterio que ya fue declarado inconstitucional.

Estos candados nos llevan a un análisis simultáneo sobre la imposibilidad de inaplicación de una norma

considerada por el juez inconstitucional, sin una previa declaración de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en este sentido.

“La consecuencia directa de la aplicación del criterio interpretativo de la Corte Constitucional a un caso como el que se presenta en la especie es el que el juez o jueza que encuentre que podría vulnerar un precepto constitucional, no tiene la facultad para inaplicarla. (...) En un sistema de control concreto de constitucionalidad como el ecuatoriano, dicho pronunciamiento únicamente puede corresponder a la Corte Constitucional, órgano que ostenta la potestad privativa, para a través de los procesos de control constitucional y por medio de sus sentencias destruir la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas del ordenamiento jurídico.”⁶

Conforme lo establecido por la CCE en la sentencia número 034-13-SCN-CC, en razón del control concreto de constitucionalidad, los jueces de instancia no tienen la facultad de inaplicar una norma por considerar que esta sea inconstitucional o atentatoria a derechos, sino que es necesario que se consulte y suspenda el procedimiento, y una vez que se emita un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la norma, esta podrá ser inaplicada en casos futuros. Esta disposición, a su vez debe analizarse frente a la aplicación obligatoria como precedente jurisprudencial de toda decisión de la CCE, desarrollado en la sentencia N.º 001-16-PJO-CC, que señala lo siguiente:

“todos los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento,

⁴ El inciso primero del artículo indicado fue declarado inconstitucional por la sentencia número 8-20-CN/21 de 18 de agosto del 2021, con la cual se eliminó la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

⁵ El Código Orgánico Integral Penal ha definido la reincidencia en el artículo 57 que dispone: Reincidencia. –Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada–. La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido, en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.

⁶ CCE, Sentencia 034-13-SCN-CC, 11.

en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.” (CCE, Sentencia 001-16-PJO-CC, 6)

Estos elementos, junto con la existencia del tipo penal de prevaricato contenido en el artículo 268⁷ del COIP, limitan de forma completa la posibilidad de inaplicación de las normas citadas a los operadores de justicia. Dentro de la sentencia 10-18-CN/19, el juez Ramiro Ávila, en su voto concurrente, incorpora una visión nueva sobre el control de constitucionalidad y la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales por parte de los operadores de justicia. En el documento analizado, el juez Ávila plantea la necesidad de desarrollar un sistema mixto de control de constitucionalidad.

“En este voto concurrente explico, en primer lugar, la necesidad del reconocimiento del matrimonio igualitario, y; en segundo lugar, la necesidad de establecer, por considerar que tiene un fundamento constitucional y fortalece un control democrático más efectivo de constitucionalidad, un sistema de control mixto de constitucionalidad.”⁸

Se incorpora en el discurso la necesidad de fortalecimiento del control democrático a través de un control

mixto de constitucionalidad ejercido por los jueces de instancia y la CCE; y el fundamento de su argumento reside en que la Constitución incorpora control concreto y difuso de constitucionalidad a la vez.

Esta argumentación se sustenta en el contenido de los artículos 11 numeral 3⁹ que consagran el principio de aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que contemplan derechos más favorables y en atención al artículo 426¹⁰ del mismo cuerpo constitucional, que regula la interpretación en casos de anomia, en los cuales se aplica la norma que más favorezca la plena vigencia de los derechos.

Aunque puedan presentarse en la CCE posiciones más favorables sobre el control difuso de constitucionalidad, en caso de valorarse inconstitucionales disposiciones legales, estas deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico, en favor de la armonización del sistema y debido a que la actuación contra norma expresa se encuentra tipificada en el COIP como un delito, tal como ya se había indicado anteriormente.

3. La prisión preventiva: estándares internacionales¹¹

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace una específica referencia a la prisión preventiva

7 “Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; quienes procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda en la sustanciación de las causas, o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.”

8 CCE, Sentencia N.º 10-18-CN/19. Voto Concurrente Ramiro Ávila, 1.

9 “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

10 “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución y aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

11 El presente acápite es una adaptación de las consultas de constitucionalidad de las normas números 08-20-CN, 31-21-CN y 49-21-CN, que fueron presentadas a la Corte Constitucional del Ecuador por la abogada Paola Campaña Terán, respecto de los artículos 57, 536, incisos primero y final, y 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. La consulta 8-20-CN ya fue resuelta, declarando la inconstitucionalidad de la norma consultada, y las otras se encuentran en sustanciación a la presente fecha. Estos documentos presentan la situación, y por lo tanto han sido citados de forma textual y parafraseada.

en su texto. Pero, sobre la base de los derechos reconocidos en este instrumento, en el artículo 7 numeral 3¹², y las garantías básicas del derecho a la defensa establecidas en el artículo 8 numeral 2¹³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, cinco principios a tomar en cuenta al momento de aplicar la medida de prisión preventiva, que son:

- 1.- La prisión preventiva constituye una medida excepcional.
- 2.- La prisión preventiva debe ser proporcional.
- 3.- La prisión preventiva debe ser necesaria.
- 4.- La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito.
- 5.- La prisión preventiva no puede estar determinada por la gravedad del delito.” (Gómez 2014, 208-9)

La CIDH ha señalado que, en función del principio de presunción de inocencia, la medida de prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla general, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado.

Esta excepcionalidad radica, a su vez, en el carácter procesal mas no punitivo que debe revestir a la medida y, desde su enfoque, se analiza que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena.

“106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual **su aplicación debe tener un carácter excepcional**¹⁴, en virtud de que se encuentra

limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”¹⁵

El segundo principio establecido por la CIDH es el de proporcionalidad, es decir que debe atenderse al tiempo de duración de la medida, ya que no puede establecerse para el presuntamente inocente un gravamen que corresponda o exceda al del condenado, y en ningún caso extenderse de forma desproporcionada en el tiempo.

“122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad [...] El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido.”¹⁶

La prisión preventiva, a criterio de la CIDH, debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a esta, en caso de que las circunstancias del proceso lo permitan, y para realizar un control de la arbitrariedad e ilegalidad en la adopción de la medida.

“76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control

12 “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal [...] 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”

13 “Artículo 8. Garantías Judiciales 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos, peritos u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

14 Énfasis de la autora.

15 CIDH, *Tibi vs. Ecuador*, 2004, párr. 106.

16 CIDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela*, 2009, párr. 122.

idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.” (CIDH, *Acosta Calderón vs Ecuador*, 2005, párr. 76)

El tercer principio es el de necesidad. Esta medida debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso, y la valoración estará enfocada en las consideraciones de obstrucción y evasión. Es necesario determinar la presencia de estas condiciones para su aplicación, caso contrario, la medida se torna arbitraria.

“198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.”¹⁷

El tipo del delito y su gravedad, en el enfoque de la CIDH, no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una prisión preventiva, y menos aún ser incorporadas estas consideraciones en la legislación.

“22. Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito [...] y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar **–porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo**¹⁸– otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en

concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena.”¹⁹

Como se identifica, los estándares internacionales proscriben la posibilidad de incorporar, en el análisis de la imposición de una medida de prisión preventiva, la gravedad del delito o de la pena, un elemento que ya ha sido reconocido por la CCE en el artículo 536, inciso primero a través de la sentencia 8-CN-20/21. El mismo criterio se encuentra en el artículo 544 numeral 2 de la improcedencia de la caución, sobre el que deberá decidir el precitado organismo a través de la consulta 31-21-CN.

El artículo 536 inciso final del COIP mantiene excepciones para la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas no privativas de libertad; la reincidencia, una disposición que contraviene las decisiones de la CIDH, al limitar la posibilidad de que la medida sea revisada para todos los procesados, por establecer un trato diferenciado para aquellas personas que cumplen los presupuestos del artículo 57 del COIP.

En este contexto para imponer una medida de prisión preventiva el juez debe aplicar las consideraciones anteriormente indicadas, a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas, y que las órdenes de privación de libertad no se tornen arbitrarias. Una correcta motivación implica analizar todos estos requisitos. Cuando se plantean excepciones a la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, el juez se ve en la imposibilidad de realizar un análisis que se ajuste a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos anteriormente expuestos. Nuestro país ya fue sancionado por mantener en su ordenamiento jurídico disposiciones contrarias a la Convención en el caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, justamente porque se mantenían excepciones a la liberación de detenidos.

¹⁷ CIDH, *Palamara Iribarne vs Chile*, 2005, párr. 198.

¹⁸ Énfasis de la autora.

¹⁹ CIDH, *López Álvarez vs Honduras*, 2006, párr. 22.

“97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.”²⁰

La excepción que propone la norma produce que, si se ha ordenado la prisión preventiva en una causa a una persona que haya sido sancionada, ya sea por el mismo delito o por otro que atente contra el mismo bien jurídico protegido, esta medida no pueda ser sustituida por otras, aunque se reunieran las condiciones necesarias para hacerlo. La norma incorpora características relativas directamente al autor, por la reincidencia, caso que constituye una excepción contrapuesta a los principios señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial, reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2²¹, en los artículos 1.1²² y 24²³ de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales desarrollados en torno al derecho a la igualdad por este organismo. Adicionalmente priva de manera inmotivada a un sector de la población carcelaria de un derecho, objeción que ya ha sido previamente observada a nuestro país por parte de la CIDH²⁴.

La Organización de Naciones Unidas ha adoptado principios que deben aplicarse en estos campos mediante instrumentos como las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estos

instrumentos, si bien no son tratados o convenios internacionales, mantienen consonancia con la jurisprudencia internacional y dan pautas para la adopción de medidas cautelares.

Las Reglas de Tokio desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, al indicar que deben aplicarse sin discriminación alguna. Las medidas cautelares, deben ser utilizadas de acuerdo al principio de mínima intervención penal, y la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso, de acuerdo a las necesidades específicas del proceso; por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal impide que se cristalicen estos principios.

Respecto al conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se pone de relieve la presunción de inocencia y, en correlación con este principio, se desarrolla que solo se procederá al arresto o detención cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia, para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o el procesamiento. Se añade que toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a que otra autoridad decida lo contrario y recobrar la libertad en espera de juicio. Por este motivo, se recomienda mantener un examen de la necesidad de la detención durante todo el proceso. Estos principios no pueden aplicarse si se mantienen en la legislación interna condiciones excluyentes que impidan tanto la revisión de la medida de prisión preventiva como la suspensión de sus efectos. Es necesario resaltar el carácter cautelar y no punitivo de la medida de prisión preventiva, que no puede responder a la consideración de las características del presunto infractor y que tiene que mantenerse en

20 CIDH, Suarez Rosero vs Ecuador, 1997, párr. 97.

21 “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

22 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

23 “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

24 En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

consonancia con los derechos consagrados en la CRE, caso contrario estaríamos contraviniendo normativa constitucional y convencional e incursionando en un derecho penal de autor.

La dignidad humana exige que el gravamen que se provoque se encuentre justificado en los beneficios que este reporte. Si las necesidades de mantenimiento de una medida tan gravosa como la privación de libertad desaparecen, debe haber la posibilidad de sustituir la medida por otra que provoque un gravamen menor, o suspender sus efectos a través de caución, sin atención a las características personales del privado de libertad, la gravedad del delito o de la pena.

“69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]. **Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva**²⁵. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.”²⁶

4. La igualdad y no discriminación²⁷

En el acápite anterior hice referencia a que la consideración personal del autor, en cuanto a la reincidencia constituye, a criterio de la autora, una medida legislativa de orden discriminatorio –que se extiende a un sector de la población– e impide el cumplimiento de los principios relativos a la prisión preventiva que han sido desarrollados por la CIDH.

En el presente acápite se analizarán los criterios respecto del principio de igualdad y no discriminación que se consideran relevantes para apoyar la posición esgrimida.

La CIDH ha establecido de forma reiterada que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un reconocimiento de la unidad de la naturaleza del género humano, y este sentido se encuentra ligado a su dignidad de persona, la misma que no debe verse limitada por consideraciones de inferioridad o superioridad respecto de sus congéneres.

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual **es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad**²⁸. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”²⁹

La CIDH ha desarrollado que el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación constituye un principio básico y general de la protección de los derechos humanos, razón por la cual es contrario a la Convención cualquier tratamiento discriminatorio. Es decir que sin importar cuáles sean las consideraciones, las normas que consagran tratamientos de esta naturaleza son contrarios a las obligaciones internacionales, en este caso, adquiridas por el Estado ecuatoriano. Por tal causa, el trato diferenciado frente a conceptos como reincidencia o peligrosidad no deberían incorporarse como limitantes de derechos.

²⁵ Énfasis de la autora.

²⁶ CIDH, *López Álvarez vs Honduras*, 2006, párr. 69.

²⁷ El presente acápite es una adaptación de la consulta de constitucionalidad de la norma número 49-21-CN, que fue presentada a la Corte Constitucional del Ecuador por la Ab. Paola Campaña Terán, respecto de los artículos 57, 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal; que se encuentra en sustanciación a la presente fecha. El documento correspondiente presenta la situación, y por lo tanto ha sido citado de forma textual y parafraseada.

²⁸ Énfasis de la autora.

²⁹ CIDH, OC-4/84, 1984, p. 12.

“268. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, **cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma**³⁰. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”³¹

El derecho a la igualdad y no discriminación corresponde al *jus cogens*, y la CIDH ha establecido que, si bien no se prohíbe todo trato diferenciado, existe una necesidad de identificar cuáles son las razones del mismo, que no puede ser arbitrario ni en detrimento de los derechos humanos.

“184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, **el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens***³². Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.”³³

Esta diferenciación solo podría estar legitimada en función del cumplimiento de un fin convencional legítimo, ya que implica una limitación a un derecho.

En el inciso final del artículo 536 se limita el derecho a no recibir un trato discriminatorio en función del pasado judicial. Pese a que la norma pueda presentarse como neutral, la incorporación en la normativa penal del artículo 57 que identifica qué debe entenderse por reincidencia y su aplicación en concordancia con la norma anteriormente indicada, no encuentran un fin constitucional legítimo y únicamente limitan derechos a un grupo de personas que cumplen con estas características, sin que pueda identificarse primero la finalidad convencionalmente válida y la proporcionalidad del medio empleado con la obtención del fin.

“219. En este sentido, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.”³⁴

La norma crea una discriminación de *jure*, que se enfoca en el análisis de una condición particular de imputado por un delito, que limita un derecho y genera un trato desigual respecto de otros justiciables que, aunque comparten su situación, no comparten sus características de registro de ofensas previas, y que hace que sea de hecho tratado de forma diferente, por exigencia de la Ley. La CIDH, ante estos presupuestos, incluso invierte la carga de la prueba en perjuicio del Estado. Como consecuencia, le correspondería al país demostrar que las limitaciones impuestas no ocasionan un efecto discriminatorio, que persigue un fin convencionalmente válido y que la afectación realizada a los derechos tiene una justificación en cuanto a su proporción en relación con el fin propuesto.

“286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que **los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos**

30 Énfasis de la autora.

31 CIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 2010, párr. 268.

32 Énfasis de la autora.

33 CIDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005, párr. 184.

34 CIDH, Caso Espinoza González Vs. Perú, 2014, párr. 219.

discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. [...] Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una **inversión de la carga de la prueba**³⁵³⁶.

5. El activismo judicial como mecanismo de transformación de la justicia penal en el Ecuador

El modelo garantista que se ha planteado nuestro país exige que se intervenga en los siguientes aspectos: la teoría del derecho, la teoría política, la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley; y en la metateoría del derecho.

“a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.” (Ferrajoli 2006, 20)

En el plano de la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley, el modelo propone que se redefina el papel del juez, quien no puede mantenerse como la boca de la ley, sino pasar a revisar las formas y condiciones

de sujeción a la ley, a fin de identificar y denunciar las contradicciones y lagunas del sistema.

“Ésta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.” (Ferrajoli 2006, 26)

El juez, como garantista, ya no debe sujeción pura a la letra de la ley. La interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, quien tiene la responsabilidad de elegir los significados válidos que esta presenta, es decir, los compatibles con las normas constitucionales y con los derechos fundamentales. Dicha interpretación debe ser conforme a la Constitución, en la que se pueden identificar contrastes del sistema frente a los cuáles hay el deber de cuestionar la validez constitucional. Todo lo dicho implica una crítica de las leyes inválidas, a través de la denuncia de su inconstitucionalidad. El rol del juez es garantizar los derechos fundamentales y en este rol encuentra su legitimación la jurisdicción, incluso y con mayor frecuencia, si esta defensa debe hacerse en contra de la mayoría (Ferrajoli 2006, 26).

Una vez reconocido este papel de los juzgadores, es necesario identificar si la crítica activa puede efectivamente generar modificaciones en el sistema que vayan más allá de la eliminación de la norma inconstitucional, y para lograrlo tomaremos la sentencia 8-20-CN/21 emitida por la CCE, que declara la inconstitucionalidad del artículo 536 inciso primero del COIP y, en consecuencia, elimina la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

La sentencia declaró la inconstitucionalidad de la norma consultada que impedía la revisión de la medida de prisión preventiva; y, en esas circunstancias,

35 Énfasis de la autora.

36 CIDH. Caso Artavia Murillo y otros -Fecundación in vitro- Vs. Costa Rica, 2012, párr. 286.

la norma consultada fue expulsada del ordenamiento jurídico. Pero la sentencia, además, analiza la prisión preventiva como institución, y en el voto de mayoría se tocan los siguientes tres puntos principales. A) se refuerza el carácter procesal e instrumental de la prisión preventiva como medida cautelar y, por lo tanto, su naturaleza mutable en atención a las circunstancias procesales., B) se remarca la excepcionalidad y última ratio de la medida y, en función de estos elementos, se analizan los fines constitucionalmente válidos de ella, que deben responder a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. C) la Corte señala que la prisión preventiva debe mantener la justificación constitucional durante toda su vigencia y, de esa manera, identifica que la posibilidad de revisión no deber contener excepciones normativas que la limiten.

En el voto concurrente del juez Ramiro Ávila se introducen a la vez los siguientes tres puntos importantes. A) Se liga la consulta y su temática al garantismo penal, al uso racional, excepcional y mínimo del poder punitivo del estado. B) Se analiza el sistema carcelario, su crisis, y la posibilidad de que la sentencia incida de forma positiva en los problemas de hacinamiento. C) Finalmente, aborda temas procesales como la exigencia de arraigos sin respaldo normativo, la igualdad de armas y se ponen en evidencia otros

candados normativos contenidos en el mismo artículo consultado.

En resumen, podemos identificar que la sentencia que produjo la consulta no solo realizó un análisis de la frase eliminada, sino que recalcó varios temas. Adicionalmente, provocó efectos que se irradiaron al sistema: hubo un pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución 14-2021³⁷, en la que se hace énfasis en la obligación de justificación de la necesidad de la medida por parte de la Fiscalía General del Estado y el estándar de motivación.

La Fiscalía General del Estado también realizó un pronunciamiento, quizás más informal, a través de sus mecanismos de comunicación organizacional, en los que instaba a los fiscales a racionalizar los pedidos de prisión preventiva. Sin lugar a dudas, la sentencia provocó varias reacciones entre los operadores jurídicos, y fue ampliamente difundida y comentada. En torno a ella se motivan intervenciones de los procesados y decisiones de los juzgadores que no se limitan únicamente a la adopción o revisión de la prisión preventiva, sino que, incluso, acciones jurisdiccionales de *habeas corpus* han concedido libertades al no mantenerse la justificación constitucional de la prisión preventiva.

CONCLUSIONES

Las excepciones encaminadas a limitar tanto la revisión de la medida de prisión preventiva como la supresión de sus efectos contravienen el carácter de última ratio de la medida consagrado en la CRE y los principios establecidos por la CIDH en su jurisprudencia.

El que se haya establecido que la privación de libertad no debe ser la regla general en nuestra Constitución obliga al país a adaptar su legislación a los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y garantizar los derechos de los procesados.

Para imponer prisión preventiva, el juez debe aplicar los principios analizados a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas y de que las órdenes de privación de libertad no se tornen arbitrarias. Cuando se plantean excepciones a la revisión y suspensión de los efectos de la prisión preventiva, el juez se ve en la imposibilidad de realizar un análisis que se ajuste a los estándares internacionales de protección anteriormente expuestos.

El juez está en la obligación, en un sistema garantista penal como el que plantea nuestra Constitución, de adoptar un papel de garante de los derechos

³⁷ La resolución 14-2021 estableció que “La prisión preventiva debe justificarse correctamente y de conformidad con la ley. Se ordenará solo si se ha demostrado que la persona investigada podría fugarse, caso contrario, se deben dictar otras medidas menos severas para garantizar su presencia al juicio”.

fundamentales. Por tal motivo no pueden asumirse posiciones de sujeción irrestricta a la ley, sino que deben denunciarse las normas invalidas por inconstitucionales, para que estas sean expulsadas del ordenamiento jurídico y se logre la armonización del sistema.

El camino para esta denuncia en nuestro país es la consulta de constitucionalidad de la norma; ya que, pese a posiciones más liberales que reconocen la existencia de un sistema mixto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido y desarrollado un control concreto de constitucionalidad.

Se evidencia que el activismo judicial puede convertir a los derechos consagrados en la constitución en un cuerpo vivo a través de la activación de las garantías. Así, en el caso analizado, los efectos trascendieron a la simple declaratoria de inconstitucionalidad de la norma consultada y se irradiaron a través de la adopción de resoluciones, pronunciamientos institucionales, discusiones académicas y foros; pero, más importante aún, en la cultura de la comunidad jurídica que

incorporó los temas de fondo que trató la sentencia 8-20-CN/21, y su voto concurrente, al debate jurídico cotidiano.

Del análisis realizado se concluye que los candados legales analizados son inconstitucionales, por esta razón se han realizado las consultas de constitucionalidad a la CCE, que son una fuente del presente estudio. El activismo judicial en la denuncia de las incongruencias del sistema constituye un mecanismo para efectivizar la garantía de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Adicionalmente, la proyección que ha tenido la consulta ya resuelta permite identificar que el ejercicio de las garantías contempladas en nuestra constitución logra generar cambios importantes en los operadores jurídicos.

Como se indicó al inicio, el presente estudio incorporó tres consultas de constitucionalidad, dos de las cuales aún se encuentran en tramitación en la Corte Constitucional del Ecuador; y habrá que analizar el impacto de estas decisiones una vez que sean adoptadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ferrajoli, Luigi. 2006. “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Editado por Luigi Ferrajoli, 15-35. Madrid: Trotta.
- Gómez Pérez, Mara. 2014. “La Jurisprudencia Interamericana sobre Prisión Preventiva”, En *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de derechos humanos, influencia y repercusión en la justicia penal*. Editado por Sergio García, Olga Islas y Mercedes Peláez, 206-220. México D.F: Universidad Autónoma de México.
- Maier B.J., Julio. 2011. *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos Procesales. Tomo III*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mir Puig, Santiago. 2014. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Nolasco Valenzuela, José Antonio. 2012. *El Juez Penal. Principios, Deberes y Estándares Probatorios en la Decisión Judicial*. Lima: Ara Editores.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 8-20-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 31-21-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 49-21-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º OC/4 84, 19 de enero de 1984.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 034-13-SCN-CC, 30 de mayo del 2013.
- _____, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.
- _____, Sentencia N.º 10-18-CN/19 Voto Concurrente Ramiro Ávila Santamaría, 12 de junio del 2019.
- _____, Sentencia número 8-20-CN/21, 18 de agosto del 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre del 2004.
- _____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre del 2009.
- _____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Acosta Calderón vs Ecuador, 24 de junio del 2005.
- _____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Palamara Iribarne vs Chile, 22 de noviembre del 2005.
- _____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso López Álvarez vs Honduras, 1 de febrero del 2006.
- _____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre del 1997.

_____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Comunidad indígena Xakmok Kaser vs. Paraguay, 24 de agosto del 2010.

_____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Yatama vs. Nicaragua, 23 de junio del 2005.

_____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Espinoza González vs. Perú, 20 de noviembre del 2014.

_____, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, 28 de noviembre del 2012.

Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA
Un estudio sobre sus categorías relevantes en el ordenamiento jurídico
ecuatoriano y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ANALYSIS OF THE PREVENTIVE DETENTION FROM THE STANDARD MÍNIMUM
RULE APPROACH
A Study on its Relevant Categories in the Ecuadorian Legal System
and the Inter-American Human Rights System

ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA COM UMA PERSPECTIVA DE GARANTIA
Um estudo sobre suas categorias relevantes no ordenamento jurídico
equatoriano e Sistema Interamericano de DH

*Marcella da Fonte Carvalho**

Recibido: 30/V/2022

Aceptado: 22/VII/2022

Resumen

Este artículo tiene como finalidad revisar las categorías analíticas relevantes y los principios generales aplicados a la prisión preventiva en el marco jurídico ecuatoriano, así como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, el objetivo de esta investigación es orientar al juzgador hacia una aplicación excepcional de esta medida cautelar enmarcada en una perspectiva garantista de derechos en observancia de las particularidades del “test de proporcionalidad” generado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propuesta planteada en este estudio culmina con algunas conclusiones que optimizan la aplicación de las garantías al imputado, a fin de asegurar la eficacia del proceso judicial, así como el cumplimiento de la obligación estatal de garantía de acceso a la justicia por medio del principio de tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Prisión preventiva; Categorías analíticas; Principios aplicados; Orden jurídico ecuatoriano; Sistema interamericano; Perspectiva garantista; Test de proporcionalidad; Principio de tutela judicial efectiva

Abstract

The purpose of this paper is to review the relevant analytical categories and the general principles applied to Preventive Detention in the Ecuadorian legal rule, as well as in the Inter-American Human Rights System. In this sense, the aim of this paper is to guide the judge towards an exceptional application of this precautionary measure framed in an guaranteeing approach of rights in observance of the particularities of the “Proportionality test” ruled by the IACHR. The proposal raised in this paper culminates with some conclusions that optimize the application of the guarantees of the accused criminal, in order to ensure the effectiveness of the judicial process, as well as compliance with the State duty to guarantee access to justice through the principle of effective judicial protection.

Key words: Preventive detention; Analytical categories; Applied principles; Ecuadorian legal rule; Inter-American System; Guarantee approach; Proportionality test; Principle of effective judicial protection

* Es abogada, perita académica de la Corte IDH por Ecuador, docente titular en Derecho Penal en la Universidad de las Américas y docente invitada en la Universidad Andina Simón Bolívar; anteriormente fue docente en las facultades Marista y Mauricio de Nassau en Pernambuco Brasil. Es posgraduada en Derecho Administrativo por la Universidad Federal de Pernambuco, PhD. en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino. Su trabajo de investigación se centra en género y Derecho Penal. Es también articulista en varias revistas jurídicas, coautora de varias obras jurídicas y revisora par de la revista estudios jurídicos Cálamo. Correo electrónico: marcella.dafonte@udla.edu.ec

Cómo citar este artículo: Da Fonte, Marcella. 2022. “Análisis de la prisión preventiva desde la perspectiva garantista”. Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 69-81.

Resumo

Este artigo tem como finalidade analisar as categorias analíticas de relevância e os princípios gerais aplicados a prisão preventiva no ordenamento jurídico equatoriano, assim como, no sistema interamericano de direitos humanos observando as diretrizes do “teste de proporcionalidade” gerado pela Corte IDH. Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa é orientar o juiz quanto a aplicação excepcional desta medida de carácter cautelar inserida numa perspectiva de garantía de direitos. A proposta plasmada nesse estudo se finaliza com algumas conclusões que otimizam a aplicação

de garantías ao imputado assegurando a eficácia do processo judicial, assim como, o cumprimento da obrigação estatal de garantía de acesso à justiça por meio do princípio de tutela judicial efetiva.

Palavras chave: Prisão preventiva; Categorias analíticas; Princípios aplicados; Ordenamento jurídico equatoriano; Sistema interamericano; Perspectiva de garantías; Teste de proporcionalidade; Princípio de tutela judicial efetiva

INTRODUCCIÓN

La Constitución ecuatoriana de 2008, en el marco de la concepción garantista dispone, en el art. 77, que la regla de la excepcionalidad de la privación de libertad es el derecho humano a la libertad es fundamental. En este sentido, se puede vislumbrar que en el orden constitucional las premisas valorativas deben estar conectadas con principios rectores de los derechos humanos con repercusión en el derecho penal y procesal.

Esa justificación es la planteada por el garantismo penal como un modelo normativo de derechos sostenido por una teoría jurídica de validez y eficacia, con base en una filosofía política que justifica bienes e intereses tutelados y garantizados por parte del Estado mediante el Derecho Penal (Ferrajoli 2011, 851-4), entre ellos la libertad.

A raíz de la reforma procesal latinoamericana, en el año 2001, con las modificaciones al código de procedimiento penal en Ecuador, se incorporan las directrices constitucionales al sistema procesal, que pasa a ser acusatorio, adversarial y oral, con las figuras del procedimiento directo y abreviado. Si bien es cierto

que el nuevo sistema por un lado agiliza los trámites procesales y los cortos plazos sugieren celeridad en la resolución de conflictos, su contracara corresponde a una realidad que muchas veces genera en el Estado segregación social con el rostro de un sistema carcelario como regla (Krauth 2018, 18).

Desde esta lógica, el objetivo de este artículo es trazar un recorrido sobre la prisión preventiva para diagnosticar cómo y en qué casos esta debe tener lugar en un sistema de justicia que anuncia el garantismo como una de sus banderas.

Con la finalidad de desarrollar el objetivo planteado se hace un análisis teórico-legislativo sobre la prisión preventiva en el sistema ecuatoriano, además de un análisis de algunas sentencias de la Corte IDH para identificar la aproximación conceptual, requisitos y principios rectores que sirven como categorías analíticas o parámetros útiles, que profundizan la comprensión y aplicación de esta medida cautelar desde un enfoque garantista en el orden jurídico interno ecuatoriano.

PRISIÓN PREVENTIVA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Para desarrollar un hilo conductor lógico es necesario buscar una aproximación conceptual y, para lograr tal fin, es imprescindible ubicar la naturaleza

jurídica de la prisión preventiva que corresponde a una tutela o instrumento cautelar realmente útil para garantizar las directrices del proceso y juicio (CEJA

2009, 24-5). En ese sentido, según los adeptos de la teoría unitaria¹, la prisión preventiva tiene por fin garantizar la eficacia de las providencias procesales, y deberá atender a requisitos generales como *fumus boni iuris* (aparición de buen derecho) y el *periculum in mora* (peligro demora procesal) (De Siqueira Cruz 2015, 646).

Para otra corriente distinta, que defiende dentro del proceso penal una teoría general para la prisión preventiva, esta debe atender a otros requisitos como el *fumus commissi delicti* (existencia de indicios de criminalidad) y el *periculum libertatis* (peligro de fuga u ocultación por parte del autor de un delito) (De Siqueira Cruz 2015, 647).

Desde esta discusión es importante acordar que la prisión preventiva brinda al operador de justicia la posibilidad de asegurar, dentro de expectativas razonables, una respuesta judicial efectiva en el marco de un proceso. Por este motivo, los requisitos citados de la teoría unitaria, desde nuestra percepción son incompletos, y no son coherentes con el hilo conductor de un derecho procesal penal dentro de un sistema garantista, toda vez que la libertad es uno de los bienes jurídicos más importantes para las personas y la privación de esta, aunque solo sea de carácter provisorio, afecta este derecho humano fundamental.

Así, es importante recalcar la naturaleza jurídica cautelar o provisional de la prisión preventiva, para plantear una aproximación conceptual a este modelo de privación de libertad. Desde este enfoque de medida cautelar, según Jauchen, la prisión preventiva puede ser entendida como una medida excepcional de coerción personal de la más alta lesividad en todo el sistema procesal (2012, 568).

En sentido similar, Roxin defiende que las directrices del proceso penal del futuro “deben observar algunos criterios como: aplicación de institutos orientados a reparaciones de un efectivo daño social, criterios de *ultima ratio* y salvaguardia de libertades” (Roxin 2007, 1999-200), y también recalca el penoso carácter

del proceso penal, tanto para la víctima como para el victimario.

La CIDH define la prisión preventiva como “el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previa a una sentencia firme”². Esta institución jurídica se caracteriza por ser una medida cautelar de carácter personal que no puede ni debe extenderse indefinidamente. La manera en que esta medida privativa de libertad es aplicada dentro de los Estados es una evidencia del eficiente funcionamiento de sus sistemas de justicia, los cuales constituyen pilares fundamentales de la sociedad democrática (Gómez López 2014).

De esta definición se extraen algunos elementos útiles para la comprensión de la prisión preventiva:

1. Naturaleza cautelar – *fumus commissi delicti* (existencia de indicios de criminalidad) y el *periculum libertatis* (peligro de fuga u ocultación por parte del autor de un delito), para que sea decretada;
2. Excepcionalidad – esta medida constituye una excepción de la regla, es decir que, dentro de un proceso penal, la prisión preventiva debe ser decretada como la única alternativa posible para garantizar la adecuada resolución del conflicto.
3. Instrumentalidad – sirve como instrumento para garantizar derechos de las víctimas dentro de un proceso penal.

Podemos sugerir, a modo de aproximación conceptual, que la prisión preventiva debe ser considerada como una especie de prisión procesal de carácter cautelar y excepcional que debe ser decretada como último recurso para garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos de la víctima. Las directrices de aplicabilidad de este modelo de prisión conducen a una efectiva y rápida solución de un conflicto penal instrumentalizado.

Además, el carácter excepcional lleva a la idea de que la prisión preventiva solo puede ser utilizada como

¹ La teoría unitaria corresponde a una teoría general única dentro del proceso como un todo.

² OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13 30 diciembre 2013. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, párr. 37.

última ratio, de lo contrario vulneraría el principio de presunción de inocencia o este estatus jurídico reconocido constitucionalmente.

Es importante anotar que, cuando trata de la excepcionalidad de la prisión preventiva, la CIDH, al interpretar el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que esta característica

se justifica de dos formas: cuando el imputado intenta eludir la justicia o cuando hay intento de entorpecer o imponer barreras a la investigación judicial. Una vez precisados los elementos que ayudan a obtener una adecuada comprensión de la prisión preventiva, es importante identificar el desarrollo de sus categorías de análisis consideradas en el sistema interamericano de protección de derechos.

CATEGORÍAS ANALÍTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El Derecho Internacional ha centrado su atención en establecer límites a la aplicación de la prisión preventiva, dadas sus amplias repercusiones en el derecho humano a la libertad personal y su estrecha conexión con las garantías del debido proceso. En dicho contexto, es necesario resaltar dos principios que deben guiar a las autoridades competentes a la hora de dictar una medida de esta naturaleza.

En primer lugar, dado que la prisión preventiva implica la privación de la libertad de una persona que no cuenta con una sentencia condenatoria, su aplicación trae consigo cuestionamientos acerca de la vigencia de la presunción de inocencia. Este principio, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, numeral 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 2), y Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2), establece que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no se determine su responsabilidad en aquello que se le imputa.

Desde la doctrina, se ha sostenido que “la presunción de inocencia no significa que no se le puede aplicar al imputado ningún tipo de medida coercitiva durante el proceso, ya que ello podría imposibilitar el adecuado desarrollo del proceso penal. No obstante, la presunción de inocencia debe influir como una directriz para regular de la prisión preventiva” (Gómez López 2014).

Es importante recalcar que la idea de presunción de inocencia puede converger con un estatus jurídico y no meramente con un principio, toda vez que su

objetivo principal es contrarrestar la idea de punibilidad y concretar postulados del garantismo penal tales como: el neoconstitucionalismo, el principio *pro persona*, el principio de control de convencionalidad, la dignidad humana, el derecho a la seguridad personal, el principio de legalidad, culpabilidad, *pro reo*, entre otros rectores del proceso penal (Aguilar 2015).

En ese sentido, la inocencia presumida sea como estatus jurídico, principio o derecho constitucional de dimensión procesal, produce efectos concretos a la hora de realizar la valoración probatoria en el proceso penal. En efecto, la prueba debe ser practicada en base a ciertos principios como el contradictorio, la inmediación y la publicidad, con la finalidad de optimizar la aplicación de los postulados y exigencias del garantismo penal tales como el debido proceso (Reyes 2012).

En segundo lugar, el principio de excepcionalidad, consagrado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3), como en Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de libertad en las Américas (Principio III, punto 2), impone a los Estados la obligación de asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general y que la prisión preventiva sea dictada solo cuando las circunstancias del caso lo ameriten. De esta forma, se prohíbe el uso arbitrario e indiscriminado de esta medida cautelar dentro de los aparatos de justicia de los Estados. Sobre este punto, la Corte IDH señaló en el Caso Tibi vs Ecuador que:

“la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.” (Corte IDH 2004, párr. 106)

La conexión entre los principios de inocencia y excepcionalidad puede observarse en el texto del artículo 9 de la Declaración francesa de derechos humanos de 1789, que expresa que “todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. En este sentido, se puede afirmar que es la excepcionalidad de la prisión preventiva la que permite que la aplicación de esta medida no constituya per se una violación al principio de presunción de inocencia.

Por otro lado, en la jurisprudencia interamericana se pueden observar algunas reglas acerca de este tipo de medida excepcional:

1. **La prisión preventiva debe ser proporcional:** Según esta regla, una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que esta medida de coerción procesal sea igual o más grave para el imputado que la pena a la que pudiere ser condenado. En ese orden de ideas, no se debe autorizar

la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y aquella debe cesar cuando se ha excedido una duración razonable de la misma (Corte IDH 2009, párr. 122).

2. **La prisión preventiva debe ser necesaria para ser aplicada:** La Corte IDH ha señalado que el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existen indicios suficientes sobre la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para el desarrollo eficiente de las investigaciones (Corte IDH 2005, párr. 198).
3. **La prisión preventiva no puede estar determinada únicamente por las características del delito imputado:** En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, la Corte IDH señaló que no se puede limitar el derecho a la libertad de las personas solamente por el tipo de delito que se imputa (1997). Así mismo, dicho Tribunal indicó que: “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no constituyen por sí mismos una justificación adecuada para dictar una medida de prisión preventiva” (Corte IDH 2006, párr. 69).

Finalmente, la normativa internacional exige que los Estados reglamenten la prisión preventiva de manera legal, en cumplimiento de los principios y reglas ya detallados (Corte IDH 1997, párr. 77). Tal como se abordará a continuación, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha regulado históricamente su evolución y su contexto.

REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR: REQUISITOS Y ESPECIFICACIONES

Dentro del marco legal vigente entre los años 1983 y 2000, se preveían: “medidas cautelares con el fin de garantizar la intermediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, motivos por los cuales, el Juez podía ordenar dichas medidas de carácter preventivo, las cuales eran de dos tipos personal o real” (Código de Procedimiento Penal, Art.

170). En cuanto a las medidas cautelares preventivas de carácter personal se encontraban la detención y la prisión preventiva (Código de Procedimiento Penal, Art. 171). “La detención era dispuesta por la autoridad competente con el objeto de investigar la comisión de un delito, antes de iniciada la respectiva acción penal, la cual no excedería de cuarenta y ocho horas” (Art. 173); “el juez competente podía ordenar la detención

de una persona, sea por conocimiento personal o por informes verbales o escritos de los agentes de la policía nacional o de la policía judicial o de cualquier otra persona, que establezcan la constancia del delito y las correspondientes presunciones de responsabilidad. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregaba una boleta a un Agente de la policía nacional o de la policía judicial, misma que contenía los motivos de la detención; el lugar y la fecha en que se la expide; y, la firma del juez competente” (Art. 172).

En caso de que un detenido hubiera intervenido en el delito que se investigaba, se iniciaba el respectivo proceso penal, y si era procedente, se dictaba auto de prisión preventiva. En dicho auto se debían precisar los fundamentos que daban paso a la orden de prisión, tales como que los indicios hicieran presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad, y también los indicios que hicieran presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso (Código de Procedimiento Penal, Art. 177).

“Si el delito objeto del proceso era de aquellos sancionados con una pena que no excedía de un año de prisión y que el acusado no había sufrido condena anterior, el Juez se abstendría de dictar el auto de prisión preventiva, independientemente de la pena que pudiera imponer en la sentencia” (Código de Procedimiento Penal, Art. 179). “Así también no se emitía el auto de prisión preventiva, o se revocaba el que se hubiese dictado, en los procesos que tenían por objeto delitos sancionados con prisión, cuando el sindicado o el procesado hubieran rendido caución a satisfacción del Juez competente, misma que podía consistir en fianza, prenda o hipoteca” (Art. 180). Cabe manifestar que en los casos de reincidencia específica no se admitía dicha caución (Art. 181).

Entre el 13 de enero de 2000 y el 10 de febrero de 2014, estuvo vigente el Código de Procedimiento Penal, el cual, al igual que su antecesor, disponía que las finalidades de las medidas cautelares eran garantizar la inmediatez del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido. Sobre esta base, el juez podría ordenar una o varias medidas

cautelares de carácter personal y/o de carácter real. Además, adicionaba a la normativa anterior que “en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se debían adoptar siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederían en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fuera suficiente para evitar que el procesado eludiera la acción de la justicia, y por último la legislación anterior, prohibía expresamente la disposición de medidas cautelares no previstas en este Código” (Art. 159).

El fiscal del caso debía demostrar la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva mediante una solicitud que contenía los datos personales del procesado o, si se ignoraban, los que servirían para identificarlo, una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; la fundamentación clara y precisa de cada uno de los indicios que presuman la responsabilidad penal del imputado en el cometimiento del delito; así como la cita de las disposiciones legales, aplicables al caso (Código de Procedimiento Penal, Art. 168). El juez de garantías penales rechazaría la solicitud de prisión preventiva que no estaba debidamente motivada (Art. innumerado), pero si el juez de garantías penales lo creía necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, podía ordenar la prisión preventiva, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos:

- “1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.” (Código de Procedimiento Penal, Art. 167)

La medida cautelar de prisión preventiva, desde el inicio de la instrucción fiscal, debía ser resuelta en

audiencia oral, pública y contradictoria; para tal efecto, el juez de garantías penales convocaba a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia. La parte que pretendía valerse de un elemento de convicción tendría la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podría suspenderse por falta de tal elemento. El juez de garantías penales escuchaba en primer lugar al fiscal, luego concedía la palabra a la contraparte y promovía el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados. Asimismo, el operador de justicia “decidía en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resultaba directa y procesalmente relacionado, toda convocatoria a audiencia llevaba la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuaría en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que contenía tal convocatoria. Al finalizar la audiencia se redactaba un extracto de la audiencia, la cual contenía la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el juez de garantías penales” (Código de Procedimiento Penal, Art. Innumerado).

Además, la prisión preventiva dispuesta por el juez de garantías penales “no podía exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En ambos casos, el plazo que operaba la caducidad se contaba a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excediesen esos plazos, la orden de prisión preventiva quedaría sin efecto, bajo la responsabilidad del juez de garantías penales que conociese la causa” (Código de Procedimiento Penal, Art. 169).

Así, “cuando se excedían los plazos dispuestos por las normas constitucionales y del Código del Procedimiento Penal y se producía la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose, como consecuencia de ello la libertad de quien se hallase efectivamente privado de ella, el juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales competente, remita obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevaba un registro individualizado de estos hechos. Pero no se consideraba, excedido el plazo de caducidad de

prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, hubiese evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva” (Código de Procedimiento Penal, Art. 169).

La prisión preventiva podría ser revocada o suspendida en los siguientes casos:

- “1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,
4. Cuando su duración produzca la caducidad de la prisión preventiva.” (Código de Procedimiento Penal, Art. 170)

El 10 de febrero de 2014 entró en vigencia el Código Integral Penal (COIP), el cual dispuso, entre otras medidas cautelares, la prisión preventiva, con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena. La o el fiscal podría solicitar a la o al juzgador, de manera fundamentada, que ordenase la prisión preventiva, la cual sería adoptada en audiencia oral, pública y contradictoria de manera motivada (COIP, Art. 549), siempre que concurrieran los siguientes requisitos:

- “1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprendería que las medidas cautelares no privativas de la libertad eran insuficientes y que sería necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trataba de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.” (COIP, Art. 534)

Además, es importante destacar que la prisión preventiva podría ser sustituida por medidas cautelares tales

como: prohibición de ausentarse del país, obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conocía el proceso o ante la autoridad o institución que designaba, arresto domiciliario, dispositivo de vigilancia electrónica, y detención ((COIP, Art. 522). No cabía dicha sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años y, si el procesado incumplía con la medida sustitutiva, la o el juzgador la dejaría sin efecto y en el mismo acto ordenaría la prisión preventiva (COIP, Art. 536). Así mismo no sería procedente ordenar la prisión preventiva cuando se tratase de delitos de acción privada, contravenciones o delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excediesen de un año (COIP, Art. 539).

Así, la existencia de las medidas cautelares dentro de los procesos penales parte de la existencia de indicios de verosimilitud de las pretensiones de criminalidad de la parte que la solicita (*fumus commissi delicti*), y del hecho de que el dictado de la medida cautelar esté justificado a través del riesgo procesal de la efectividad del proceso que coincide con la idea de razonabilidad del plazo. La existencia de indicios claros de la comisión del delito imputado y la necesidad de la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso han sido requisitos permanentes en la regulación de esta medida cautelar dentro de los

Códigos de Procedimiento Penal de 1983³, 2000⁴ y el Código Orgánico Integral Penal⁵.

En la reforma penal de diciembre de 2019, en el art. 522, capítulo segundo, referente a las medidas cautelares, se contempla la prisión preventiva como última modalidad de estas. Asimismo, su finalidad y requisitos, carácter excepcional, reglas referentes a la revocatoria, sustitución, suspensión, improcedencia y caducidad fueran contempladas en la última reforma al COIP (Arts. 534-41). Del análisis histórico de la legislación ecuatoriana se puede desprender que la prisión preventiva ha tenido siempre un carácter *excepcional*, ya que, para dictar este tipo de medida privativa de la libertad, la normativa jurídica ecuatoriana ha establecido de manera constante requisitos rigurosos. Se debe remarcar que, en el año 2014, se emitió el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el cual se introdujeron algunas reformas relativas a la prisión preventiva que sustancialmente fortalecían su carácter de medida cautelar excepcional; sin embargo, la praxis jurídica mostró otra realidad, que empezó a desnudarse de forma intensa a raíz de la pandemia ocasionada por el Covid-19⁶.

Destacados los requisitos y especificaciones sobre el instituto de la prisión preventiva en Ecuador, es importante delinear los principios generales aplicados a esta modalidad de prisión cautelar.

3 Código de Procedimiento Penal de 1983. "Art. 170.- A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el Juez podrá ordenar medidas cautelares (preventivas) de carácter personal o de carácter real." Art. 177.- El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y, 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. En el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión".

4 Código de Procedimiento Penal de 2000. "Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio".

5 Código Orgánico Integral Penal. "Art. 534.- Finalidad y requisitos- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador, de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador, para resolver sobre la prisión preventiva, deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad."

6 La crisis sanitaria nos mostró que uno de los mayores nudos críticos relativos al hacinamiento tiene relación directa con el abuso del uso de la prisión preventiva por los operadores de justicia, que incrementa considerablemente los índices de personas privadas de libertad en todas las cárceles del país. Un estudio realizado por la Defensoría Pública de Ecuador indica que, en el 92% de los casos donde se decretó la prisión preventiva, no había fundamentación para la resolución (Krauth 2018). También, otro estudio presentado a la Asamblea Nacional reveló que el 37,15% de las personas privadas de libertad no tienen una sentencia condenatoria que respalde su detención (Asamblea General del Ecuador, Sesión 695-Comisión General, 01-03-2021. <https://www.youtube.com/watch?v=LSKPhpg8CRo>).

PRINCIPIOS GENERALES APLICADOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA DE DERECHOS

Antes de puntualizar los principios generales aplicados a la prisión preventiva, es necesario definir el concepto de principio para determinar su alcance.

Para Alexy, los principios son normas que orientan al aplicador, pero su carácter es de ponderación y no de exclusión, como criterio que debe ser utilizado por las reglas (Alexy 2002, 83). En ese sentido, entendemos que los principios son herramientas que sirven como garantías establecidas por la Constitución y los tratados y convenios internacionales, y tienen la finalidad de proteger los derechos subjetivos de los individuos por medio de mecanismos de ponderación y no de exclusión. Es decir que, en un caso concreto en que se vulnera un derecho o varios derechos, estas violaciones pueden ser reparadas con el uso de uno o varios principios que legitiman la regla, en ese caso, legislativa y judicial (Ávila 2013, 54-5).

Desde el concepto utilizado por Alexy, es importante recalcar el alcance de los principios como herramientas de aplicación o mandatos de optimización útiles para ponderar y precisar derechos humanos fundamentales. Así, podemos destacar algunos principios que deben servir de norte al operador de justicia, cuando este tenga que pronunciarse sobre la aplicación la de la prisión preventiva en los casos concretos.

Entre ellos destacamos los principios de inocencia, motivación y tutela judicial efectiva, que deben ser considerados por el operador de justicia en el momento de la decisión acerca de la prisión preventiva; sin embargo, no constituyen requisitos, sino más bien categorías analíticas útiles para la valoración de la pertinencia o no de aplicar esta medida cautelar.

El principio de inocencia, además de contemplado por los tratados internacionales, está previsto tanto en la Constitución de la República cuanto en el Código Orgánico Integral Penal, razón por la cual es considerado como un verdadero derecho humano fundamental de los individuos. Desde esta óptica, tal principio puede ser definido como un axioma jurídico que

establece la idea de no culpabilidad de las personas (Jara 1999, 41-5). Constituye una verdadera garantía atribuida a los individuos que fue establecida como una forma de equilibrio frente a los abusos y excesos del *ius puniendi*.

Existe una discusión sobre si el principio de inocencia constituye un obstáculo para la aplicación de la prisión preventiva. Entendemos que no, toda vez que, como se indicó en líneas anteriores, esta medida cautelar debe caracterizarse por la excepcionalidad y razonabilidad del plazo, así como por un análisis estricto de los requisitos legales que la autoricen.

Otro punto relevante que se debe abordar en esta discusión es si la inocencia es un principio, una garantía o un estatus jurídico; aunque, por principio y según la postura de Alexy, es un mandato de optimización. Por otro lado, en la medida en que es una garantía, podemos categorizarla como una herramienta de operatividad que asegura el derecho a la libertad; y, en cuanto estatus jurídico, la presunción de inocencia podría ser considerada como un estado que torna viable la calidad de inocente de un individuo.

Finalmente, entendemos que catalogar la inocencia como principio, garantía o estatus jurídico del procesado no es esencial para fomentar el debate jurídico, toda vez que, desde sus distinciones ontológicas y conceptuales, estas categorías pueden ser comprendidas de forma conjunta, y que no necesariamente son excluyentes (Márquez 2021).

Otro principio es el de motivación, que es utilizado como uno de los pilares de la argumentación jurídica, toda vez que constituye una de las exigencias lógicas del Estado constitucional, pues se caracteriza como un verdadero límite a los excesos y arbitrariedades vislumbrados en las decisiones judiciales.

Según Atienza, “la motivación consiste en explicar o mostrar las causas –los motivos– de la decisión o, aportar razones que permitan considerar una decisión

como correcta o aceptable” (1994, 84). En esa línea de pensamiento, se entiende la motivación como el hilo argumentativo desarrollado en los pronunciamientos de las autoridades judiciales y como una de las expresiones que conducen a la seguridad jurídica. Así, todo acto de contenido decisorio debe ser debidamente motivado, toda vez que refleja las causas o lineamientos de las decisiones.

Además, la motivación o justificación de las decisiones judiciales es una de las exigencias de un Estado democrático, dentro del marco garantista de derechos, que asegura la satisfacción de los principios de contradictorio y amplia defensa, y que así permiten propiciar un panorama democrático como contexto de la administración de justicia (Ferrer 2001).

Un acto decisorio debidamente motivado asegura al usuario del sistema de justicia una respuesta adecuada a su pretensión jurídica, además de cumplir con las exigencias del contradictorio y de amplia defensa, y que así se garantice de forma debida el acceso judicial a los ciudadanos.

Por fin, la motivación constituye un acto jurídico esencial e imprescindible para conocer las premisas del razonamiento de la autoridad judicial respecto a la justificación sobre la decisión de prisión preventiva en cada caso concreto. La garantía de motivación conduce a otro principio, que es la seguridad jurídica. Este consiste en la certeza que tienen las personas sobre la aplicación real y efectiva de la legislación. Este principio es contemplado por el art. 82 de la Constitución de Ecuador, y debe servir de norte a la decisión del operador de justicia sobre la pertinencia de la prisión preventiva en un caso concreto.

Otro principio igualmente importante, cuando se discute sobre la prisión preventiva, es el de tutela judicial efectiva, previsto en el art. 75 del texto constitucional ecuatoriano. Este principio debe ser observado como el más importante entre los mencionados, ya que consiste en una adecuada presteza judicial, consistente en seguir los debidos cauces procesales, y que corresponde a una variedad de derechos que deben hacerse presentes dentro de un proceso, como garantía de

aplicabilidad de mecanismos judiciales idóneos y garantía del debido proceso (lapso garantizado para precautelarse un juicio) (da Fonte 2017).

La tutela judicial efectiva posee un contenido y alcance bastante complejos y llenos de criterios que sirven de brújula al operador de justicia en su proceder diario, tales como: el acceso efectivo al sistema de justicia y tribunales, la obtención de resoluciones judiciales argumentadas, motivadas, razonables, de rápida ejecución y amparadas por reglas de derecho procesal vigentes. El plazo razonable, como una de los requisitos de la tutela judicial efectiva, debe ser observado tomando en cuenta los siguientes puntos, según determinó la Corte IDH en el Caso Caranza Alarcón: 1. Grado de complejidad del caso; 2. Impulso procesal por parte de la persona interesada; 3. Acciones u omisiones practicadas por la autoridad judicial; 4. Afectación generada a la persona imputada (2020, 23).

De importancia similar, el principio de motivación mencionado en líneas anteriores es una de las exigencias de la tutela judicial efectiva dentro de un estado de derecho, pues contribuye a asegurar a los usuarios del sistema de justicia un mecanismo de control sobre la actuación de sus operadores.

Adicionalmente, los derechos de las víctimas frente a los imputados también son componentes del principio de tutela judicial efectiva en un proceso penal. En ese sentido, algunos de los fines de la justicia, además de la estricta observancia a los derechos del procesado, consisten en visibilizar y valorar los derechos de las víctimas en los casos penales. Entre ellos están el respecto a la no revictimización, la reparación integral de sus derechos vulnerados y su proyecto de vida, así como el conocimiento de la verdad sobre los hechos del caso.

En esa línea de pensamiento, una de las banderas del garantismo penal es el respeto a los principios constitucionales e internacionales que, por un lado, respaldan la libertad del imputado y, por el otro, tratan de corregir las vulneraciones a los derechos de las víctimas. Así, se debe contrapesar entre aquellos derechos que entran en contradicción en los casos concretos, en

base a las categorías de análisis del test de proporcionalidad generados por la Corte IDH: el fin legítimo de la prisión preventiva, su necesidad, la proporcionalidad de esta medida y, por fin, el criterio temporal, con el objetivo de atender a uno de los principios contemplados por ese garantismo que es la tutela judicial efectiva. Por fin, como la prisión preventiva se trata de

una medida necesaria de carácter excepcional y de estricta necesidad o subsidiariedad, y, por ende, el principio de tutela judicial efectiva va a depender del caso concreto y observado, el criterio de ponderación de principios constitucionales evocado por Pérez Royo puede ser considerado por sobre otros principios jurídicos (2012, 280-1).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como resultado de este artículo, podemos inferir las siguientes conclusiones sobre la prisión preventiva, en el contexto nacional e interamericano de protección de derechos, enmarcado en preceptos garantistas:

- La prisión preventiva es una figura jurídica que debe ser rigurosamente regulada en las legislaciones internas de los Estados, en cumplimiento de las limitaciones establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para su aplicación.
- La discusión acerca de si la inocencia es un estatus jurídico, un principio o una garantía no es esencial para fomentar un debate jurídico, toda vez que, desde sus distinciones ontológicas y conceptuales, estas categorías pueden ser comprendidas de forma unitaria, y no necesariamente excluyente, de modo que conduce a una mera distinción de criterios: rigor dogmático vs. laxitud pragmática.
- Uno de los principales objetivos de esta medida excepcional es permitir que los procesos jurisdiccionales puedan aportar a la verdad procesal y la verdad material sobre la aplicación de la imputación a la persona que efectivamente haya practicado una conducta delictiva (Cafferata Nores, 2005, 49), como verdadera garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que es una de las características que materializa el acceso a la justicia.
- En el momento de decretar la medida cautelar de la prisión preventiva, el juzgador deberá proceder desde un análisis casuístico. También tomar en cuenta los **requisitos y principios** que otorgan la excepcionalidad de la medida, además de las peculiaridades del caso concreto, a fin de aplicar las particularidades del “test de proporcionalidad” generadas por la Corte IDH, con la finalidad de contrapesar derechos humanos del procesado y de la víctima, y para fundamentar su decisión en el marco garantista.
- En el momento de decretar la medida cautelar de la prisión preventiva, el juzgador deberá proceder desde un análisis holístico y, adicionalmente, tomar en cuenta los requisitos y principios que otorgan la excepcionalidad de la medida, además de las peculiaridades del caso concreto, así como estándares oriundos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, para fundamentar su decisión en el marco garantista.
- Es importante considerar que algunos principios aplicados a la prisión preventiva, tales como inocencia, motivación, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, deben primar sobre otros principios jurídicos, con base en una ponderación realizada por el juzgador, de acuerdo al caso concreto.
- Dado que se trata de una medida cautelar y no de un adelantamiento de la pena, la aplicación de la prisión preventiva no debe contravenir la presunción de inocencia ni el principio de excepcionalidad; más bien, en los casos autorizados debe constituir una garantía de cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y de sus componentes.
- El aseguramiento de la eficacia del proceso judicial, así como el cumplimiento de la obligación estatal de garantía de acceso a la justicia por medio del principio de tutela judicial efectiva, son fines legítimos que ayudan al juzgador en el dictamen de este tipo de medida excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar López, Miguel Ángel. 2015. Presunción de inocencia: Derecho humano en el sistema penal acusatorio. México: Instituto de la Judicatura Federal.
- Atienza, Manuel. 1994. "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez". *Jueces para la democracia*, N.º 22: 82-86. Acceso: mayo 2021. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552536>
- Ávila Santamaría, Ramiro Fernando. 2013. La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal. Quito: Ediciones Legales, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.
- Cafferata Nores, José I. 2011. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2.ª ed. Buenos Aires: Del Puerto.
- CEJA. Ver: Centro de estudios de justicia de las Américas. 2009. Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina. Editado por Cristián Riego y Mauricio Duce. Santiago: CEJA.
- Da Fonte, Marcella. 2017. "Interpretación penal creativa. Activismo judicial y garantía de acceso para mujeres víctimas de violencia de género". *Revista Cálamo*, N.º 08, diciembre.
- Díz, Fernando Martín. 2014. "Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N.º 23.
- De Siqueira Cruz, Tatiana P. 2015. "Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro". *Revista eletrônica de Direito Processual*, Vol. 16 (jul/dec), N.º 16. Acceso: mayo 2021. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18031/14322>.
- Devis Echandía, Hernando. 1997. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ferrer B. Jordi. 2001. "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales". *Revista Isonomía*, N.º 34.
- Jara, M. 1999. "Principio de Inocencia. El Estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal". *Revista de Derecho*, N.º Especial.
- Jauchen, Eduardo. 2012. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Krauth Stefan. 2018. La prisión preventiva en Ecuador. Quito: Defensoría pública de Ecuador. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi. 2011. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas". <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69073>
- _____ 2008. "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de libertad en las Américas". <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.
- Gómez López, Mara. 2014. La Jurisprudencia Interamericana sobre prisión preventiva. México: UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3817-criterios-y-jurisprudencia-interamericana-de-derechos-humanos-influencia-y-repercusion-en-la-justicia-penal>

- Márquez, Agustín T. 2021. "Estado jurídico de inocencia en el proceso penal. Rigorismo dogmático vs. Laxitud pragmática". *Revista pensamiento penal (Argentina)*. Enero de 2021. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49678-estado-juridico-inocencia-proceso-penal-rigorismo-dogmatico-vs-laxitud-pragmatica>
- Pérez Royo, Javier. 2012. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Reyes, Sebastián. 2012. "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno". *Revista derecho (Valdivia)*, vol. 25, N.º 2: 229-247. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200010>
- Rojas Gómez, Enrique. 2002. *La Teoría del Proceso*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, Claus. 2007. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. 1a ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial 511, de 10 de junio de 1983.
- Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 360, de 13 de enero de 2000.
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Registro Oficial 180, 10 de febrero del 2014.
- Corte IDH. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo y Sentencia. 12 de noviembre de 1997.
- _____. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 7 de septiembre de 2004.
- _____. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 22 de noviembre de 2005.
- _____. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 1 de febrero de 2006.
- _____. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 21 de noviembre de 2007.
- _____. Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 17 de noviembre de 2009.
- _____. Caranza Alarcón vs. Ecuador. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 3 de febrero de 2020.
- _____. Opinión Consultiva OC-8/87: El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 de enero de 1987.
- ONU. Ver: Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- _____. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor en 1976.
- OEA. Ver: Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", de 22 de noviembre de 1969.

HABEAS CORPUS CORRECTIVO COLECTIVO, UNA VÍA DE SOLUCIÓN PRÁCTICA FRUSTRADA

Respuesta a la crisis carcelaria actual: un ejercicio práctico

COLLECTIVE CORRECTIVE HABEAS CORPUS, A PATH OF FRUSTRATED PRACTICAL SOLUTION

Responding to the Current Prison Crisis: A Practical Exercise

HABEAS CORPUS DE CORREÇÃO COLECTIVO, UMA VIA DE SOLUÇÃO PRÁTICA FRUSTRADA

Resposta à crise carcerária atual: um exercício prático

Lyonel Calderón Tello*

Recibido: 31/V/2022

Aceptado: 20/VII/2022

Resumen

El trabajo expone una propuesta de solución práctica a la problemática existente dentro de los centros de rehabilitación social del país, debido a la falla sistemática de los últimos años, los cuales han transgredido varios derechos constitucionales y, así, han generado un irrespeto a los derechos inherentes al ser humano. Se interpuso como solución un *habeas corpus* correctivo colectivo, el cual fue sustentado con suficiencia. En esta acción se plantearon varias medidas correctivas con el objetivo de obtener una solución jurídica viable a la crisis carcelaria. La acción jurisdiccional fue aceptada en primera instancia por el Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas del cantón Guayaquil, no obstante, fue duramente criticada por los legitimados pasivos, quienes prefirieron desatenderse de la solución ofrecida.

Palabras clave: Centros de rehabilitación social; Medidas correctivas; Falla sistémica; Derechos; Personas privadas de libertad

Abstract

The paper presents a proposal for a practical solution to the problem within the social rehabilitation centers of the country, due to the systematic failure of recent years, which have violated several constitutional rights, leaving behind a lack of respect for the rights inherent in the human being. As a solution, a collective remedy habeas corpus was filed, which was sufficiently sustained, in this action several corrective measures were proposed with the aim of obtaining a viable legal solution to the prison crisis. The judicial action was accepted at first instance by the Single Court of Criminal Guarantees of Guayas of the canton Guayaquil, however, was sharply contested by the passive legitimized, who preferred to disregard the offered solution.

Key words: Social rehabilitation centers; Corrective measures; Systemic failure; Rights; Persons deprived of liberty

* Profesor de Derecho Penal, director del Seminario Permanente de Investigación en Derecho Penal, coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Guayaquil. Docente universitario de grado y posgrado con amplia experiencia. Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Derecho Privado y Máster en Derecho Público por la misma universidad. Abogado y economista por la Universidad de Guayaquil. Abogado litigante y miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Academia Ecuatoriana de Ciencias Penales y Criminológicas. Correo electrónico: lyonel.calderont@ug.edu.ec

Cómo citar este artículo: Calderón Tello, Lyonel. 2022. "Habeas corpus correctivo colectivo, una vía de solución práctica frustrada". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 82-97.

Resumo

O trabalho expõe uma proposta de solução prática ao problema dentro das penitenciárias do Equador, causada pela falha sistemática dos últimos anos, resultando na transgressão de vários direitos constitucionais e a falta de respeito de direitos inerentes ao ser humano. Se interpõe como solução um habeas corpus de correção coletivo, sustentado com suficiência, em que se plantearam medidas de correção com o fim de conseguir uma solução jurídica

viável à crise carceraria. A ação jurisdicional do Município de Guayaquil; não obstante, foi duramente controvertida pelos legitimados passivos, que preferiram se desentender da solução oferecida.

Palavras chave: Penitenciárias; Medidas de correção; Falha sistemática; Direitos; Pessoas provadas de liberdade

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La crisis carcelaria no es una problemática nueva, pues desde el año 2019 comenzó su agravamiento. No obstante, en el año 2021, Ecuador fue sorprendido por el incidente más sanguinario que tuvo lugar dentro de sus centros de rehabilitación social, situación que, como se ha podido evidenciar, se ha vuelto insostenible para el Estado, y ha ocasionado que se vuelva imperante la implementación de una solución práctica y realista que mejore la deteriorada situación dentro de estos centros penitenciarios, que deviene de una falla sistemática y tiene diversos síntomas (González y Armijos 2021).

Esta falla sistemática ha repercutido en la crisis que atraviesa el país, en razón de que, dentro de los centros de privación de libertad, existen conflictos entre bandas criminales nacionales y extranjeras, por la falta de control efectivo de los servidores encargados de resguardar los pabellones y por el autogobierno que ejercen las bandas en el control interno y, como consecuencia, se generan las denominadas guerras campales entre aquellas. Por lo tanto, ha surgido la necesidad de proponer soluciones prácticas y urgentes que optimicen la estancia en los centros de rehabilitación social para resguardar la vida, salud e integridad física de los reclusos (Proaño Soria y Sánchez Oviedo, 2022).

Entre las personas privadas de libertad, a quienes se les ha transgredido sus derechos constitucionales, en la actualidad se contabilizan más de 450 muertos por las riñas en el interior de los centros de privación de

libertad. Esta situación ha lesionado derechos necesarios para el efectivo goce del resto de derechos que los tratados de derecho internacional y los diferentes ordenamientos jurídicos protegen. El derecho a la vida hace referencia a dos puntos importantes: asegurar la existencia digna de una persona, dado que el Estado es el encargado de salvaguardarla, y defender el cumplimiento de tal derecho; también es el ente estatal el responsable de la creación y puesta en marcha de las políticas públicas que permitan la protección de los grupos vulnerables, la cual se proyecta también en la protección del daño de terceros, como es en este caso de las bandas delincuenciales que mantienen el control interno¹. Por lo manifestado en líneas previas, se halló una solución práctica que se encuentra consagrada en la Constitución, que se encarga de salvaguardar el derecho a la integridad en los casos en que exista una amenaza real e inminente que entra en conflicto con el derecho a la integridad personal. Una situación de este tipo se ha manifestado públicamente en las masacres ocurridas al interior de los centros de privación de libertad².

En el desarrollo se utilizó el método cualitativo, puesto que se recopilaron datos no estandarizados, a fin de realizar un análisis exhaustivo para adquirir una visión más amplia de la problemática dentro de las cárceles. De la misma forma se pretendió que, a través de una evaluación interpretativa de textos y jurisprudencia esencial, se logre poner en consideración del lector los últimos acontecimientos dentro de las cárceles por

1 Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 2015.

2 Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 2012.

la falta de observancia del Estado ecuatoriano de sus obligaciones, en razón de la falta de atención de este a los múltiples problemas que se dan dentro de estos centros. Con la bibliografía señalada se deja expresa constancia de que esta problemática no es relativamente actual, sino que se debe a una falla sistemática que culminó con las masacres de estos últimos años.

En el análisis de estos hechos se aplicó el método histórico jurídico, por cuanto se exponen fehacientemente los aspectos desencadenantes de las masacres y sus efectos en la sociedad y el Estado. También se utilizó el método sistémico-estructural-funcional, pues se expuso la falta de celeridad de la administración de justicia al impartir justicia en temas de gran relevancia social. En virtud de este trabajo se espera crear una conciencia sólida y eficaz en los conocedores del Derecho a fin de tomar en consideración y evitar repetir sucesos sangrientos como las masacres ocurridas al interior de los centros de privación de libertad.

1. Acción constitucional de *habeas corpus* correctivo colectivo

La acción que se presentó ante el juez constitucional de la Unidad Judicial de Guayaquil de la provincia del Guayas se realizó en pro de la defensa de los derechos vulnerados de las personas privadas de libertad respecto de los actos deleznable ocurridos el 23 de febrero de 2021, cuando una cifra alarmante de PPL perdieron la vida en un ambiente de tortura y masacre. En atención a esta grave problemática, mi persona, junto con la Dra. María del Carmen Vera Rivera, PhD, como académicos, docentes investigadores y abogados, decidimos presentar una acción constitucional de *habeas corpus* correctivo colectivo, en calidad de legitimados activos, con la finalidad última de otorgar una solución adecuada a la crisis carcelaria existente.

1.1 Legitimación activa

La Corte Constitucional, en la sentencia 170-17-SEP-CC, determina que existe la legitimación activa abierta o también denominada como “acción popular”. A partir de la referida sentencia, se esgrime que una persona o un colectivo tienen la potestad constitucional de interponer una demanda de garantías jurisdiccionales,

siempre que se tenga como objetivo principal exhortar al cumplimiento y respeto de los derechos.

Es importante que se cite textualmente el siguiente segmento de la sentencia:

“toda persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad, está facultado para proponer o intentar una demanda de garantías jurisdiccionales sin ningún condicionamiento, en aras de asegurar o exigir la protección de derechos constitucionales. Ello es así, independientemente del interés o afectación directa que tenga o soporte el o la accionante sobre los hechos objeto de demanda”.

De lo ya manifestado se colige que se actuó acorde a derecho y nos apersonamos en defensa de este grupo ignorado y olvidado por el Estado (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2021). De tal suerte que, en el libelo inicial de la acción constitucional presentada, en su apartado segundo sobre la legitimación activa, se estableció que:

“Nosotros: Lyonel Fernando Calderón Tello, ciudadano ecuatoriano, portador de la cédula de ciudadanía No. 0914357835, Doctor en Derecho, Docente Universitario, y María del Carmen Vera Rivera, ciudadana ecuatoriana, portadora de la cédula de ciudadanía No. 0917973547, Doctora en Derecho y Docente Universitaria, comparecemos ante su autoridad para solicitar la ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS CORRECTIVA COLECTIVA de conformidad con el artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; el cual legitima nuestra intervención en virtud del Art 9 de la ley ibidem. [...]

Es incuestionable que, en el Ecuador existe legitimación activa abierta en materia de garantías” jurisdiccionales, esto lo confirma la Sentencia de la Corte Constitucional 170-17-SEP-CC de 7 de junio de 2017”.

Por esta razón, se acudió en el momento oportuno ante el órgano jurisdiccional respectivo a fin de que se

sometiera a su competencia la tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en calidad de legitimados activos. Los representantes de la cartera de Estado, en calidad de legitimados pasivos, se encuentran en todo momento en la obligación de salvaguardar la integridad y vida de las personas en situación de vulnerabilidad; sin embargo, e independientemente de la oposición de los demandados respecto de nuestra legitimación, la sentencia constitucional antes citada determinó de forma explícita que cualquier persona es apta para interponer acciones constitucionales que tengan como fin la protección de los derechos propios o de terceros. A fin de establecer una legitimación activa abierta y con el objetivo de poner en práctica el principio de economía procesal y el principio elemental de formalidad condicionada la acción de *habeas corpus* correctivo colectivo fue admitida a trámite ante el Juez Constitucional competente.

1.2 Objeto del *habeas corpus* correctivo colectivo

El Estado tiene el deber de salvaguardar a todo ciudadano con énfasis en los grupos de atención prioritaria (Registro Oficial No. 449, 2008), entre los cuales se encuentran inmersas las personas privadas de libertad. Por los acontecimientos de dominio público se conoce que no existen suficientes recursos humanos ni materiales en la infraestructura, motivo por el que se convierte en una situación de extrema complejidad que debe ser tratada urgentemente con medidas que garanticen la no repetición. El *habeas corpus* correctivo colectivo presentado tuvo como finalidad subsanar las prácticas incompatibles con las normas constitucionales a través de la implementación de políticas públicas; y el Estado debe responder por las acciones u omisiones que hayan desencadenado las masacres (Barressi Araujo 2021).

En la práctica, las acciones jurisdiccionales tienen como finalidad la eficaz protección de los derechos constitucionales vulnerados (Cordero-Heredia y otros 2021). Precisamente en esta situación surgen las cuestiones respecto de la forma de interponer un *habeas corpus* en el país, el cual tiene por objeto recuperar la libertad de aquel que se encuentre privado de esta

de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. Para una mayor comprensión se cita textualmente la sentencia N.º 247-17-SEP-CC:

“Con relación a la privación de la libertad **ilegal**, esta puede ser definida como aquella ordenada o ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico. La privación de la libertad **arbitraria** en cambio, es aquella ordenada o mantenida sin otro fundamento que la propia voluntad o capricho de quien la ordena o ejecuta. La privación de la libertad **ilegítima**, por último, es aquella ordenada o ejecutada por quien no tiene potestad o competencia para ello.”³

De la misma forma, el *habeas corpus* tiene también como finalidad proteger el derecho a la vida, que se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana y es reconocido por la Norma Suprema y la Convención Americana de Derechos Humanos. A continuación, se citará el alcance del derecho a la vida que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala:

“sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

En razón de lo precitado, se concluye que la vida debe ser precautelada por el Estado, es decir que, aunque se encuentren privados de la libertad, se les debe garantizar una vida digna, a través de la creación de mecanismos que contribuyan a soluciones eficaces y directas.

Asimismo, la acción de *habeas corpus* tiene como objeto salvaguardar la integridad física de las personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos citada en la Sentencia N.º 017-18-SEP-CC, determina

³ Énfasis del autor.

específicamente la defensas del derecho a la integridad física, que:

“hace referencia a la plenitud corporal del individuo; de allí que toda persona tiene derecho a ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndola o causándole dolor físico o daño a su salud”⁴

De lo manifestado en líneas previas, se colige que es necesario que el Estado proteja la vida y la integridad física de los PPL. Sobre esa base principal, se interpuso la acción con el afán de garantizar la vida e integridad física de las personas que se encuentran en los centros de privación de libertad, donde se originaron las riñas entre bandas que culminaron con las muertes atroces de las personas de los pabellones de máxima seguridad.

Hasta el momento se ha dejado claro el objeto del *habeas corpus*, sin embargo, es menester, en el desarrollo del presente acápite, la aclaración del objeto que la Corte Constitucional en la sentencia N.º 365-18-JH/21 ha establecido para el *habeas corpus* correctivo:

“Esas restricciones y limitaciones serán justificables mediante la garantía de *habeas corpus* cuando no fueren razonables o si producen efectos o daños graves al titular de derechos”.

En la misma sentencia, la Corte señaló que este tipo de *habeas corpus* denominado correctivo es un mecanismo efectivo que tiene como finalidad salvaguardar los derechos de las personas en los centros carcelarios del país y de cualquier lugar del cual el Estado se encuentre a cargo⁵. Se puede inferir que, al momento que presentamos ante el aparato jurisdiccional la garantía de *habeas corpus* correctivo colectivo interpuesto por nosotros como legitimados activos, buscábamos que, a través del cumplimiento de las medidas correctivas solicitadas en la pretensión, se subsanen las violaciones de la integridad física de los reclusos dentro de los centros de rehabilitación social, a través de la protección y defensa de los derechos de este grupo de

atención prioritaria. En razón de lo revisado se entiende que nosotros no tenemos como fin la libertad inmediata de este grupo vulnerable, sino más bien, en el marco que permite el ordenamiento jurídico, lograr la corrección y mejora de las múltiples situaciones que provocan la lesión de derechos de los integrantes de este grupo de atención prioritaria.

1.3 Prueba

Antes de empezar con el desarrollo del presente acápite, hay que distinguir entre la prueba en un procedimiento ordinario y la prueba en el marco de las garantías jurisdiccionales. En el procedimiento ordinario, se debe seguir el debido proceso con todas las formalidades que determina la norma, el cual, por lo tanto, debe realizarse de acuerdo a la Constitución y, asimismo, de conformidad con la norma vigente, si no, carecería de validez y eficacia jurídica. Para el efecto se cita la Sentencia N.º 034-09-SEP-CC, en la que se señala la importancia del cumplimiento del debido proceso:

“un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución, y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho”⁶.

De lo precitado de las acciones a realizarse se infiere la necesidad de seguir las formalidades que exige la normativa en el procedimiento ordinario, a fin de no lesionar el derecho al debido proceso; caso contrario, nos encontraríamos con una administración de justicia que no vele por los derechos.

En la audiencia se presentaron pruebas tales como fotos y vídeos, que son una evidencia real y fidedigna de

4 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 2018.

5 Sentencia No. 365-18-JH/21, 2018.

6 Énfasis del autor.

los hechos suscitados dentro de los centros de rehabilitación social. En ellas constan sucesos repudiables que el Estado, como ente garantizador, se encuentra en la obligación de reparar, y que manifiestan la innegable vulneración a los derechos constitucionales de los PPL. Se aceptó la prueba en el *habeas corpus* correctivo colectivo. Los legitimados pasivos realizaron especial énfasis en el modo de obtención de la prueba y la impugnaron, como un caso más de cierta formalidad impropia de las garantías jurisdiccionales. En efecto, en este asunto se debe tener en cuenta que: “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” y, también, que estas garantías deben mantener un procedimiento sencillo, rápido y eficaz en razón del principio de formalidad condicionada contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Asimismo, en el artículo 16 de esta normativa se determina que “Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada”.

Se infiere de la anterior normativa que los hechos notorios o públicamente evidentes no requieren ser probados. Por ese motivo, en la demanda se anunciaron como medios de pruebas los vídeos y fotografías de la situación en la que se encontraban las cárceles, vídeos repudiables en los cuales consta que los privados de libertad se turnaban para jugar con la cabeza de un recluso degollado e inclusive sacarle el corazón a otro mientras lo grababan y hacían burla al respecto. En virtud de los hechos y del notorio dominio público, nos acogimos a lo dictado por la Corte Constitucional, al Código Orgánico General de Procesos como norma supletoria, que indica en el artículo 163, que los hechos notorios y públicos no necesitan ser probados y, además, el Libro Manual de Razonamiento Probatorio, en el que se cita a Taruffo, quien determina que “un elemento de prueba puede ser considerado relevante si, y solo si, permite fundar en él —por sí sólo o junto con otros elementos— una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar” (Ferrer Beltrán, 2022).

La prueba tiene como objetivo convencer al juzgador de la realidad de los hechos, motivo por el cual fue necesario presentar los vídeos y fotografías con

la finalidad de demostrar la importancia del auxilio inmediato de quienes se encuentran privados de su libertad.

Asimismo, se solicitó la presentación de un informe en el que se especifique la situación actual del sistema penitenciario, a fin de que la entidad encargada realice un estudio sustancial de la circunstancia que amerita atención en el sistema carcelario del Ecuador. De la misma forma, se solicitó a la autoridad competente que ordene un peritaje para conocer si se cumplen los estándares de alojamiento mínimos en los centros penitenciarios. Entre las medidas solicitadas en la acción jurisdiccional se pidió también la reparación integral no solo de los PPL, sino que también se hiciera extensiva a los familiares de las víctimas mortales de tan lamentables sucesos. Asimismo, como legitimados activos, exigimos la reunión de expertos nacionales e internacionales para tratar el tema de la crisis carcelaria en el Ecuador y, a través de este medio, proponer políticas públicas en pro de las personas privadas de libertad. Es necesaria la eficacia en estas reuniones a fin de que el sistema carcelario del Ecuador opte por las medidas adecuadas. De la misma forma se solicitó que se disponga a la Asamblea Nacional la creación y promulgación de normativas que tengan como fundamento una política criminal de intervención mínima; ya que, si se tiene en consideración la discusión de los expertos en temas penitenciarios, se podrían establecer normas efectivas en las que se respeten los derechos y se cumplan a cabalidad los estándares mínimos carcelarios.

2. Sentencia del Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas, primera instancia

Posteriormente a la presentación de la acción de *habeas corpus* correctivo colectivo, tal como determina la Ley Orgánica de Jurisdiccionales y Control Constitucional, se procedió al trámite. Los jueces en quienes recayó la causa convocaron a audiencia a través del Juicio Especial signado con el N.º 099901202100025. El tribunal competente ante quien se analizó la acción de *habeas corpus* correctivo colectivo fue integrado por los jueces: abogado José Cañizares Mera, Dr. Edwin Logroño Varela y abogado Jovanny Suárez Chávez, en calidad de juez ponente.

En estricta concordancia con lo establecido en la demanda, los jueces competentes señalaron nuevamente el objeto del *habeas corpus* correctivo colectivo, de conformidad con el 89 de la Constitución de la república y el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, **así como proteger la vida y la integridad física y otros derechos conexos de personas privadas o restringidas de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona.**”⁷

2.1 Audiencia

El día jueves 4 de marzo del 2021 se realizó la respectiva audiencia en la cual los legitimados activos comparecimos en pro de los derechos de las personas privadas de libertad, y argumentamos que fue interpuesta esta acción en amparo y defensa de los intereses de este grupo de atención prioritaria olvidado por el Estado ecuatoriano. De otra manera, al no garantizarse los estándares mínimos en los centros de rehabilitación social, estaría vulnerándose también su derecho a una vida digna, por los tratos inhumanos y degradantes causados (Machado Maliza, Hernández Gaibor, Inga Jaramillo y TixiTorres 2020).

En audiencia se expuso, de forma oral, la urgente necesidad de las medidas correctivas por parte de la administración de justicia, con el fin de que la estancia de este grupo vulnerable se realice bajo estándares legales y constitucionales, ya que se pretende que cese la restricción de los derechos inherentes a toda persona. Dado el inconveniente surgido en las cárceles, se podría indicar al Estado, como culpable por la poca o nula atención y, su obvia responsabilidad. No obstante, las medidas reparatorias son aún más relevantes si se espera colocar un alto a los hechos que suceden en estos centros penitenciarios, porque mantienen en zozobra no solo a sus familiares sino a toda la sociedad nacional e internacional por el inadecuado e ineficaz manejo de los centros por parte de los directivos

encargados de velar por la seguridad de quienes se encuentran inmersos en este grupo.

Generalmente se tiene la errónea idea de que los derechos y su titularidad los pierden aquellos que cometen delitos, ya que se encuentran en conflicto con la ley. Mas, en realidad, las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos y el trato hacia estos debe realizarse en el margen del respeto y la cordialidad, en conformidad con los tratados internacionales, a fin de que, a futuro, el Estado responda por su desinterés y mal manejo de la situación carcelaria. Se han emitido constantes informes en relación con el sistema carcelario del país; sin embargo, Ecuador ha hecho caso omiso de ellos. Recordemos que estos informes emitidos por organismos internacionales no son de carácter vinculante, pero este hecho no impide su revisión y puesta en marcha a través de prontas soluciones, en razón de que estos garantizan el respeto a los derechos humanos. A fin de ejemplificar esta situación normativa, es menester hacer referencia a que el Grupo de Trabajo para la Privación de Libertad de Naciones Unidas, a través de sus informes, ha señalado que el Estado debe velar por el buen trato, respeto y el uso de infraestructura adecuada para aquellos que se encuentran privados de su libertad.

Durante la audiencia, los legitimados pasivos, sin tener en cuenta lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador desarrollada en párrafos anteriores, indicaron que el *habeas corpus* solo se presenta con un único fin:

“La acción de *habeas corpus* tiene por objeto **recuperar la libertad**⁸ de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona”.

No obstante, como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo académico, ha quedado constancia de que se puede también presentar con el objetivo de proteger la vida e integridad física de las personas en el régimen penitenciario, puesto que la Constitución de la república del Ecuador contiene dos objetos del *habeas*

7 Énfasis del autor.

8 Énfasis del autor.

corpus, por tal motivo se procedió a presentarlo en concordancia con que:

“La acción de *habeas corpus* tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.”⁹

2.2 Análisis del tribunal

En el análisis del tribunal sí se tuvo en cuenta que la interposición de la demanda tenía como objetivo garantizar la vida e integridad física de los privados de libertad. Incluso, este tribunal señaló que, en la jurisprudencia emitida por el ex-Tribunal Constitucional, se había utilizado con anterioridad la figura del *habeas corpus* correctivo:

“La modalidad de este hábeas procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados”.

En razón de lo analizado se desprende la procedencia de este tipo de *habeas corpus* en el Ecuador y, tras evidenciarse la realidad en los centros de privación de libertad, el Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas del cantón Guayaquil procedió en sentencia a aceptar la acción de *habeas corpus* correctivo colectivo, por la incuestionable violación de los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad.

Entre los puntos resolutivos más importantes que se aceptaron de la demanda se pueden enumerar los siguientes:

1. El tribunal ordenó que el Estado, como garante de los derechos, cumpla con el deber de proteger a este grupo prioritario.
2. Como medida de reparación, la asistencia psicológica a las familias perjudicadas por la falta de

atención en los centros de atención de libertad a causa de los deleznable hechos suscitados en fechas anteriores. Es relevante este punto, en razón de que el Estado se encuentra en la obligación de prestar ayuda y reparar.

3. Medida correctiva que la presidencia de la república, en conjunto con los ministerios del ramo, coordinen y ejecuten el plan de acción a mediano y largo plazo. En razón de la instancia de ejecución solicitada como medida correctiva, el Tribunal Constitucional dispuso la creación de una comisión interinstitucional para la construcción de un plan de trabajo, con el objeto de evitar la repetición de los hechos suscitados en las cárceles, que acabaron con la vida de varios reos. Esta comisión debía conformarse por tres representantes: de las personas privadas de libertad, agentes estatales del SNAI y un delegado de la presidencia, facultades de derecho y los accionantes del *habeas corpus* correctivo colectivo y, tal como se requirió, el auxilio urgente de la Organización de las Naciones Unidas como líderes de la comisión; y se dispuso que el plan sea presentado en 180 días.

En virtud de las líneas previas, se colige que la decisión del tribunal fue acertada y que tiene como fin último la urgente protección y reparación de los derechos de las víctimas que dejaron las masacres suscitadas en el Ecuador.

3. Auto de nulidad de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, segunda instancia

La Directora de Asesoría Jurídica Subrogante del Servicio Nacional de Atención Integral a las Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) presentó un recurso de apelación, a partir de una supuesta vulneración al debido proceso y a la seguridad jurídica. Para justificarla se argumentó una falta de notificación a los accionados y la presencia de ellos en la audiencia con una “mera convocatoria”; mientras que en la alegación de una posible vulneración a la seguridad jurídica se señaló la

⁹ Énfasis del autor.

“incertidumbre jurídica” que provocó la interposición y aceptación de la acción, cuando con suficiencia se demostró la existencia y aplicación de este recurso por la Corte Constitucional. La delegada de la presidencia de la república también presentó otro recurso de apelación, arguyendo que el Estado no ha vulnerado derechos de los PPL, sino más bien ha aunado esfuerzos para dar fin a la crisis carcelaria; esfuerzos que no han servido en la realidad para erradicar la violencia dentro de las cárceles. Finalmente, quien representa al Ministerio de Economía y Finanzas interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Único de Garantías Penales del Guayas del cantón Guayaquil, escrito en el que manifestaron que muchos de los legitimados pasivos no fueron debida y legalmente notificados, debido a que existió un error de tipeo en el correo y, por consiguiente, alegando indefensión.

Luego de que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas analizara lo contenido en los recursos, ordenó que se retrotrajera el proceso hasta el momento en que se vulneró el derecho a la defensa por la no notificación, es decir, hasta el auto de calificación de la demanda.

“DECISIÓN: En el presente caso, con las consideraciones realizadas ut supra que responden al instrumento analizado, los infrascritos Jueces Provinciales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con competencia constitucional, resuelven: 1) Retrotraer el presente proceso constitucional de *habeas corpus*, hasta el momento en que se vulneró el derecho constitucional del derecho a la defensa, eso es hasta el auto de calificación de la demanda de acción de *habeas corpus*”.

Es interesante cómo esta Sala de la Corte Provincial, en contubernio con la administración central, continúan vulnerando los derechos de las personas privadas de libertad, cuando es de público conocimiento la necesidad de auxilio urgente a quienes se encuentran en estos centros penitenciarios, que día a día se hallan expuestos a posiblemente morir en manos de

bandas de criminales dentro de las cárceles, puesto que el Estado no cumple con los estándares mínimos que debería.

Es menester recordar que las garantías jurisdiccionales son sumarísimas y que no se dejará de lado la justicia por la sola omisión de formalidades, realidad palpable en la emisión de este auto de nulidad que retrotrajo el proceso constitucional hasta el auto de calificación, en base a la alegación de que hubo una falta de notificación a cierta cartera del Estado, situación que terminó en una supuesta vulneración al debido proceso. Nosotros rechazamos enérgicamente esta burda alusión a un daño, situación que continúa con la vulneración de derechos de las personas privadas de libertad, que aún al año 2022 continúa sucediendo dentro de los centros penitenciarios del país.

4. Acción extraordinaria de protección

Tras la emisión del auto de nulidad decidimos presentar una acción extraordinaria de protección, por cuanto la decisión de fecha 17 de agosto de 2021 fue:

“DECISIÓN: [...]”

1) Retrotraer el presente proceso constitucional de *habeas corpus*, hasta el momento en que se vulneró el derecho constitucional del derecho a la defensa, eso es hasta el auto de calificación de la demanda de acción de *habeas corpus*, la misma que se encuentra de fojas 23 de los autos, sobre la base de los *thema decidendum*, con las *obiter dicta* en base a las consideraciones expuestas por este Tribunal, razón por la cual, se deja sin efecto jurídico las actuaciones posteriores realizadas dentro de este expediente constitucional.”

Este auto de nulidad vulneró los derechos de centenares de privados de la libertad, a quienes se defendió a través de la garantía de *habeas corpus* correctivo colectivo y, como resultado, se causó un irreparable daño a este grupo de atención prioritaria que, una vez más, observa mermados sus derechos frente al ente estatal y las diferentes carteras de Estado, que con clara ignorancia radican su actuar en meras formalidades no adecuadas en este tipo de garantías jurisdiccionales y situaciones que atraviesa el país.

De manera general, para la presentación de una acción extraordinaria de protección es necesario agotar todos los recursos; sin embargo, por la naturaleza urgente de la realidad ecuatoriana y el estado procesal de este, no existe un recurso al cual recurrir (Torres, Rivera y Ronquillo 2021).

La interposición de esta garantía se basa en la sentencia N.º 1052-14-EP/19, la cual determina que:

“esta Corte se pronunció acerca del requisito de que el acto impugnado sea una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia, en los siguientes términos: [...] estamos ante un auto definitivo si este (1) pone fin al proceso, **o si no lo hace, excepcionalmente se lo tratará como tal y procederá la acción, si este (2) causa un gravamen irreparable**¹⁰. A su vez, un auto pone fin a un proceso siempre que se verifique uno de estos dos supuestos: o bien, (1.1) el auto resuelve sobre el fondo de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material, o bien, (1.2) el auto no resuelve sobre el fondo de las pretensiones, pero impide, tanto la continuación del juicio, como el inicio de uno nuevo ligado a tales pretensiones.”

Consideramos que el dictamen de este auto de nulidad provocó un daño irreparable, en razón de que, el 23 de febrero de 2021, ocurrieron masacres que dejaron como resultado 79 privados de libertad fallecidos, y que por el auto de nulidad se ha visto acrecentar dicho número día a día, como se refleja las deplorables condiciones y violaciones sistemáticas a los derechos humanos, que con el devenir del tiempo solo han aumentado y continúan sumando centenas de muertos y heridos.

Luego del dictamen en el auto de nulidad, todos los actos que se pretendía realizar en pro de los PPL, que tenían como objetivo finiquitar de raíz el daño causado a quienes se encuentran dentro de las cárceles, no pudieron llevarse a cabo, razón por la cual, ese actuar causó un daño irreparable. La sentencia N.º 154-12-EP/19 destaca el concepto de gravamen irreparable:

“un auto que causa un gravamen irreparable es aquel que genera una vulneración de derechos constitucionales que no puede ser reparada a través de otro mecanismo procesal”.

Asimismo, en la Sentencia N.º 2174-13-EP se determina que, para que la Corte Constitucional constate que el auto impugnado violentó derechos constitucionales, no debe existir un mecanismo procesal que pueda llegar a reparar tales vulneraciones¹¹.

El injusto contenido de la sentencia de primera instancia no solo vulneró los derechos de este grupo, sino que también desperdició recursos públicos, puesto que se debe convocar y efectuar otra audiencia que podría ser nuevamente apelada, sin contar con el tiempo que conllevaría y los trágicos sucesos que podrían volver a ocurrir, ya que se trata de una situación recurrente desde el año 2020. Al no tomarse en cuenta las medidas respectivas, cada día los derechos de estas personas continúan siendo mermados.

Los actos de barbarie tienen diversos detonantes, entre los que se pueden mencionar la lucha entre bandas nacionales e internacionales dentro de los centros de privación de libertad, situación que a día de hoy continúa. Este caos es consecuencia del desinterés del Estado que produce consecuencias directas en los derechos fundamentales como la vida y la integridad física. En resumen, el ente estatal no está cumpliendo a cabalidad su rol de garante, tal como detalla la Constitución.

Si bien es cierto que, en esos momentos duros del país, el presidente declaró estados de excepción o de emergencia, estas medidas no han sido una respuesta eficaz, puesto que no resuelven la problemática de fondo sino que solo establecen una solución temporal, condición insostenible por parte del Estado para solucionar inconvenientes estructurales. En razón de tan lamentable panorama, me permito citar lo determinado por la Corte Constitucional en el auto de fase de seguimiento N.º. 4-20-EE/21 y acumulado de la causa N.º. 4-20-EE y 6-20-EE:

¹⁰ Énfasis del autor.

¹¹ Sentencia No. 2174-13-EP, 2020.

“La Corte fue enfática en advertir que si la situación en los distintos centros de privación de libertad (CPL) ha llegado al punto en que no puede ser superada a través del régimen constitucional ordinario, y ha requerido de distintas declaratorias de estados de excepción, esto responde a la falta de actuación oportuna y adecuada por parte del Estado para atender problemas que han afectado los derechos de las personas privadas de libertad, así como varias fallas estructurales que enfrentan los distintos CPL del país, tales como el tráfico de armas, el hacinamiento y la existencia de organizaciones delictivas.”

No se puede pretender tapan el sol con un dedo al declarar estados de excepción en todo momento, ya que efectiva e innegablemente existe una falta de acción y respuesta que conceda soluciones efectivas e inmediatas a la violación sistemática de los derechos y a la puesta en riesgo de estos. Por todo lo mencionado previamente, en la acción extraordinaria de protección se argumentó el daño irreparable a las víctimas y a la sociedad en general hasta el punto de transgredir derechos constitucionales tales como la tutela judicial efectiva, la garantía de la motivación y la vida e integridad física (Carrasco Durán, 2017).

En el derecho a la tutela judicial efectiva se denota una afectación al principio de celeridad, en razón de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano determina el término de ocho días para que los jueces del tribunal *ad quem* resuelvan un recurso de apelación. No obstante, en esta insostenible situación, el recurso fue conocido por el tribunal el 3 de mayo de 2021, pero la audiencia se dio el 23 de junio del 2021, cuya duración fue de 52 días. Asimismo, la sentencia de segunda instancia se notificó a las partes accionantes el 18 de agosto de 2021.

La justicia debe ser pronta, caso contrario, como en el que se ventila en el presente trabajo, se estaría vulnerando el principio de celeridad y también la tutela judicial efectiva, en razón de que todo proceso debe ser realizado oportunamente.

También se vulneró el debido proceso por la insuficiente motivación de las resoluciones y sentencias, por cuanto se determinó una supuesta falta de notificación al Ministerio de Economía y Finanzas, que estuviera en consonancia con la nulidad dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. En efecto existió un error en los casilleros electrónicos, que fue imputado al legitimado activo, de modo que se ignoró lo señalado en el artículo 110 del Código Orgánico General de Procesos, que establece:

“Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada:

2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación. **No puede pedir la nulidad de un acto procesal quien la ha provocado. No se declarará la nulidad por vicio de procedimiento cuando la omisión haya sido discutida en audiencia preliminar o fase de saneamiento.**”¹²

Respecto a lo citado previamente, se colige que no debió existir sentencia de segunda instancia en donde se declare una supuesta vulneración al debido proceso, en concordancia con el artículo 110 de la norma precitada. De hecho, el error del correo fue una falta de atención de una secretaria de la unidad judicial, aun cuando ella debería haber tenido conocimiento de los casilleros electrónicos para citar. Sin embargo, lo relevante en este caso es la persistencia en la vulneración de derechos de las personas privadas de libertad, quienes son los únicos perjudicados.

El auto que se impugna es incongruente con las exigencias normativas vigentes en pro de salvaguardar y proteger los derechos de las personas privadas de libertad, razón por la cual esta decisión no fue correctamente abordada, de manera que condujo a una inadecuada decisión.

En razón de lo manifestado en las líneas que preceden, se solicitó, a través de la acción de protección lo siguiente:

¹² Énfasis de autor.

1. Declaración de vulneración de los derechos constitucionales destacados en este apartado.
2. Declaración de nulidad del auto de fecha 18 de agosto de 2021, signado con el N.º 09901-2021-00025.
3. Que se ejecute la sentencia de primera instancia a fin de precautar los derechos de las personas privadas de libertad del país.

Aún con los argumentos fundamentados en derecho y expuestos concretamente en el acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional determinó que no existe un daño irreparable, pero lo hizo sin argumento alguno que prevalezca por sobre los derechos de las personas privadas de libertad. Así queda constancia de la nula atención del Estado hacia sus mandantes, situación vulneradora de derechos constitucionales. No obstante, en la motivación de la inadmisión hubo dos votos a favor y, uno en contra presentado por el juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría. Por esta razón, se presume que, con los argumentos señalados en la acción extraordinaria de protección, es suficiente para tener en cuenta el daño irreparable en contra de las víctimas de la desprotección del Estado, sucesos que se han reiterado con la emisión de esta acción extraordinaria de protección.

5. Sentencia de primera instancia del Tribunal de Garantías Penales

Los jueces sobre quienes recayó el sorteo demoraron en la convocatoria de audiencia, y así retardaron la administración de justicia, situación inaceptable cuando se tramita una garantía jurisdiccional, y más aún cuando el asunto incluye vulneraciones contra la vida e integridad física, de forma que este tribunal debió despacharlo inmediatamente por la naturaleza urgente de esta acción.

El *habeas corpus* es una garantía jurisdiccional, razón por la cual, su procedimiento debe ser sumárisimo; no obstante decidieron no tramitar de forma rápida la acción presentada (Abad-Molina y Vázquez-Martínez 2021).

El sorteo fue realizado el 14 de octubre del 2021, y fueron designados los mencionados jueces, puesto que el primer tribunal sorteado se inhibió, conforme

a derecho, respecto del *habeas corpus* correctivo colectivo. La audiencia fue convocada mediante auto el 7 de febrero de 2022, acto procesal que se realizó el 17 febrero. Tal y como se puede observar, existe una clara falta de administración legítima de justicia, en vista de que para el sorteo de la causa se debió esperar un tiempo largo y, luego, también para la convocatoria de audiencia; cuando el ordenamiento jurídico ordena claramente que la audiencia debe ser inmediata, a fin de revisar los derechos vulnerados que alegan los legitimados activos.

“Los derechos no se piden, se exigen”: es una frase común en todos los claustros universitarios de la carrera de derecho. Sin embargo, de acuerdo a los hechos, pareciera que la administración de justicia se encontrara realizando un favor a los ciudadanos, por cuanto la lentitud con la que se despachan los procesos y las sentencias correspondientes causan graves lesiones a los derechos constitucionales. Es notorio el retardo injustificado con el que se tramitó el presente proceso desde el auto que retrotrajo el proceso, y aún más en la sustanciación de la causa. Entre los argumentos esgrimidos por los legitimarios pasivos se destaca nuevamente la falta de conocimiento y tal vez de investigación previa, así como de negligencia, ya que se insiste en la inexistencia del *habeas corpus* correctivo colectivo, tema que debió quedar claro desde un principio, en razón de que se ha demostrado con suficiencia su existencia, utilización y reconocimiento por parte de la Corte Constitucional del Ecuador. Asimismo, esta señaló y expuso documentos que, a su consideración, son prueba suficiente que indican los “grandes esfuerzos para enfrentar la denominada crisis carcelaria”. Sin embargo, en la realidad ecuatoriana, estos supuestos esfuerzos alegados por las instituciones del Estado no dan resultados palpables, ya que se visualiza una grave crisis carcelaria que continúa en aumento. Los delegados de la instituciones solo indican sus esfuerzos en conjunto y, aún peor, es insultante la situación de que solo interpretan la problemática como leves altercados y desmanes, de manera que niegan la verdad. Pero es innegable que se siguen registrando muertes y heridos por los amotinamientos y la lucha carcelaria entre bandas criminales. En suma, es repulsivo y una falta de respeto enumerar los supuestos esfuerzos a través de una rendición de

cuentas que dejan de lado el respeto a los derechos constitucionales.

Este tribunal de primera instancia consideró en su decisión la rendición de cuentas realizada por las instituciones del Estado:

“CONDUCTA DE LAS AUTORIDADES: [...] no han actuado con negligencia, o que hayan demostrado desidia en sus funciones, por el contrario han presentado senda documentación que a todas luces se observa que efectivamente que actúan en ejercicio y competencia de sus funciones; que han realizado todos los actos correctivos a fin de evitar mayor crisis carcelaria y actos que atentan contra la integridad física de los privados de libertad; en el caso de la Presidencia de la República ha realizado varios decretos ejecutivos estableciendo estado de emergencia y excepción de los centros carcelarios y enviado todo el contingente necesario de la cartera de estado para erradicar la violencia de las cárceles”.

A partir de lo citado en las líneas que preceden, se entiende que el mencionado tribunal tampoco ha basado su decisión en los hechos que en el momento seguían afectando los derechos; cuando, más bien, debe emprenderse una lucha con acciones que efectivamente den soluciones a corto, mediano y largo plazo.

En la decisión, el tribunal resolvió declarar la inexistencia de vulneración de derechos constitucionales y negar la acción de *habeas corpus* correctivo colectivo. Respecto a esta burda decisión y, a la falta de seriedad en la emisión oral de esta, en el marco de la audiencia se evidencia una serie de omisiones a los hechos registrados en el año 2020, 2021 y también actualmente, como ha ocurrido hace poco en la cárcel de Santo Domingo, en la cual, en un amotinamiento resultaron muertos más de 44 personas privadas de libertad ¿Cómo se concibe siquiera la posibilidad de pretender que no existe una vulneración sistemática a los derechos, cuando la realidad es muy diferente a lo afirmado en los documentos brindados por las instituciones del Estado?.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, sometemos a debate la pretensión propuesta en la demanda:

“QUINTO: PETICIÓN.

Por los antecedentes expuestos y bajo el amparo de las leyes, solicitamos a ustedes Señores Jueces Constitucionales, acepten la presente **ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO COLECTIVO** en fundamento del artículo 89 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 43 numeral 1 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y señale día y hora, para que se lleve a cabo la respectiva audiencia, en la que se resolverá la situación jurídica actual de las personas privadas de libertad. En este sentido, que nos tengan por parte procesal y constituido el domicilio, se requiera la realización de los informes solicitados y provea la prueba solicitada.

MEDIDAS CORRECTIVAS SOLICITADAS AL AMPARO DEL HÁBEAS CORPUS:

De conformidad a lo expresado en el objeto de esta acción solicitamos a vuestra autoridad las siguientes medidas correctivas:

1. Que declare la ilegitimidad de las situaciones denunciadas y ordene su cese y reparación. En este ámbito, el Ministerio u organismo estatal competente, debe presentar un plan de trabajo inmediato para la eliminación y/o reconversión del hacinamiento; si fuese necesario, que se incluya, bajo argumentos que lo sustenten, la eliminación o reconversión de las cárceles de gran capacidad.
2. Que en la reparación se incluya a los familiares de las víctimas producto de los hechos violentos acontecidos en las cárceles del Ecuador.
3. Que se habilite una instancia de ejecución a fin de poder discutir todos los interesados y los especialistas que se requieran, las mejores

condiciones a fin de dar satisfacción a lo que ordene su autoridad.

4. Solicitar al presidente de la República la declaración de Estado de Excepción en el Sistema Penitenciario; y, así mismo, se oficie de manera inmediata al Ministerio de Gobierno, de Finanzas y demás instituciones del Estado, para que colaboren en el marco de sus competencias con la medida.

5. Solicitar a la ASAMBLEA NACIONAL la creación de leyes que tengan como fundamento una política criminal de intervención mínima y encaminadas al mejoramiento de los estándares de las cárceles.

6. Disponer que el Consejo Nacional de la Judicatura en conjunto con la Corte Nacional de Justicia diseñen un plan contingente e inmediato para excarcelar a las personas cuya prisión preventiva haya caducado.

7. Disponer al Consejo Nacional de la Judicatura el desarrollo e implementación de programas de capacitación inmediata y permanente en materia de protección de Derechos Humanos y de la Dignidad de la Persona, dirigido a todos operadores de justicia, a la Policía y a la ciudadanía en general.

8. Disponer a la Fiscalía General del Estado, el cumplimiento de los estándares convencionales y constitucionales que aseguren la excepcionalidad de la prisión preventiva como mecanismo inmediato e idóneo para evitar sobrepoblación carcelaria.”

Y también la decisión de los jueces constitucionales de primera instancia:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad, resuelve aceptar la acción de *habeas corpus* Correctivo Colectivo interpuesto por el Doctor Lyonel Fernando Calderón Tello, y la Doctora María del Carmen Vera Rivera, Docentes Universitarios, en amparo de todas las personas privadas de libertad que están o se encuentran en los Centros de Privación de Libertad de éste país (Ecuador) por cuanto se evidencia

la vulneración continua y recurrente de los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad que son objeto de esta acción tales como a la vida y a la integridad física; y demás derechos conexos, vulneraciones suscitadas debido a la falta de actuación del Estado. En mérito de lo analizado, este Tribunal Constitucional, acoge la solicitud de *habeas corpus* correctivo colectivo, en los siguientes términos:

Se declara la ilegitimidad de los hechos denunciados suscitados en los Centros de Privación de Libertad de este país; y se dispone su inmediato cese y reparación. Los suscritos jueces consideramos necesario y oportuno rechazar los hechos de barbarie perpetrados por grupos de personas privadas de libertad en centros carcelarios en contra de otras personas privadas de libertad que han sido cruelmente asesinadas a su interior.

I. Como medida de reparación, en el afán de garantizar la no repetición de los lamentables hechos ya narrados, y para asegurar que la administración central cumpla con su deber de protección respecto de las personas privadas de libertad, se establece lo siguiente:

I.I. Como medida de reparación, se dispone que el Ministerio correspondiente brinde apoyo psicológico a los familiares de las víctimas de los hechos ocurridos, así como que se armen brigadas de atención psicológica para la atención de las personas privadas de libertad que en atención a estas circunstancias descritas lo requieran.

II. Este Tribunal Constitucional, como medida correctiva, exhorta al Señor Presidente de la República, conforme al dictamen de control de constitucionalidad del Estado de Excepción (relativo a la conmoción interna en los Centros de Privación de Libertad del país) emitido por la Corte Constitucional con N.º 6-20-EE, de fecha 19 de octubre del 2020, que ejecute el plan de acción a mediano y largo plazo exigido por la Corte Constitucional a la Presidencia de la República, con la correspondiente coordinación con los demás ministerios y organismos, que deban actuar para que se cumpla con lo resuelto con el referido dictamen.

III. Este Tribunal dispone la publicación de esta sentencia como medida de reparación y satisfacción,

en la página web oficial del SNAI y, de existir, también en las páginas web oficiales de los centros de privación de libertad de Guayaquil, Cuenca y Latacunga, para conocimiento de todas las partes involucradas y de la ciudadanía en general.

IV. Se dispone crear una Comisión interinstitucional, con la finalidad de que construya un plan de trabajo que permita garantizar los derechos de las personas privadas de libertad y eviten que hechos como los que se analizaron se repitan. Al efecto, en la misma publicación de esta sentencia, se realizará la convocatoria para que los organismos para la defensa de derechos humanos y expertos acreditados nacionales o extranjeros, también se inscriban para formar parte de la comisión. Debiendo conformarse la Comisión por tres representantes: de las personas privadas de libertad, agentes estatales del SNAI y presidencia de la República, facultades de derecho de las Universidades; y los accionantes de esta causa.

V. Se dispone solicitar el auxilio directo de la Organización de las Naciones Unidas para que participen como expertos y lideren esta Comisión, y así garantizar la imparcialidad y objetividad que amerita.

VI. El Tribunal dispone que esta Comisión deberá constituirse en el plazo de 45 días, para lo cual los accionantes la liderarán, hasta que, una vez conformada, los expertos de la ONU asuman su dirección. Conformada la comisión, se dispone que en 180 días presenten el Plan a la Presidencia de la República.

VII. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 21, segundo inciso, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ofíciase a la Defensoría del Pueblo, a efectos de que se verifique el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia.

VIII. Por secretaria notifíquese la presente sentencia constitucional y cúmplase con remitir los oficios correspondientes con copias de la presente resolución haciendo conocer lo resuelto a las autoridades pertinente para su cumplimiento. Ejecutoriada esta Resolución, remítase copia certificada de la misma a la Corte Constitucional, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 25 N.º 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”

¿Es posible que en los casos de incumplimiento grave de las obligaciones que emanan o deben emanar de la política pública y que afecten por tanto a los derechos de los ciudadanos de modo también grave, como en el caso sometido a examen, intervenga la justicia constitucional para supervisar, controlar y exigir el desarrollo y cumplimiento de una política pública coherente con los estándares constitucionales y los establecidos en los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos? ¿Es el *habeas corpus* correctivo colectivo una vía constitucional para que así se actúe? Como ha quedado en evidencia, nosotros opinamos que sí.

RECOMENDACIONES

Desde la academia es necesario que se continúen defendiendo los derechos de las personas privadas de libertad a fin de evitar los macabros sucesos dentro de los centros de rehabilitación social en el país, una situación insostenible que ha provocado indignación a nivel nacional e internacional. Por esta razón se

propusieron varias medidas correctivas para que se apliquen inmediatamente por parte de las carteras del Estado respectivas, para que no solo esgriman argumentos inválidos a través de una rendición de cuentas, en la que quitan el significado a las vidas perdidas y familias destruidas por las viles masacres.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad-Molina, Karina, y David Vázquez-Martínez, D. 2021. “*Hábeas corpus*, garantía eficaz para la protección de personas privadas de libertad en el Ecuador”. *Polo del Conocimiento*, N. 54, Vol. 6, N. 1: 916-940.
- Barressi Araujo, María Teresa. 2021. “Historia y análisis del *Hábeas corpus* correctivo”. *Revista del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial – Mendoza*. <http://mendozalegal.com/omeka/items/show/514>
- Ferrer Beltrán, Jordi (coord.). 2022. *Manual de Razonamiento Probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-05/Manual%20de%20razonamiento%20probatorio.pdf>
- Carrasco Durán, Manuel 2017. “La acción extraordinaria de protección: Perspectiva de evolución, desde la experiencia europea”. *IURIS* Vol. 2, N. 16: 93-116. <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2203>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2021. *Mujeres privadas de libertad: entre el olvido y los estigmas—Entrevista con María Noel Rodríguez Tochetti*. <https://www.icrc.org/es/document/mujeres-privadas-de-libertad-entre-el-olvido-y-los-estigmas-entrevista-con-maria-noel>
- Cordero-Heredia, David. 2015. *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: INREDH. https://www.inredh.org/archivos/pdf/manual_tecnico_critico.pdf
- González, Janeth, y Henry Armijos. 2021. “La crisis penitenciaria en Ecuador: ¿un mal sin remedio?” *AXIOMA*, 1(25): 66-72. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i25.745>
- Machado Maliza, Mesías Elías; Hernández Gaibor, Emily Mishell; Inga Jaramillo, Marjorie Salome y Diego Fabricio Tixi Torres. 2019. “Rehabilitación y reinserción social: Una quimera para los privados de libertad”. *EPISTEME*. *Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*. Vol. 6, número especial: 857-869. <https://core.ac.uk/download/pdf/288220143.pdf>
- Proaño Soria, Diego Bladimir y Danny Xavier Sánchez Oviedo. 2022. “La rehabilitación y reinserción de la persona privada de libertad en el Ecuador”. *Sociedad y Tecnología*, Vol. 5, N. 2: 336-350. <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.218>
- Torres Castillo, Tanya Roxana; Rivera Velasco, Luis Antonio y Orlando Iván Ronquillo Riera. 2021. “La acción extraordinaria de protección analizada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i1.2891>

Normativa y jurisprudencia

- Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 8 de octubre de 2015, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 30 de noviembre de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, N.º 0513-16-EP, 18 de enero de 2018, Corte Constitucional del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Sentencia No. 2174-13-EP, N.º. 2174-13-EP, de 15 de Julio de 2020, Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia No. 365-18-JH/21, N.º. 365-18-JH y acumulados, de 18 de enero de 2018, Corte Constitucional del Ecuador.

CÍRCULO DE CASTIGO

Una mirada a la prisión y a la desigualdad social en Ecuador

PUNISHMENT CIRCLE

A Look at Prison and Social Inequality in Ecuador

O CÍRCULO DO CASTIGO

Um olhar da prisão e da desigualdade social no Equador

*Pablo D. Punín Tandazo**

Recibido: 08/IV/2022

Aceptado: 24/VI/2022

Resumen

En este artículo se pretende analizar la interrelación entre prisión y desigualdad social, de forma en que se permita determinar cómo, en un país con profundos problemas estructurales de pobreza e inequidad, este castigo recae principalmente sobre personas que pertenecen a los grupos sociales menos favorecidos. Además, se exponen las condiciones tortuosas de las prisiones y su derivación en una vulneración sistemática de derechos que afecta a estos grupos, de modo que aumenta las probabilidades de reincidencia por los efectos del encierro. Con estos elementos se busca discutir sobre la legitimidad de mantener la prisión como principal sanción, y se plantea que es insuficiente para cumplir los objetivos que justifican su existencia.

Palabras clave: Prisión; Tortura; Pobreza; Desigualdad; Grupos menos favorecidos; Ilegitimidad

Abstract

This paper aims to analyze the interrelationship between Prison and social inequality, in a way that allows to determine how, in a country with deep structural problems of poverty and inequality, this punishment falls mainly on people who belong to less favored social groups. In addition, the tortuous conditions of the prisons and their derivation in the systematic violation of rights that affects these groups are exposed, in such a way that the probability

of recidivism due to the effects of confinement increases. With these elements, it is sought to discuss the legitimacy of maintaining prison as the main punishment, and it is argued that it is insufficient to fulfill the objectives that justify its existence.

Key words: Prison; Torture; Poverty; Inequality; Less favored groups; Illegitimacy

Resumo

Neste artigo pretende-se analisar a relação entre prisão e desigualdade social, para que se determine como num país com profundos problemas estruturais de pobreza e inequidade, este castigo cai principalmente sobre pessoas que pertencem aos grupos sociais menos favorecidos. Além disso, se expõe as condições difíceis das prisões e a vulneração sistemática dos direitos que afetam as pessoas privadas de liberdade, e o aumento das probabilidades de reincidência pelos efeitos do encarceramento. Com esses elementos se discute sobre a legitimidade de manter a prisão como castigo principal e, se plantea que esta medida privativa de liberdade es insuficiente para cumprir com os objetivos que justificam sua existência.

Palavras chave: Prisão; Tortura; Pobreza; Desigualdade; Grupos menos favorecidos; Ilegitimidade

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad de Girona y Universidad Abierta de Cataluña; con formación en Dogmática Penal en la Universidad de Gotingen. Actualmente doctorando y miembro del Grupo de Investigación en Criminología y Sistema Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Es especialista de patrocinio penal en la Contraloría General del Estado, Coordinador General del Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal del Ecuador, y docente universitario invitado. Correo electrónico: puninpablo@gmail.com

Cómo citar este artículo: Punín, Pablo. 2022. "Círculo de castigo". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 98-112.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, los lectores podrán leer un estudio que se aproxima a la relación entre la pobreza, la desigualdad social y la prisión. De esta forma, será posible identificar más claramente cómo los efectos de este tipo de castigo, que no se encuentra en condiciones de dar garantías ni de respetar la dignidad humana y recae directamente sobre las personas menos favorecidas socialmente, perenniza su situación y crea, como consecuencia, un círculo de castigo.

Para conseguirlo se realiza una exposición de los problemas estructurales de pobreza y desigualdad a los que se enfrenta la realidad ecuatoriana, seguido de una caracterización de la población penitenciaria.

Posteriormente, se expone el funcionamiento de las prisiones en contraste con su “deber ser”, de manera en que se pueda constatar la incapacidad de esta institución para alcanzar sus objetivos y así colocar en el centro de discusión la legitimidad de su uso principal en nuestra sociedad.

A lo largo del artículo se utilizan diversas fuentes documentales para exponer los niveles de pobreza y desigualdad existentes en Ecuador. En el mismo sentido, se usan datos secundarios obtenidos de informes y reportes realizados tanto por instituciones estatales como por organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, para exponer la realidad penitenciaria del país.

La diversidad de fuentes aplicada en este trabajo, junto a la revisión de literatura académica en el ámbito criminológico, permiten obtener una visión más completa de la forma en la que se ejecuta el castigo de prisión y de quiénes son, en gran medida, las personas que sufren sus efectos.

1. Situación económica y social ecuatoriana

1.1 Pobreza

América Latina es la región más inequitativa del mundo. La pobreza y la desigualdad distributiva son dos constantes que se han convertido en el mayor obstáculo para alcanzar sociedades con mayores niveles de integración (Blanco y Cusato 2004). La situación pre pandemia no era positiva, la región mantenía un estancamiento respecto del crecimiento económico. Entre 2014 y 2019 creció a una tasa promedio de 0,3%; que era menor a la del sexenio que incluye la primera guerra mundial (0,9%) y al de la Gran Depresión (1,3%)¹.

Se debe tener presente que el concepto de pobreza se ha expandido con el pasar del tiempo. En un inicio se partía de un enfoque que la define como la falta de ingresos, pero actualmente se configura cuando estos ingresos no satisfacen el mínimo necesario para la subsistencia, que incluye la salud, la educación, el saneamiento, las ropas y los mínimos necesarios para una calidad de vida digna² (Caus 2022).

En este sentido, Ecuador ha sido un país que se ha enfrentado constantemente a estas problemáticas³. Las líneas de pobreza y pobreza extrema se han mantenido estables desde el 2016 hasta el 2021⁴; y, si bien existen ciertas señales de reactivación económica luego de la situación que se ha generado por la pandemia, el avance es lento y desigual.

Los sectores que generan menos empleo son los que crecen más rápido, lo que causa mayor desigualdad en la brecha entre las personas que tienen diferentes tipos de trabajo. Si se tiene presente que el nivel de empleo

1 Ver: “Ecuador crecerá 3% en 2021 y 2,6% en 2022”, Ecuador en vivo. Acceso en marzo 2022. <https://www.ecuadorenvivo.com/index.php/economia/item/132334-cepal-ecuador-crecera-3-en-2021-y-2-6-en-2022>

2 “¿Qué es la pobreza?”, de Nicole Caus. Acceso en junio 2022. <https://www.manosunidas.org/observatorio/pobreza-mundo/definicion-pobreza>

3 Los estudios relacionados con desigualdad y pobreza en Ecuador son varios y extensos; una cuestión que ha sido objeto de investigación durante décadas. Por ejemplo: INEC 2014; Ruíz y Sánchez 1994; Larrea 1990. Para fines investigativos, y dado que la situación no ha presentado cambios significativos a lo largo del tiempo, me referiré solamente a la realidad del país en los últimos años.

4 Ver el Informe Nacional sobre el avance de la Implementación de la Nueva Agenda Urbana. Acceso en marzo 2022. https://www.urbanagendaplatform.org/sites/default/files/2022-01/Ecuador%20NUA%20Report_0.pdf

informal se mantiene y que el empleo recuperado se concentra en hombres urbanos, resulta lógico hablar de una estructura económica con mayor precariedad y exclusión⁵.

Los efectos de la pandemia se profundizan en las personas que pertenecen a los grupos menos favorecidos. Al respecto se indica que familias con niños o niñas tardarán aproximadamente 11 años en salir de la pobreza, un tiempo 3 veces mayor del que necesitarían las familias sin niños y niñas. Del mismo modo, en Ecuador, la reducción de los ingresos en los hogares con niños ha ascendido a un nivel muy elevado, pues se ven afectados 8 de cada 10 hogares, que, como consecuencia, tienen más dificultades para acceder a salud, alimentación, educación y derechos básicos (UNESCO 2021).

Se estima que, debido al COVID-19, existen casi 2 millones de personas más en situación de pobreza por ingresos, de modo que se ha reducido la clase media en aproximadamente 1 millón de personas (UNICEF 2020). En el 2021 se estableció que una persona es considerada pobre por ingresos si percibe menos de 84 USD al mes, y pobre extremo si percibe menos de 47 USD⁶.

Paralelamente, la tasa de pobreza a nivel nacional en 2021 alcanzó un porcentaje de 32,2%; y así aumentó 8,5 puntos porcentuales respecto al 2016, cuando fue de 23,7%. La tasa de pobreza extrema también ha aumentado, pasó de 8,6% en 2016 a 14,7% en 2021, con un crecimiento neto de 6,1 puntos porcentuales⁷.

En la estadística correspondiente a la pobreza por necesidades básicas se indicó que, en diciembre de 2021, esta pobreza fue de 33,2% a nivel nacional, es decir,

afectó casi a un tercio de la población. En este sentido se establece que una persona es pobre por necesidades básicas insatisfechas cuando habita en un hogar en el que existe alguno de estos componentes: 1) falta de calidad de la vivienda, 2) hacinamiento, 3) falta de acceso a servicios básicos, 4) falta de acceso a educación, y 5) falta de capacidad económica⁸.

La tasa de pobreza también varía en relación con factores como: área geográfica, sexo, etnia, entre otros. Por ejemplo, la tasa de pobreza urbana en 2021 fue de 24,2%; mientras que la tasa de pobreza rural era de 49,2%; y la tasa de pobreza en mujeres en ese año fue de 33,0%, en tanto en los hombres llega al 31,4%. En el mismo sentido, el 43,4% de los hogares que tienen como cabeza de hogar a alguien autoidentificado como indígena estaban bajo la línea de pobreza en junio del 2019⁹.

1.2 Desigualdad

La desigualdad hace referencia a la forma en que se distribuye el ingreso per cápita del hogar dentro de la sociedad, y se utiliza de forma general el coeficiente de gini como indicador (INEC 2021). En junio de 2021, el coeficiente de gini en el país fue de 0,493¹⁰, y dado que durante los últimos 30 años este indicador ha variado entre 0.58 y 0.44¹¹, Ecuador presenta problemas relacionados con la desigualdad estructural.

Como se mencionó anteriormente, la crisis actual afecta más a sectores que históricamente se han enfrentado a obstáculos sociales, por ejemplo, grupos afrodescendientes e indígenas. También afecta a grupos cuyas condiciones de vida influyen para que sean víctimas de explotación, como ocurre con niños de familias pobres, quienes solicitan asilo, refugiados,

5 Ver "La economía se reactiva lentamente y con mayores desigualdades", publicado en el diario Primicias. Acceso en marzo 2022. <https://www.primicias.ec/noticias/firmas/economia-reactivacion-lenta-mayores-desigualdades-ecuador/>

6 Ibidem.

7 Ibidem.

8 Ver la Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo (INEC 2021). https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2021/Diciembre-2021/202112_PobrezayDesigualdad.pdf

9 Ver: "Pobreza por bajos ingresos afecta al 24% de la población de Ecuador", publicado en El Universo, 2019. Acceso en marzo 2022. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/11/06/nota/7591325/pobreza-ecuador-2019/>

10 Ver la Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo 2021, del INEC. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2021/Diciembre-2021/202112_PobrezayDesigualdad.pdf; y, https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2021/Junio-2021/202106_Boletin_pobreza.PDF

11 Ver: Ecuador – índice de GINI 2022. Acceso en marzo 2022. <https://www.indexmundi.com/es/datos/ecuador/%C3%ADndice-de-gini>

mujeres y migrantes en situación irregular¹². Así pues, la desigualdad en Ecuador involucra muchas dimensiones que están interrelacionadas.

1.2.1 Desempleo

Según el INEC, de enero a marzo de 2021, el desempleo a nivel nacional fue de 5,8%. En el área urbana fue de 7,3%; y, en el área rural de 2,8%¹³. El aumento en el desempleo de personas adultas y la disminución de los ingresos de las familias se correlacionaron con el incremento del trabajo infantil¹⁴. Así mismo, el empleo informal se elevó en los últimos años¹⁵.

Constantemente se ha indicado que, en el país, la discriminación y desigualdad de género en el mercado laboral son persistentes. Para tener una idea, se establece que las mujeres casadas tienen menores posibilidades de acceder al mercado laboral que los hombres. Además, esta brecha se expande si existen hijos en el hogar (Castillo y Salas 2018).

Pese a realizar el mismo trabajo, el 15,3% de las mujeres recibe menos ingresos que sus pares hombres; y el 33% tiene menor oportunidad de acceder a un empleo adecuado en comparación con un hombre¹⁶.

La cifra que se destina para pagar a mujeres es mucho menor y los sectores en donde más participación tienen son puestos de cuidado (OIT 2019). Las estadísticas del INEC determinan que las tasas más altas de desempleo tuvieron lugar en 2018 y recayeron principalmente sobre las mujeres de 18 a 29 años (11,9%) y las afroecuatorianas (10,1%) (INEC 2021).

1.2.2 Vivienda adecuada

Muy pocos hogares (10%) emplean más del 30% de sus ingresos en gastos relacionados con la vivienda. Empero, si se incluyen los costos de transporte, la cifra de los hogares que gastan más del 30% de sus ingresos en vivienda asciende también al 30% y, por lo tanto, sus viviendas están en lugares periféricos o de difícil acceso¹⁷.

En todo el país existen barrios que históricamente han vivido en condiciones deplorables: escasez de servicios básicos, pobreza, sobrepoblación, problemas de salud y transporte, falta de iluminación, entre otras; que, por lo general, se ubican en la periferia de las ciudades o en sitios de difícil acceso. En ellos la delincuencia y la inseguridad son dos constantes¹⁸.

Las estadísticas del INEC registran que en 2020 el número de viviendas deficientes era de 2.744.124, es decir, el 58% de las viviendas a nivel nacional; y, actualmente, a nivel nacional existen 729.291 hogares en situación de precariedad; por ejemplo, el 25% del total de hogares se halla en sectores amenazados y, de ese total, 504.303 se encuentran en zonas urbanas¹⁹. Por lo tanto, el número de hogares en esta situación ha aumentado y se acentúa más dentro de las ciudades.

1.2.3 Educación

Respecto a educación, la sociedad ecuatoriana enfrenta una barrera gigantesca que limita el acceso a la educación en sus diferentes niveles. Esta situación se ha profundizado con la transición de la educación

12 Ver: "Se incrementa la pobreza y extrema pobreza", publicado en Confirmado. Acceso en marzo 2022. <https://confirmado.net/2022/02/21/ecuador-se-incrementa-la-pobreza-y-extrema-pobreza/>

13 Ver el Informe Nacional sobre el avance de la Implementación de la Nueva Agenda Urbana, del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, de 2021. https://www.urbanagendaplatform.org/sites/default/files/2022-01/Ecuador%20NUA%20Report_0.pdf

14 El trabajo infantil tenía un porcentaje de 3% en 2014, de 9,7% en 2019; y, en 2020, el porcentaje ascendió a 13,3%. Ver: "Se incrementa la pobreza y extrema pobreza", publicado en Confirmado. Acceso en marzo 2022. <https://confirmado.net/2022/02/21/ecuador-se-incrementa-la-pobreza-y-extrema-pobreza/>

15 En 2016 la tasa era el 43,7% del total de empleos y para 2021 la tasa fue de 52,2%. Ver la Encuesta nacional de empleo, desempleo y subempleo, del INEC, de 2021. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2021/Febrero-2021/202102_Mercado_Laboral.pdf

16 Ver: "La quinta parte de las mujeres en Ecuador sobrevive con 42 dólares al mes", publicado en Swissinfo. Acceso en marzo 2022. https://www.swissinfo.ch/spa/ecuador-trabajo_la-quinta-parte-de-las-mujeres-en-ecuador-sobrevive-con-42-d%C3%B3lares-al-mes/46597346

17 Ver el Informe Nacional sobre el avance de la Implementación de la Nueva Agenda Urbana del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, del 2021. https://www.urbanagendaplatform.org/sites/default/files/2022-01/Ecuador%20NUA%20Report_0.pdf

18 Por ejemplo, para Guayaquil, ver: "Hacinamiento y pobreza dificultan la cuarentena en Guayaquil", publicado en Primicias. Acceso en marzo 2022. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/guayaquil-hacinamiento-pobreza-cuarentena/>

19 Ibidem.

presencial a la virtual²⁰, que ha producido brechas más amplias y acentuadas en los sectores sociales menos favorecidos. Por ejemplo, solamente el 45% de los hogares tienen acceso a internet, de manera que el 54,5% no podrían acceder a educación virtual²¹. Así pues, la educación pasa de ser un derecho a un privilegio²².

El problema en la educación no termina en el acceso. Los recortes presupuestarios y la falta de recursos adecuados en el sistema educativo nacional generan que las condiciones y la calidad educativa vayan en declive. Todas las personas deberían tener programas de calidad similar, con aprendizajes semejantes, sin importar su condición cultural, social e individual (Blanco y Cusato 2004).

Las diferencias sociales y culturales de los estudiantes condicionan su progreso educativo y los resultados que obtienen, dado que los factores más fuertes para predecir el bajo nivel escolar se relacionan con desventajas sociales tales como: pobreza, pertenencia a una minoría étnica, familias inmigrantes o sin vivienda adecuada, desconocimiento del lenguaje mayoritario, tipo de escuela, lugar geográfico en el que viven y falta de apoyo social (Marchesi 2000). Además, los porcentajes de jóvenes que no acceden a educación y se encuentran sin empleo son mayores con el pasar del tiempo²³.

2. La delincuencia en Ecuador

En Ecuador, la criminalidad presenta varias características que se analizarán y describirán en este apartado, de forma que el lector podrá determinar si estas se

vinculan, o no, a los factores de desigualdad y pobreza antes estudiados.

2.1 Características de la población penitenciaria

En los centros de privación de libertad del país, el 93,9% (37.667) de los internos son hombres, mientras que el 6.1% (2.441) son mujeres. La mayoría oscila entre los 18 y 30 años (17.592); los rangos de edad más presentes, fuera del mencionado, son los siguientes: 31-40 años (12.240), 41-50 años (6.097), 51-64 años (3.059), sin datos (544) (Secretaría de Derechos Humanos 2022).

En relación a la autoidentificación, el 88,9% se consideran mestizos (34.027), 4,2% afroecuatorianos o afrodescendientes (1.606), 3,4% negros (1.376), 1,1% indígenas (414), 1,0% blancos (393), y de 1.842 no hay datos. Respecto a la nacionalidad, en prisiones hay un total de 36.559 ecuatorianos, 1.747 colombianos, 1.391 venezolanos, 135 peruanos, 52 mexicanos, 22 cubanos y 147 personas que pertenecen a distintas nacionalidades (Ibidem). Estos datos permiten ver la diversidad existente dentro de las prisiones y también sirven para desvirtuar ciertos mitos sobre la criminalidad que se mantienen vigentes en nuestra realidad (Ibidem)²⁴.

Respecto a la instrucción educativa, los datos del SNAI señalan que el 5,2% de personas privadas de libertad son analfabetas o no han recibido ningún tipo de instrucción; el 49,8% ha accedido a educación básica; el 42,4% a básica superior; el 2,7% al nivel universitario; y, a nivel postgrado, el porcentaje no tiene

²⁰ Ibidem.

²¹ Ver: "Solo el 45% de hogares en Ecuador tiene acceso a Internet, según el INEC", publicado en Primicias. Acceso en marzo 2022. <https://www.primicias.ec/noticias/tecnologia/ecuador-hogares-acceso-internet-inec/>

²² Las zonas más afectadas en relación con la educación son las zonas rurales y las zonas urbanas marginales de la periferia o barrios con hogares de bajos ingresos, en los que hay menor acceso a servicios básicos como luz, agua potable, alcantarillado, internet, gas, telefonía, etc. Las mayores tasas de analfabetismo y analfabetismo funcional se dan entre mujeres indígenas. Ver: "Reto para el 2022: una política pública educativa que no agudice ni perpetúe la desigualdad social". <https://periodismodeinvestigacion.com/2022/01/06/politica-publica-educativa/>; y, "Ecuador: educación en tiempos de desigualdades". <https://www.servindi.org/actualidad-opinion/30/08/2020/educacion-en-tiempos-de-desigualdades-el-abismo-entre-los-discursos-y>

²³ En el año 2017, el 25,4% de los jóvenes ecuatorianos no asistía a ningún centro educativo y era desempleado. Este porcentaje ha aumentado con el pasar del tiempo y la mayoría de jóvenes sin educación, empleo o formación son mujeres pertenecientes a los quintiles de menores ingresos. Véase el Informe Nacional sobre el avance de la Implementación de la Nueva Agenda Urbana (Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda 2021). https://www.urbanagendaplatform.org/sites/default/files/2022-01/Ecuador%20NUA%20Report_0.pdf

²⁴ Por ejemplo, se suele creer erróneamente que los delitos son cometidos mayoritariamente por personas extranjeras o que pertenecen a grupos afroecuatorianos o afrodescendientes, cuando los datos expuestos revelan que este dato no tiene sustento. Errores de este tipo se explican cuando se comprende que la criminalidad puede tener una correlación más fuerte con factores económicos y sociales, antes que con rasgos personales en nuestra realidad. En efecto, estas personas no son ajenas a los obstáculos sociales, pues pueden verse incluso en una condición social peor a la de sus pares nacionales y mestizos, y este indicador puede ser una razón más fuerte por la que se encuentran en prisión, antes que por su pertenencia étnica o su nacionalidad; caso contrario los datos tendrían un reflejo inverso al expuesto.

valor estadístico, al tratarse de solamente 10 personas (Ibidem). Es importante destacar que en el valor referente a instrucción colegial no existe una distinción entre secundaria y bachillerato, pues ambos se toman como un valor único, de donde resulta una limitación para el análisis²⁵.

En resumen, si bien el analfabetismo es bajo entre las personas privadas de libertad, el 92,2% de estas ha accedido solamente a educación básica; y el 5,2% ha tenido el privilegio de estudiar una carrera universitaria, sin conocerse quiénes la finalizaron y quiénes no. Estos datos muestran las brechas para acceder al derecho a la educación e invitan a cuestionar qué ocurre en el sistema y por qué no existe continuidad en los procesos educativos, si se toma en cuenta que la gran mayoría solamente pudo acceder hasta la educación básica.

En relación con el aspecto laboral y la ocupación, existen datos respecto a los oficios previos que tenían las personas antes de ser privadas de su libertad. Estos se recopilaron en base a la distinción de sexo y arrojaron los siguientes resultados:

- a) 23.633 hombres señalaron tener un oficio antes de estar en prisión, es decir, el 62,7%, mientras que el 37,3% no realizada ningún tipo de actividad. El 21,8% se consideran comerciantes, el 11,3% albañiles, el 10,3% jornaleros, el 8,4% agricultores, el 8,4% choferes, el 3,7% empleados, el 3,2% pescadores, el 3,1% mecánicos, el 2,3% estudiantes y el 1,8% agentes de seguridad. El otro 25% se divide en porcentajes mínimos de otros tipos de oficios (Secretaría de Derechos Humanos 2022, 92).
- b) 1.653 mujeres señalaron tener un oficio antes de estar en prisión, es decir, el 67,7%, mientras que el 33,3% no realizaba ningún tipo de actividad. El 35,4% se consideran comerciantes, el 17,5% amas de casa, el 13,1% trabajo doméstico, el 4,2% empleadas, el 3,3% estudiantes, el 2,7% cocineras y el 2,0% trabajadoras sexuales. Otros oficios como estilista, vendedora, enfermera, empleo informal y

manicurista no llegan al 1,5%, pero sumados dan el 21,8% restante del total (Ibidem, 93).

Estos datos evidencian los bajos niveles de acceso a oportunidades laborales. Tanto en hombres, como en mujeres, el porcentaje de personas que no realizaban ninguna actividad antes de ingresar a prisión es alto, y hay un promedio de 35,3% de desocupación entre ambos sexos. El problema continúa, dado que la mayor parte de los oficios señalados por los internos corresponden a actividades que no generan niveles de ingresos altos en el mercado laboral; es decir, son oficios y servicios que reciben una remuneración o ingreso promedio bajo²⁶.

La gran mayoría de oficios corresponden a actividades autónomas, es decir que no requieren de una relación laboral sino de manejo propio, cuestión que se acentúa en las mujeres. Además, se toma en cuenta como oficio la calidad de “estudiante”, cuando esta no representa ningún tipo de ingreso económico.

Estos datos evidencian la situación previa a la que se enfrentaban las personas privadas de libertad, marcada por dificultades y obstáculos sociales en relación con el acceso a oportunidades, sobre todo laborales y educativas.

2.2 Tipo de criminalidad

En relación con el tipo de criminalidad, hay diversas fuentes que exponen cuáles son los delitos con mayor presencia en el país. Por un lado, algunas indican que uno de los grupos de delitos con mayor presencia en los centros privativos de libertad es el de quienes pertenecen a la delincuencia contra la propiedad (Punín 2021).

Por otro lado, existen varios señalamientos a los delitos relacionados con drogas, como el microtráfico o la tenencia. Al respecto, se indica que estos delitos son los que en mayor cantidad ocupan las prisiones. Por

25 Considero que lo correcto sería medir hasta el décimo año de educación, en el cual termina la educación básica y, a partir de ahí, medir el nivel de educación en relación con el bachillerato. La razón es que existen altos índices de abandono escolar al finalizar la educación básica en el décimo año; es decir, no se continúa con el bachillerato.

26 Ver: “Análisis sobre la vigencia de las ocupaciones, oficios y trabajos especiales en el Sistema de Salarios Mínimos Profesionales”. Acceso en marzo 2022. http://www.conasami.gob.mx/pdf/estudios/INFORME_COMPLETO_OCUPACIONES_OFICIOS_TRAB_ESPECIALES.pdf; y, Discriminación étnica en el trabajo. El caso de los albañiles de Otavalo (Flores 2018).

este motivo, a continuación se traerán a colación datos de los centros que permiten observar cuáles son los delitos más castigados con prisión.

Los datos del SNAI, en relación con la clasificación por tipo de delito, indican que el 28,1% de las personas en prisión están ahí por delitos relacionados con la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y el 26,2% por delitos contra el derecho a la propiedad. El 16,3% por delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y el 13,5% por delitos contra la inviolabilidad de la vida. Y, en menor proporción, el 4,2% por terrorismo y su financiación, el 3,6% por delitos contra la seguridad pública, el 2,0% por delitos contra la integridad personal, el 1,8% por delitos contra la eficiencia de la administración pública, y el 1,2% por delitos y contravenciones de tránsito (Secretaría de Derechos Humanos 2022).

Estas cifras confirmarían lo mencionado anteriormente; puesto que los delitos relacionados con drogas son los que mayor presencia tienen en las prisiones ecuatorianas, seguidos de los delitos contra la propiedad, ambos unidos ocupan el 54,3% de la población carcelaria. Es importante mencionar que dentro de los porcentajes correspondientes a delitos contra la inviolabilidad de la vida (13,5%) y contra la integridad personal (2,0%) hay casos en los que la conducta castigada está relacionada con esos dos primeros tipos de criminalidad²⁷.

Se debe añadir que las cifras de tipos de delitos en las prisiones varían en razón del sexo. Hombres y mujeres no cometen los mismos tipos de delitos en cantidad homogénea. Este es un dato importante para el análisis objeto de este estudio, puesto que, como se vio anteriormente, las mujeres presentan más dificultades sociales que los hombres; razón por la cual, sin ánimo de generalizar, su condición se podría relacionar con el tipo de delito más propenso a cometer por cada grupo.

La criminalidad presente en la población masculina de las prisiones se divide de la siguiente forma: el 26,5% por delitos relacionados con drogas, el 26,7% por delitos contra el derecho a la propiedad, y el 17,2% por delitos contra la integridad sexual y reproductiva; en menor proporción, el 4,0% por terrorismo y su financiación, el 3,8% por delitos contra la seguridad pública, el 2,0% por delitos contra la integridad personal, el 1,8% por delitos contra la administración pública, y el 1,3% por delitos y contravenciones de tránsito (Secretaría de Derechos Humanos 2022).

En relación con la población femenina se establece la siguiente estadística: el 54,2% por delitos relacionados con drogas, el 17,8% por delitos contra la propiedad el 10% por delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el 9,6% por delitos contra la vida, y el 7,9% por terrorismo y su financiación; en menor porcentaje, el 1,9% por delitos contra la seguridad pública, el 1,7% por delitos contra la integridad personal, el 1,7% por delitos contra la administración pública, y el 0,3% por delitos y contravenciones de tránsito (Ibidem).

Estos datos permiten ver cómo las condiciones diferenciales de sexo inciden en el tipo de delincuencia. Las mujeres, que son quienes presentan mayores desventajas y obstáculos sociales frente al hombre, suman un porcentaje de 72% entre los dos tipos de criminalidad más cometida en el país; mientras que, para los hombres suman 53,2%. Esto quiere decir que cuando una mujer delinque hay más probabilidades que este delito esté relacionado con drogas o propiedad que cuando lo hace un hombre. Este dato resulta más relevante si se tiene en cuenta, nuevamente, que ambos tipos de criminalidad tienen un trasfondo económico²⁸.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que la mayoría de la población penitenciaria pertenece a distintos grupos sociales que históricamente han sido desfavorecidos ante una situación de desigualdad, ya que su situación antes del ingreso a prisión no era favorable.

²⁷ En la ejecución de un robo, muchas veces se atenta contra la integridad personal o la inviolabilidad de la vida, una conducta que se castiga en razón de las circunstancias. Por ejemplo, una persona quiere cometer un robo y en la ejecución mata a la víctima, será castigado por asesinato y no por robo, aunque su móvil no era vulnerar el bien protegido vida, sino la propiedad. Por esta causa, pese a no tratarse propiamente de un delito contra la propiedad, el trasfondo del delito, o su motivación, es de índole económica.

²⁸ Ver: "Mujeres y drogas en las Américas: un diagnóstico de política en construcción" (OEA 2014), <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsamericas-es.pdf>; "Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento" (OEA, 2014), <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsinarceration-es.pdf>; Álvarez-Echandi, Isabel y Stella Sáenz (ed.) 2020; Giacomello 2020; Giacomello 2013; entre otros.

Muchos tenían oportunidades laborales limitadas, ingresos económicos bajos e inadecuada preparación académica. En el mismo sentido, la mayoría de delitos castigados en el país se relacionan con el carácter económico y/o social: un claro indicador de los factores con los que se puede correlacionar más la criminalidad.

La pregunta aquí es: ¿cómo influirá la prisión en estas personas, en las condiciones en las que se ejecuta este castigo? El ideal del modelo punitivo ecuatoriano es de índole rehabilitador, de forma que el ingreso en prisión de los ofensores debería significar el inicio de un tratamiento que les permita eliminar los obstáculos a los que se enfrentan y evitar ver en la delincuencia una opción de vida, para, así, reinsertarse en la sociedad. Sin embargo, veremos si así sucede en realidad y cuál sería el enfoque adecuado, si se tiene en cuenta lo expuesto hasta ahora.

3. El *deber ser* de las prisiones ecuatorianas

La privación de libertad es la pena principal del sistema penal ecuatoriano. Esta se cumple, según la Constitución, en los centros de rehabilitación social (artículo 77 de la Constitución del Ecuador). El ordenamiento jurídico determina que las finalidades de la pena son: la prevención general del delito, el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. Además, se indica que, en la rehabilitación de estas personas, se considerarán sus necesidades, capacidades y habilidades, con el fin de estimular su voluntad de vivir conforme con la ley, trabajar y respetar a los demás (artículos 7 y 52 del Código Orgánico Integral Penal).

La Constitución del Ecuador establece que las personas privadas de libertad son un grupo de atención prioritaria y deberán recibir un trato especializado en los ámbitos público y privado. El Estado es responsable de la protección y garantía de los derechos de las personas que se encuentran dentro de los centros penitenciarios: “Las personas privadas de libertad se

encuentran bajo la custodia del Estado. El Estado responderá por las acciones u omisiones de sus servidoras o servidores que violen los derechos de las personas privadas de libertad” (artículo 35 de la Constitución del Ecuador y artículo 676 del Código Orgánico Integral Penal).

Al catalogar a este grupo de individuos como merecedores de atención prioritaria, se confirma que la privación de un derecho fundamental, como es la libertad ambulatoria, genera una situación de vulnerabilidad. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de adoptar una conducta activa de garante en la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, mediante la implementación de programas, políticas y normas que permitan su ejercicio efectivo, de manera que se asegure la rehabilitación social como fin principal del sistema penitenciario, con el propósito de evitar la reincidencia.

El Sistema Nacional de Rehabilitación Social (SNRS) tiene como finalidad proteger los derechos de las personas privadas de libertad con atención a sus necesidades especiales y al desarrollo de sus capacidades, para que puedan ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad. De esta manera, se busca una rehabilitación integral durante el cumplimiento de la condena, así como la reinserción social y económica de estas personas²⁹.

Al hablar de rehabilitación integral de las personas privadas de la libertad se revela claramente que, en efecto, se persigue la recomposición ética de la persona (Paladines 2008). Así emerge la idea de corregir al delincuente por medio del método de tratamiento; es decir, transformar la personalidad de quien quebrantó la norma. Rehabilitar a una persona implica, en primera instancia, permitirle ejercer libremente sus derechos fundamentales, y en condiciones óptimas que garanticen su protección y seguridad (Núñez 2018).

Respecto al tratamiento, la normativa indica que se fundamentará en 5 ejes: 1) laboral; 2) educación, cultura y deporte; 3) salud; 4) vinculación familiar y

²⁹ El Sistema se rige bajo los principios de dignidad humana, prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, interculturalidad, convivencia no violenta y cultura de paz, igualdad y no discriminación, motivación y normalidad. Ver el artículo 673 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 3 del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

social; y 5) reinserción (artículo 701 del Código Orgánico Integral Penal). Para lograr este propósito, en el reglamento del sistema se establecen una serie de mecanismos y garantías que permitan cumplir con los objetivos dentro del marco de respeto irrestricto a los derechos y la dignidad humana.

No obstante, el trabajo del Estado no termina con el proceso de rehabilitación que debe llevar a cabo, sino que también debe velar por que el proceso sea exitoso mediante la reinserción social efectiva de la persona privada de libertad (Núñez 2018). La Constitución señala que “el Estado establecerá condiciones de inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de libertad”.

De esta forma, queda claro que el Estado tiene responsabilidades posteriores con la persona que cumplió una condena de prisión en sus centros penitenciarios. Debe asegurarles las condiciones mínimas para su correcta reinserción en la sociedad, pues si el Estado fue quien les despojó de varios derechos, debe ser también quien se encargue de su recuperación adecuada³⁰.

4. El ser de las prisiones ecuatorianas

La realidad del Sistema Nacional de Rehabilitación Social dista mucho de su ideal, la problemática es profunda. Pese a que las finalidades son de índole rehabilitador, las condiciones en las que se desarrolla su castigo principal no permiten conseguirlas. El hecho de que la cárcel no haya cumplido con la función de resocializar a las personas que han cometido un delito no es algo nuevo; sin embargo, en el contexto actual, esta discusión merece ser clarificada, dado que las soluciones propuestas para enfrentar el problema no están dirigidas a cuestionar ni criticar la existencia misma de la institución penitenciaria.

El origen de este problema que está latente desde hace por lo menos más de dos décadas, radica en el

abandono estatal y la falta de una política criminal integral. En este sentido, los principales factores que profundizan la crisis penitenciaria son: el debilitamiento de la institucionalidad del sistema carcelario, el aumento de penas y del catálogo de delitos que privilegian el encarcelamiento, la política contra las drogas, el uso excesivo de la prisión preventiva, la burocratización de procedimientos internos y las condiciones de detención deplorables (CIDH 2022).

El debilitamiento de la institucionalidad es el resultado de una serie de medidas erróneas a nivel gubernamental, impulsadas por el recorte del gasto público, y que han provocado la precarización de recursos humanos y materiales, a las que se suma la expansión de la corrupción en todos los niveles. En el 2018 se eliminó el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que dio paso a la creación de la Secretaría de Derechos Humanos y el SNAI (CIDH 2022).

Este último organismo está a cargo de la gestión penitenciaria y se constituye como un servicio que carece de rectoría y presencia territorial, en comparación con un Ministerio. Esta institucionalidad disminuida se profundiza con la reducción presupuestaria que, desde el 2017, ha derivado en la falta de personal de custodia, la reducción de personal técnico para asistir a la población penitenciaria, y la falta de recursos materiales que permitan que las condiciones humanas respeten la dignidad humana, entre otros³¹.

También existe una alta preocupación relacionada con el crecimiento de las tasas de la población carcelaria en el país, que representa el 469.29% durante los últimos 20 años. Actualmente, en Ecuador existen 36 centros de privación de libertad, 10 centros de adolescentes infractores, 7 unidades de aseguramiento transitorio y 8 unidades zonales de desarrollo integral. Los centros de privación de libertad cuentan con una capacidad para albergar hasta 30.000 personas y, según datos de la Secretaría de Derechos Humanos, existe un total de

30 El Estado es el único legitimado para aplicar un castigo a quién vulnera un bien jurídico protegido a través de la conducta delictiva. En nuestro caso, como ya se indicó, este castigo, principalmente se centra en la privación de libertad durante un tiempo determinado, razón por cual, limita directamente el derecho a la libre movilidad, que no es el único derecho limitado o mermado. Como efecto del encierro, otros derechos como la libertad de asociación, libertad de comunicación, etc., también son limitados; y derechos fundamentales como el acceso a educación y salud se ven mermados por las condiciones del encierro, que se expondrán en el apartado correspondiente a la realidad de nuestras prisiones.

31 Esta cuestión atenta contra lo establecido en instrumentos internacionales para el tratamiento de personas privadas de libertad y evidencia la falta de medidas para fortalecer el mecanismo de prevención contra la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes. Véase: Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

40.108 personas (CIDH 2022), que da lugar a un hacinamiento aproximado del 29-30%.

Este problema se manifiesta en razón del uso de políticas que promueven mayores niveles de encarcelamiento ante la inseguridad, como el uso excesivo de prisión preventiva, la creación de nuevos tipos penales, la reforma penal para aumentar el tiempo de la condena en varios delitos, la burocratización para acceder a beneficios penitenciarios dirigidos a la excarcelación, y el uso limitado y restrictivo del catálogo de alternativas a la prisión (Punín 2021).

Para tener una idea de esta grave situación, el Estado reporta que más del 39% de la población carcelaria se encuentra ahí por prisión preventiva y que existen 27.817 personas con sentencia, mientras que hay 12.291 sin sentencia o procesadas (Kaleidos 2021).

El hacinamiento es un fenómeno grave, dado que se interrelaciona con otros problemas, o incluso genera nuevos. Principalmente ocasiona que los servicios y recursos sean insuficientes; que los beneficios penitenciarios sean obstaculizados por demoras en la asignación de audiencias y se dificulte dar boletas de excarcelación; que la convivencia interna sea menos satisfactoria y que existan mayores probabilidades de que tengan lugar incidentes violentos³².

En el caso ecuatoriano, todos los problemas antes descritos son una realidad. Solamente durante el 2021 tuvieron lugar 8 eventos violentos en los que fallecieron unas 316 personas privadas de libertad. La mayoría eran jóvenes que se encontraban en prisión preventiva, entre ellos personas que ya contaban con la boleta de excarcelación. El nivel de violencia fue tan alto en los eventos, que la identificación de las víctimas fue sumamente compleja, dado que existían casos de incineración y desmembramiento corporal³³.

La falta de control en los centros facilita el ingreso de drogas y armas. Además, hay una insuficiencia de agentes penitenciarios dedicados a la vigilancia y el

control de los centros. El personal existente no tiene el equipo, la formación, ni la preparación requerida (CIDH 2022).

Hasta febrero de 2021, los centros de privación de libertad en todo el país contaban con aproximadamente 1.500 guardias. Estándares internacionales manifiestan que debe haber 1 personal de seguridad por cada 9 personas privadas de libertad, mientras que en Ecuador existe 1 por cada 27. Los guardias penitenciarios se encuentran en una situación laboral precaria, con atraso en el pago de sus sueldos o el impago de horas extras, cuestión que resulta relevante en relación con su desempeño dentro de los centros y con problemas de corrupción (Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal del Ecuador 2021).

El SNAI llevó a cabo 16 destituciones de servidores de seguridad y vigilancia, y 77 sumarios administrativos³⁴. La corrupción está presente a lo largo del sistema, y constituye el factor que media el ingreso de armas y sustancias a través de los filtros de seguridad, el cobro por acceso a servicios básicos, y el otorgamiento de privilegios y tratos diferenciados a determinados internos, como puede observarse en el manejo del economato, que es el servicio encargado de la provisión y venta de artículos y bienes de consumo para las personas privadas de libertad (Kaleidos 2021).

Por último, las condiciones de detención que enfrentan las personas privadas de libertad se alejan totalmente de los estándares internacionales. No existe una correcta segregación por categorías, la infraestructura es deficiente, la atención médica y la alimentación son inadecuadas, se presentan obstáculos para acceder a servicios básicos como agua potable, no hay personal suficiente, no se toman en cuenta las necesidades particulares dentro del contexto de encierro (falta perspectiva de género, atención de personas con enfermedades catastróficas, atención a menores, etc.), y existen diversos obstáculos para la efectiva reinserción social, de modo que se limita el acceso a

32 Ver: García-Guerrero, J. y A. Marco 2012; Tapia 2021; y, "Efectos colaterales de la prisión", <https://indret.com/efectos-colaterales-de-la-prision/>

33 Ver: "Amotinamientos en cárceles de Ecuador: 3 claves que explican qué hay detrás de la masacre carcelaria que dejó 79 muertos", noticia publicada en la BBC, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56186555>

34 Ibidem.

actividades de esta índole solamente al 50% de la población penitenciaria³⁵.

5. ¿Es legítimo el uso principal del castigo de prisión en nuestra realidad?

Una vez que se ha podido observar el deber ser del Sistema Nacional de Rehabilitación Social en contraste con su realidad, corresponde discutir la legitimidad de seguir con la prisión, en las condiciones en las que se encuentra, como castigo principal en Ecuador.

Las características del “deber ser” del modelo punitivo ecuatoriano indican que el objetivo no es otro que complementar o rectificar una supuesta socialización deficiente o defectuosa que, pretendidamente, ha llevado al individuo a delinquir (Cid 2010). Es decir que tiene como fin y razón de ser conseguir la correcta rehabilitación de la persona a través del castigo, de forma que este sea eficiente y se adecúe, mediante un tratamiento correcto, a las necesidades de la persona que ha cometido un delito y necesita resocializarse.

Así mismo, este modelo guarda relación con aspectos preventivos ante el delito. En este sentido, la normativa vigente previene estas funciones para la pena, y establece que, con su imposición, se buscará la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, de manera que quede claro que en ningún momento la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales (artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal). Por un lado, el primer tipo de función preventiva establecida es la general, la cual supone que, con la imposición de la pena, se busca generar un temor ante la amenaza de sanción en caso de realizar una conducta tipificada como delito. Esta coerción busca disuadir a la persona de que ejecute el comportamiento desviado, a sabiendas de las consecuencias negativas que podría tener como resultado de su conducta (Gibbs 1986).

Por otro lado, en la mayoría de las legislaciones actuales de los países occidentales, el fundamento de la

pena privativa de libertad reside en las teorías relativas; concretamente, en la prevención especial positiva. La finalidad de prisión, desde este punto, sirve a la prevención del delito, que, según estas teorías, se consigue mediante la modificación de la personalidad desviada del delincuente, con la reeducación, readaptación y reinserción social del condenado (Hernández y Lovelle 2019). Y este es el segundo tipo de prevención que prevé la ley penal ecuatoriana cuando busca el desarrollo de las capacidades de las personas condenadas.

Como ya se ha indicado, nuestra realidad tiene por castigo principal la prisión. Por ende, se comprende que es esta la forma de castigo con la que, de forma general, se busca conseguir los objetivos planteados para el sistema. Por lo tanto, es este el tipo de castigo con el que se busca cumplir las finalidades preventivas de la pena. Entonces, una de las formas de medir el funcionamiento de un sistema rehabilitador será con el nivel de personas que no cometen delitos al salir de prisión o personas que desisten de la delincuencia. Así, los efectos del factor preventivo podrán medirse de acuerdo a si las cifras indican que existe o no mayor delincuencia, o si esta se ha mantenido.

Al respecto, como se ha podido observar en los apartados correspondientes, los números indican que, en Ecuador, la población carcelaria ha aumentado, que los índices de inseguridad están en crecimiento y que hay mayor violencia. En el mismo sentido, los niveles de denuncia se mantienen o aumentan; y, además, por las limitantes y condiciones actuales de los centros privativos de libertad, hay una tendencia a que 8 de cada 10 personas vuelvan a delinquir tras su paso por la prisión (CIDH 2022).

La ineficiencia del sistema en sus dos objetivos principales, rehabilitar y prevenir, se explica por las fallas estructurales que existen y fueron expuestas. El problema principal, según mi punto de vista, consiste en esperar resultados positivos sobre la base de soluciones que no han cambiado su orientación y en mantener la actual concepción obsoleta sobre el problema.

³⁵ Ver: CIDH 2022, Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal del Ecuador 2021, y Kaleidos 2021.

Me refiero a que, dentro de nuestra historia, los problemas relacionados con las prisiones son una constante, una evidencia que reafirma la falta de atención al fondo u origen de la situación. Se busca rehabilitar y prevenir el delito mediante el uso de una institución que, con el tiempo, ha sufrido un debilitamiento en todos los niveles, de modo que sus condiciones internas constituyen un mecanismo de tortura antes que uno de rehabilitación.

Como consecuencia, las únicas finalidades alcanzadas por la prisión son justamente las que se deben evitar: aislar y neutralizar a las personas.

Este panorama resulta aún más preocupante si tenemos en cuenta que una parte mayoritaria de las personas a las que el Estado castiga pertenecen a grupos sociales desfavorecidos. Por lo tanto, es necesario comprender que la presencia de muchas personas en prisión se debe a la estructura social desigual que perpetúa las desventajas en que viven ciertos grupos sociales y la ausencia del Estado para atender a estos sectores.

El hecho de castigar de forma tortuosa sin brindar los mecanismos que permitan una efectiva resocialización perenniza la situación de estas personas; ya que, si antes de la prisión se enfrentaban a obstáculos, estos aumentarán y serán más profundos luego del paso por una institución que deshumaniza³⁶.

Así pues, resulta evidente que al salir de prisión estas personas tendrán más probabilidades de volver a ella, de manera que se crea un círculo de castigo que puede llegar a discutirse como una forma de necropolítica sobre estos grupos sociales, si se toma en cuenta las insuficientes acciones que ha tomado el Estado para cambiar esta realidad y la vulneración sistemática de derechos humanos que sufren las personas privadas de libertad.

En el mundo existe una clara tendencia a la descarceración y al uso de métodos alternativos a la prisión como formas más eficientes de castigo en cuanto a rehabilitación se refiere, de modo que se implementen

castigos alternativos, incluso de forma principal (Punín 2021).

Sin embargo, vemos que esta posibilidad no se concibe aquí como una opción real y la corriente va en el sentido contrario, con mayor presencia de la prisión ante los problemas sociales.

Con estos antecedentes, considero que, hoy más que nunca, resulta necesario hacer preguntas incómodas. Es hora de cuestionarnos: ¿es legítimo mantener en prisión a una persona cuando las condiciones en ella son inhumanas?, ¿es la peligrosidad un elemento suficiente para justificar el uso de prisión, aun cuando esta vulnera derechos fundamentales?, ¿es igual en todos los casos la peligrosidad y el castigo debe seguir siendo principalmente la prisión?, ¿es correcto que el Estado criminalice a quienes no ha dado atención social?, ¿hay fundamento actual que justifique de forma legítima el uso de prisión como castigo principal en una sociedad con estas características?

Ni siquiera el factor económico resulta suficiente para contestar esta última pregunta de forma positiva, puesto que existen extensos estudios dedicados a analizar el alto costo de la prisión (Consejo Europeo 2003).

Mientras no existan condiciones dignas, la tortura sistemática no puede seguir siendo legitimada bajo una premisa que el tiempo ha demostrado que carece de validez. Gran parte de la criminalidad se mantiene estable por la inexistencia de una política criminal integral con especial atención a lo social. Esta realidad evidencia que, muchas veces, el Estado es el causante de situaciones que conducen a la delincuencia.

Aunque sea casi imposible imaginar una sociedad sin la existencia de la prisión, es necesario ser conscientes de qué puede ocurrir cuando esta se gestiona de forma errónea, tal como ocurre en nuestro país. Hay que empezar a visualizar los castigos alternativos, o las distintas formas de justicia ajenas al derecho penal, como opciones viables para evitar la continua vulneración de derechos.

³⁶ Ver: Clemmer 1958, Goffman 1961, Lemert 1967, entre otros.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de este artículo se analizó la relación entre la prisión y las características de las personas sobre las que recaen sus efectos, de manera que se ha puesto en evidencia cómo el poder punitivo se ejerce principalmente sobre personas que pertenecen a grupos sociales desfavorecidos.

La situación actual de las prisiones ecuatorianas no permite que el castigo cumpla con sus objetivos, dado que las condiciones de su ejecución no son compatibles con fines rehabilitadores y resocializadores, sino más bien netamente incapacitantes.

Estas dos problemáticas convergen de manera en que derivan en una más grave, mediada por el entorno social desigual en el que nos encontramos. ¿A qué me refiero? A que vivimos en una realidad muy deficiente. En ella no existe una adecuada distribución de recursos ni oportunidades, tampoco una atención estatal suficiente para los grupos socialmente rezagados, mayoritariamente se cometen delitos de trasfondo económico, su principal forma de rehabilitar es una prisión plagada de condiciones tortuosas y cuyos efectos negativos recaen principalmente en las personas a las que se debería dar atención social.

Esta situación permite comprender de mejor manera los motivos por los que nuestro sistema de rehabilitación se encuentra constantemente en crisis. La estructura social ecuatoriana y la ausencia de una política criminal eficiente derivan en un círculo de castigo que

recae sobre los más vulnerables de la sociedad. Por estas causas, mantener vigente el uso principal de un castigo que no cuenta con la capacidad real de cumplir sus finalidades, ni atiende las necesidades de las personas encerradas en su interior, es un despropósito en sí mismo y la razón principal por la que esta situación se profundiza con el paso del tiempo.

Es necesario empezar a reconocer la dificultad actual de introducir cambios en la prisión y de ver otras opciones como una posibilidad real de encontrar una solución. Debemos dar más confianza a las medidas y sanciones alternativas, ampliar el catálogo de sanciones que no impliquen la privación de libertad; y, sobre todo, generar una política criminal coherente con las necesidades del país. El modelo con el que contamos presupone que el tratamiento es la forma de rehabilitar a la persona, pero no se cuestiona previamente si es la persona la que necesita el tratamiento (¿la pobreza, la falta de trabajo y la imposibilidad de acceder a educación se solucionan con un tratamiento sobre la persona simplemente?) o quizás sean las condiciones sociales las que deban mejorarse para garantizar una adecuada reinserción.

El camino del punitivismo, transitado durante décadas, nos ha llevado a un lugar desastroso, en el que la vulneración de derechos se ha convertido en la normalidad. No podemos volvernos tolerantes ante la injusticia, ni dejar que la costumbre nos haga ciegos ante una dura realidad que pide atención a gritos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Echandi, Isabel y Stella Sáenz (ed.). 2020. *Las mujeres en el tráfico ilícito de drogas*. San José de costa Rica: FLACSO.
- Blanco, Rosa, y Sandra Cusato. 2004. "Desigualdades educativas en América Latina: todos somos responsables". En *Escuelas de calidad en condiciones de pobreza*, 243-262. México: UNAM.
- Castillo, José Gabriel, y Carla Salas. 2018. "Estabilidad laboral y desigualdad del ingreso: una perspectiva de género". *Cuestiones económicas*, Vol. 28: 149-180. file:///C:/Users/lydia.andres/Downloads/257-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1012-1-10-20200716.pdf
- Cid, José. 2010. "La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse". *Estudios penales y criminológicos*, N° 30: 55-84. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3615408>
- CIDH. 2022. *Personas privadas de libertad en Ecuador*. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Clemmer, D. 1958. *The prison community*. Chicago: HOLT.
- Consejo Europeo. 2003. "Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole)". Disponible en: <https://pjp-eu.coe.int/documents/41781569/42171329/CMRec+%282003%29+22+on+conditional+release.pdf/f8708832-8086-4374-8537-63034a45cb67>.
- Flores, Luis. 2018. *Discriminación étnica en el trabajo. El caso de los albañiles en Otavalo*. Tesis de licenciatura presentada en la Universidad Politécnica Salesiana, Quito.
- García-Guerrero, J. y A. Marco. 2012. "Sobreocupación en los Centros Penitenciarios y su impacto en la salud". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. <http://dx.doi.org/10.4321/S1575-06202012000300006>
- Giacomello, Corina. 2020. "The Gendered Impacts of Drug Policy on Women: Case Studies from Mexico". *Drugs, policies and development*, N° 12. <https://doi.org/10.4000/poldev.3966>
- _____. 2013. "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf
- Gibbs, Jack P. 1986. *Deterrence Theory and Research. The law as a behavioral instrument*. *Nebraska Symposium on Motivation*, 33: 87-130.
- Goffman, E. 1961. *Asylums: Essays on the social situation of mental patient and other inmates*. New York: Anchor Books.
- Hernández, Ana, y María Lovelle. 2019. "Cuestionando el modelo rehabilitador: una revisión sistemática de los efectos psicológicos del encarcelamiento". En *La criminología que viene*, editado por Francisco J. Castro Toledo, Ana B. Gómez Bellvís y David Buil-Gil. Madrid: Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología. file:///C:/Users/lydia.andres/Downloads/Dialnet-LaCriminologiaQueViene-745952.pdf
- INEC. Ver: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. 2014. *Reporte de pobreza por consumo Ecuador 2006-2014*. Quito: INEC.

- _____. 2021. Ecuador en cifras. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2021/Diciembre-2021/202112_PobrezayDesigualdad.pdf.
- Kaleidos. 2021. Diagnóstico del Sistema Penitenciario de Ecuador 2021. Quito: UDLA. https://www.kaleidos.ec/wp-content/uploads/2021/10/Diagnostico_Sistema_Penitenciario_Ecuador_Kaleidos_2021.pdf
- Larrea, Carlos. 1990. Pobreza, necesidades básicas y desempleo. Área urbana del Ecuador. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Lemert, E. 1967. Human deviance, social problems and social control. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall.
- Marchesi, Álvaro. 2000. “Un sistema de indicadores de desigualdad educativa”. *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 23: 135-163. <https://www.redalyc.org/pdf/800/80002305.pdf>
- Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda. 2021. Informe nacional sobre el avance de la implementación de la nueva agenda urbana. Quito: Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.
- Núñez, Nadia. 2018. “Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de libertad”. Tesis de maestría presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Observatorio de Criminología, Política Criminal y Ejecución Penal del Ecuador. 2021. Informe Sistema Nacional de Rehabilitación Social y Pliego de Propuestas–2021 Quito: OCPE.
- OIT. Ver: Organización Internacional del Trabajo. 2019 “Informe: Panorama laboral para América Latina y El Caribe”. Acceso en junio 2022. https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/PL2019-ESP.pdf
- Paladines, Jorge. 2008. “Razón jurídica o barbarie”. En: *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Punín, Pablo. 2022. “Incongruencias de un sistema rehabilitador: severidad, cifras, limitantes y alternativas”. *Revista de Derecho de UNED*, N° 28: 463-497.
- Ruíz, Lucía, y Nancy Sánchez. 1994. Pobreza urbana en Ecuador: bibliografía nacional. Quito: Centro de investigaciones CIUDAD.
- Secretaría de Derechos Humanos. 2022. “Política Pública de Rehabilitación Social 2022-2025”. Disponible en: https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/2022/02/18_02.-Politica-Publica-de-Rehabilitacion-Social_vF-.pdf
- Tapia, Camila. 2021. “El uso excesivo de la prisión preventiva y la falta de aplicación de otras medidas cautelares como origen del hacinamiento penitenciario en el Ecuador”. Tesis de grado presentada en la Universidad Central del Ecuador, Quito.
- UNESCO. 2021. *Desigualdades educativas en América Latina: tendencias, políticas y desafíos*. Sao Paulo: UNESCO.
- UNICEF. 2020. *El choque COVID-19 en la pobreza, desigualdad y clases sociales en el Ecuador: Una mirada a los hogares con niñas, niños y adolescentes*. Quito: UNICEF.

ENSAYO

Handwritten signature or stylized text in a cursive script.

UCRANIA COMO “ZONA SACRIFICADA” EN EL DERECHO INTERNACIONAL

UKRAINE AS A “SACRIFICED ZONE” IN INTERNATIONAL LAW

UCRÂNIA COMO “ZONA SACRIFICADA” O DIREITO INTERNACIONAL

*Efrén Ernesto Guerrero Salgado**

Recibido: 31/III/2022

Aceptado: 13/V/2022

Resumen

Con el presente ensayo se busca acercar el concepto de “zona de sacrificio”, usado en el activismo ambiental sobre territorios donde se limitan derechos, con el fin de proteger intereses superiores a las lógicas de la geopolítica y del derecho internacional; y se lo centra en el conflicto escenificado en Ucrania. A fin de hacer un acercamiento válido al conflicto, se lo ubica en el estado del arte de la experiencia normativa y jurisprudencial, para después compararlo con este primer concepto. Se concluye que existen elementos objetivos para proponer a este territorio como “sacrificado”, y que las dinámicas del sistema tradicional de relaciones entre Estados se han visto limitadas como posibles medios de contención, de modo que se han producido relaciones internacionales fracturadas, y en suma, una falla sistémica de los lazos que sostienen el statu quo y que se suponen básicos en la dinámica tradicional del *Iura inter Iura*.

Palabras clave: Zona de sacrificio; Geopolítica; Derecho internacional; Derecho internacional de los conflictos armados; Rusia

Abstract

This essay seeks to bring the concept of “sacrifice zone” used in environmental activism on territories where rights are limited in order to protect superior interests, closer to the logics of geopolitics and international law, focusing on the conflict staged in Ukraine. An approach of the conflict is made, placing it in the state of the art of the normative and jurisprudential experience, to later compare it with this first concept. We conclude that there are elements to propose

this territory as “sacrificed”, and that the dynamics of the traditional system of relations between States have been limited as a means of containment, producing fractured international relations, and in short, a systemic failure of the ties that sustain the status quo that is supposed to be basic in the traditional dynamics of the *Iura inter Iura*.

Key words: Sacrifice zone; Geopolitics; International law; International law of armed conflict; Russia

Resumo

Com o presente ensaio se busca uma aproximação ao conceito “zona de sacrifício”, usado no ativismo ambiental sobre territórios onde se limitam direitos, com o fim de proteger interesses superiores as lógicas da geopolítica e do direito internacional; e se centra no conflito presente em Ucrânia. Com a finalidade de realizar uma aproximação válida ao conflito, se o localiza no estado de arte da experiência normativa e de jurisprudência, para depois comparar com o primeiro conceito. Se conclui que existem elementos objetivos para propor a este território como “sacrificado”, e que as dinâmicas do sistema tradicional de relações entre Estados se vêm limitadas como possíveis meios de contenção, de modo que se produziram relações internacionais fraturadas, e em suma, uma falha sistemática dos laços que suportam o status quo e que se supõem básicos na dinâmica tradicional do *Iura inter Iura*.

Palavras chave: Zona de sacrifício; Geopolítica; Direito internacional; Direito internacional dos conflitos armados; Rússia

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Máster en Protección de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá; Máster Oficial en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid/Instituto Ortega y Gasset; Doctor en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid. Es profesor principal en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Correo electrónico: eeguerrero@puce.edu.ec

Cómo citar este artículo: Guerrero Salgado, Efrén Ernesto. 2022. “Ucrania como “zona sacrificada” en el Derecho Internacional”. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, N° 17: 114-130.

INTRODUCCIÓN

El cambio cualitativo en las relaciones internacionales como producto de la invasión de Rusia a la República de Ucrania ha generado una afectación importante en los paradigmas del derecho internacional público y en la teoría de las relaciones internacionales¹. Más allá de las inclinaciones políticas o las operaciones de alta diplomacia relacionadas con la distensión del conflicto y la eliminación de las posibilidades de una escalada de conflicto que pudiera afectar de manera estructural a las relaciones entre los grandes bloques geopolíticos², surge la relación entre la máxima aspiración del derecho moderno en cuanto a protección de la vida humana (los derechos humanos) y la solución conflictiva o no de los intereses de los grandes poderes a nivel internacional. Frente a esta tesis, también se alza un contra discurso: dado que los países discrepan fundamentalmente sobre los requisitos del bien público y sobre cómo los gobiernos deben asignar sus limitados recursos para promoverlo, ellos han establecido un régimen que les da la máxima flexibilidad. Esta tesis se encuentra caracterizada paradójicamente por un enorme número de derechos humanos que abarcan casi toda la actividad humana, junto con una débil maquinaria de aplicación que produce nuevos derechos, pero no puede hacer cumplir ninguno de ellos (Posner 2014).

En este sentido, la “operación militar especial” de Rusia en Ucrania (Watling y Reynolds 2022), la defensa de los intereses de esta república³, y el comportamiento de la comunidad internacional deben entenderse en el marco del derecho internacional como mecanismo de generación de una estructura de relaciones civilizada entre los diferentes actores. A pesar de las múltiples críticas hechas hacia el comportamiento de Rusia o la “relativa inacción” de la organización de Estados del Atlántico norte (OTAN) o de las múltiples muestras de la sociedad organizada sobre este asunto, es claro que se deben volver a analizar las fuerzas del orden

internacional de posguerra y de su sistema regulatorio. Esta tarea es especialmente importante para los tiempos que corren, en que pareciera que el derecho internacional es inefectivo para el control de las acciones de grandes poderes internacionales⁴.

Para realizarla se pueden emitir una serie de argumentos guía. En primer lugar, ha surgido una importante crítica respecto a la capacidad del derecho internacional público para poder ser un canal de eliminación completa de la confrontación armada entre Estados, como surge en el presente caso (Marxsen 2014). Múltiples analistas a nivel global plantean que, en vez de ser un mecanismo de disuasión, el derecho sirve como una herramienta para quienes tienen los poderes fácticos dentro del sistema (Slaughter Burley 2019).

En ese sentido, el presente texto busca ubicarse en un lugar intermedio en este debate, para tratar de explicar, desde la ecología y el territorio, la operación de los grandes actores internacionales y su relación geoestratégica, así como las consecuencias que tendrá el actual conflicto en el comportamiento del derecho internacional del futuro. Se buscará utilizar el concepto de “zona sacrificada” (Hormazabal Poblete, Maino Ansaldo y otros 2019), para explicar cómo la explotación de un área hace que se generen territorios construidos y administrados a espaldas de los derechos humanos y el derecho internacional. Se propone que, en el caso ucraniano, los diferentes mecanismos de decisión que están llevando los diferentes actores del conflicto afectan a tres elementos: la capacidad de decisión racional respecto al espacio, las instituciones de protección y la regulación directa sobre fuerzas incontrolables, como las nucleares.

Para realizar este análisis se usará el derecho internacional como herramienta explicativa. A pesar de las críticas, esta rama de la ciencia jurídica se cumple en

1 Polychroniou, C.J. “Noah Chomsky: ‘Estamos en un momento crucial de la historia de la humanidad. No se puede negar. No se puede ignorar’”. CTXT. Entrevista publicada el 3 de marzo de 2022. <https://ctxt.es/es/20220301/Politica/38974/Noam-Chomsky-guerra-Ucrania-Rusia-Putin-EEUU-OTAN-geopolitica-Polychroniou.htm>

2 Teurtrie, David. 2022. “Ucrania, ¿por qué la crisis? la Unión Europea en fuera de juego”. Publicado en *Le Monde diplomatique* en español.

3 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729292/EPRS_ATA\(2022\)729292_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729292/EPRS_ATA(2022)729292_EN.pdf)

4 Harvard Law Today. 2022. “The Ukraine conflict and international law”. <https://today.law.harvard.edu/the-ukraine-conflict-and-international-law/>

general inclusive en situaciones excepcionales. Se trata de una base de la teoría soberana que ha sostenido el comportamiento de los Estados desde la Paz de Westfalia de 1648 (López Alós 2015).

La situación desde el 24 de febrero de 2022 muestra que lidiar con actores que se vuelven *rogue states*, que incumplen las lógicas mínimas del ordenamiento jurídico internacional (Schwartz 2007) obliga a un cambio de paradigma. Existen Estados que no aceptan ciertas obligaciones porque no les conviene, o porque consideran que no pueden ser exigibles de ciertos comportamientos. Esta dinámica debe ser entendida contextualmente, en relación a los sistemas vitales y de sobrevivencia que están relacionados con todo conflicto humano, entre ellos el ecológico (Leonardi y Oliveira 2021).

En el presente se tratará de analizar el conflicto ucraniano a la luz de la idea de “zona sacrificada”, entendida como el valor económico y estratégico de una zona de alta productividad de bienes primarios en relación al actual conflicto internacional. En este sentido, este documento pretende poner sobre la mesa la necesidad de entender cualquier tipo de conflicto armado en su rama sistémica y relacionada con el acceso a recursos, y cómo esta concepción propone cambios directos en la gestión del derecho internacional (Deléage, Hémerly y Haj-Younes 2021).

A fin de cumplir esta tarea, el texto se dividirá en cinco partes. En primer lugar, se hará un análisis técnico sobre la situación actual en Ucrania desde el escenario del derecho internacional público, tratando de entender la dinámica relacionada con la “operación militar especial” propuesta desde el Kremlin, y el crimen de agresión del derecho internacional, para poder establecer los alcances de una y otra institución. En segundo lugar, se realizará una revisión del concepto de “zona sacrificada”. Después, se analizará el probable curso de acción de los diferentes actores dentro del conflicto ucraniano a través de la gestión de la geopolítica y de los derechos en esta zona. Finalmente se buscará explicar la posibilidad de nuevos conflictos futuros en relación a bienes estratégicos o comunes a través de las reglas del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los conflictos armados.

1. El conflicto de Ucrania: acto de agresión u operación militar especial

Se han escrito importantes análisis sobre el alcance del conflicto ruso ucraniano, y este genera una serie de consecuencias, entre ellas la “infoxicación”: una intoxicación informativa, en la que el ciudadano común se encuentra en medio de una cantidad de información fuertemente sesgada y fuertemente polarizada (Rativa Barbosa y Socha Forero 2016) y utilizada de manera activa en un esfuerzo militar, que ve en la construcción y destrucción de relatos políticos un espacio de conflicto igual de importante que cualquier otro espacio de la realidad bélica (Thornton-Trump 2022).

El conflicto de Rusia y Ucrania nace de las relaciones complejas de países fronterizos con importantes lazos y cercanías culturales e históricas. Ucrania acarrea el peso de situarse en el marco del interés geoestratégico y la zona de influencia del hegemon regional. En este sentido, la estrategia global rusa está basada en el control de estos espacios que son importantes para la gestión de salidas al mar, desarrollo y de acceso a amplios entornos industriales, así como controles complejos:

“Sin embargo, este pronóstico se opone directamente a las acciones realmente seguidas de Rusia en este periodo. Las líneas rojas, las esferas de influencia y otras retóricas similares, que sitúan a Ucrania en un papel secundario en las relaciones internacionales, han sido la base de la política actual. Ha sustentado la política actual. En este sentido, Putin ha declarado: “¿Por qué debería reunirme con [el presidente de Ucrania, Volodymyr] Zelensky si ha entregado su país al control externo total? Las cuestiones vitales para Ucrania no se resuelven en Kiev, sino en Washington y, en parte, en Berlín y París. ¿Qué hay que discutir? No me niego (a reunirme con él), sólo necesito entender de qué hay que hablar.” (Šrāders 2022, 189)

La cuestión ucraniana, que nace desde el escenario de las protestas del Euro Mайдan, la toma de la zona conocida como Crimea, y la operación actual sucedida en 2022 por parte de Rusia, debe ser entendida desde los dos frentes discursivos existentes; después de

todo, ambos Estados construyen diferentes mecanismos legales a partir de su visión ideológica del mundo, cosa concurrente con el carácter utilitario del derecho internacional.

En primer lugar, Rusia establece una “operación militar especial” en el caso de Ucrania. La doctrina militar rusa supone un enfoque holístico de la guerra moderna que abarca una serie de herramientas políticas, militares, informativas y económicas en distintas situaciones y lugares. Presume que el conflicto suele ir precedido de procedimientos psicológicos y de información para debilitar la moral del adversario y su capacidad para mantener el conflicto⁵. Así pues, en el manejo de su información “hay que comprender que la confrontación en otras esferas representa líneas independientes de actividad, con sus propias “estrategias”, métodos y recursos. En interés de la consecución del objetivo común, deben conseguir su coordinación, y no dirigirlas de manera directa” (Palacios Coronel 2020, 19).

En este sentido, la “operación militar especial” se supone que constituye una defensa frente a la población rusa en la zona conocida como Donbás:

“Tiene como meta parar el genocidio a una parte de su pueblo que vive en Ucrania y garantizar nuestra seguridad. Desde 2015, las autoridades ucranianas no han querido cumplir los acuerdos de Minsk, no quieren ofrecer autonomía a la región de Donbás.”⁶

Al contrario, en el escenario y discurso ucraniano se trata de una agresión en el derecho internacional, cosa que fue confirmada en las últimas resoluciones de la ONU. Hay que recordar que una persona comete un crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que, por sus características, gravedad y escala, constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Por acto de agresión se entenderá el uso de la fuerza armada por un

Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o cualquier otra forma que es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Este mandato fue confirmado por la resolución A/ES-11/L.1 respecto a Ucrania, patrocinada por más de 90 países. Esta obtuvo 141 votos a favor, 5 en contra -Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea-, y 35 abstenciones. En su parte principal:

- “3. Exige que la Federación de Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza contra Ucrania y se abstenga de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro;
4. Exige también que la Federación de Rusia retire de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente;
5. Deplora la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk adoptada por la Federación de Rusia el 21 de febrero de 2022, que constituye una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y es incompatible con los principios de la Carta;
6. Exige que la Federación de Rusia revierta de inmediato y sin condiciones la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Lugansk;
7. Exhorta a la Federación de Rusia a que respete los principios establecidos en la Carta y en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad;
8. Exhorta a las partes a que cumplan los acuerdos de Minsk y lleven a cabo una labor constructiva en los marcos internacionales pertinentes, incluidos el formato de Normandía y el Grupo de Contacto Trilateral, que conduzca a su plena aplicación.”

Como se puede observar, la resolución que aquí se cita mantiene la dirección prevista de la doctrina sobre el

⁵ Bowen, Andrew S. “Russian Armed Forces: Military Doctrine and Strategy”. Publicado el 20 de agosto de 2020 en la página del Congressional Research Service.
⁶ Ortiz, Sara. “El Ecuador pierde más que Rusia con las sanciones”, publicado en el diario El Telégrafo, 25 de febrero de 2022.

crimen de agresión: la represión penal de este delito desarrolla ciertas características fundamentales, pensado en el hecho de que el crimen de agresión es, como se ha señalado gráficamente, un crimen de dos niveles o un crimen de doble piso, en el sentido de que viene constituido por la participación o implicación de un individuo (el elemento individual) en un acto atribuible a un Estado (el elemento colectivo)” (Orozco Torres 2019).

Tal resolución tendría –de prosperar– consecuencias a nivel de derecho internacional penal ya que el crimen de agresión se erige como el crimen de mayor trascendencia para la humanidad. Este ya fue definido por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN) como “el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos”⁷. Este dictamen fue confirmado en 1986, cuando la Corte Internacional de Justicia consagró la prohibición del uso de la fuerza como un “principio de Derecho internacional consuetudinario” en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos* (Stein 2005).

Sobre dicho asunto ya hay avances en este momento del conflicto: la República de Ucrania ha realizado una declaración a la Corte Penal Internacional (CPI), por la que de acuerdo al artículo 12 numeral 3 del Estatuto de Roma se acogía a la jurisdicción de ese tribunal para situaciones sucedidas en el año 2013, relativas a la crisis de la región de Crimea⁸. En la situación actual, ya se han emitido declaraciones por parte del fiscal de la CPI en relación a investigaciones sobre este caso respecto a un crimen de agresión⁹. Materialmente, dictámenes de este tipo requieren la intervención de un Estado atacante, cosa que coincide sobre la narrativa respecto a Rusia. Y formalmente, pudiera ser desde el año 2017, si se analiza el artículo 15 numeral 3 en relación al artículo 8 del Estatuto de la Corte.

Existe un primer reto a nivel de derecho internacional: ninguna de las dos partes es parte constante del

Estatuto de Roma. Ucrania ha hecho una declaración aceptando la jurisdicción de la corte sólo sobre los crímenes en su territorio sucedidos entre 2013 y 2014 (Embajada de Ucrania en los Países Bajos 2014), y una segunda declaración sin fecha de corte que cubre los crímenes en conexión con la escalada de violencia de febrero de 2022. Habría que analizar si la corte hará un ejercicio de jurisdicción sobre este crimen que se encuentra precluido, ya que la corte no tiene jurisdicción sobre un crimen que ha sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado que no ha firmado, y porque hasta el momento de la escritura de este texto (marzo 2022) el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no ha referido esta situación hacia el fiscal. Dado el poder de veto que tiene Rusia en el Consejo de Seguridad será muy difícil que esta última situación termine de esa manera (Hunter 2022).

El modelo de investigación actual de la Corte Penal Internacional muestra pocas posibilidades de prosperar, ya que involucrarse con poderes mayores a nivel geopolítico no ha sido parte de la práctica de la CPI (Bosco 2016); y, en último término, no será un elemento que cambie la sistematicidad del conflicto. Dicho supuesto debe asumirse desde la lógica del simbolismo y del entorno general de aislamiento que está sufriendo Rusia como consecuencia de su decisión de usar la fuerza militar para dirimir el conflicto en Ucrania.

Con estos antecedentes se puede demostrar que existen herramientas suficientes en el derecho internacional público capaces de poder dar una solución pacífica y técnica al conflicto. Desgraciadamente, tal constatación confirma una de las grandes críticas que se hace al derecho internacional: su incapacidad de operar en el marco de su relación con los grandes poderes globales (Koval, y otros 2022). La existencia de Estados o personas naturales que acumulan grandes cantidades de poder fáctico, militar o económico, y que en el marco de estas prerrogativas pueden moldear el discurso de tal manera que rompan o readapten el sistema regulatorio para sus propias necesidades, muestra las

7 Sentencia TMIN de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946.

8 Kuzio, Taras, y Alan Mendoza. 2022. “Ukraine-Russia Policy: Next Steps for the West”. Acceso en marzo de 2022. <https://henryjacksonsociety.org/wp-content/uploads/2022/03/Ukraine-russia-four-points.pdf>

9 Organización de las Naciones Unidas. 2022. “El fiscal de la Corte Penal Internacional abre una investigación sobre posibles crímenes de guerra y contra la humanidad en Ucrania”. Acceso en marzo de 2022. <https://news.un.org/es/story/2022/02/1504762>

fallas del supuesto marco de igualdad soberana con que todos los Estados cuentan.

En medio de todas estas críticas, surge una duda respecto al papel del territorio en toda esta operación de conflicto. Ucrania, a pesar de ser el país más grande de la Europa rusa, tiene los mayores niveles de pobreza del continente y, paradójicamente, una cantidad significativa de recursos básicos¹⁰ (Marchak, y otros 2021). La existencia de una importante reserva de *commodities* también resulta de interés para las diferentes partes involucradas en este *impasse* internacional. Estas zonas son sectores geográficos con alta concentración industrial en los que, gracias al conflicto, podrían priorizarse ciertas necesidades del capitalismo tardío por sobre el bienestar de las personas y el medio ambiente. Estos son mayormente lugares de bajos ingresos en los cuales se instalan industrias desarrollistas que mejoran supuestamente las condiciones de las personas que viven en el entorno; pero a mediano plazo, se degrada la salud y el bienestar de las personas, y se deterioran los ecosistemas necesarios para el bienestar y desarrollo económico (Céspedes y Ramírez Rueda 2019).

La siguiente sección de este texto analizará cómo el concepto de “zona de sacrificio” se está construyendo en el marco del derecho internacional público, y cómo él se vuelve una amenaza para el futuro de comunidades y territorios que cuentan con recursos necesarios para el mantenimiento del sistema industrial global. Posteriormente se examinará en qué medida este concepto puede analizarse en el conflicto ucraniano.

2. La zona sacrificada: definiciones y aplicaciones

Una de las dudas importantes de la sociedad moderna es el acceso a recursos y energía baratas y funcionales, hecho que repercute en todas las áreas, especialmente la de provisión de bienes básicos (Cortés-Torres 2017). Además, el acceso a recursos tiene perspectivas de desigualdad sistémica: la explotación y uso del territorio tienen que hacerse en zonas que estén lo más alejadas posible de áreas urbanas con el objetivo de

no generar distorsiones y rupturas en el tejido social como efecto de la extracción (Lefebvre 1974). Este criterio obliga a alejar el conflicto social de las grandes metrópolis globales para hacer que ciertas reglas que rigen el contrato social se vean suficientemente flexibilizadas, con el fin de aumentar las ganancias y reducir los costes que pudieran tener estas operaciones (García y Cuevas 2017).

En el caso del derecho internacional en materia ambiental el concepto de “zonas de sacrificio” se refiere a una locación espacio-temporal en la cual surgen una serie de elementos muy particulares, principalmente relacionados con la disminución de la capacidad de ejercicio de derechos ciudadanos y el aumento de posibilidades de operación de grandes capitales e intereses geopolíticos. Tal concepto se basa en las siguientes características:

- a) Son zonas ubicadas en los espacios de la semi-periferia: espacios donde el poder socio político o económico se encuentran disminuidos y por tanto la capacidad y fuerza estratégica de los liderazgos locales no son capaces de poder generar cambios en el continuo de la toma de decisiones globales (García y Cuevas 2017).
- b) Son lugares con grandes cantidades de recursos, pero las estructuras de sobrevivencia son limitadas o están sujetas al control de pequeños grupos oligárquicos (Sepúlveda 2019).
- c) El espacio es utilizado para precautelar un alto impacto o peligro relativo a desastres ambientales o eventos antropogénicos.
- d) Las personas que viven en estas solo pueden encontrar actividades económicas relacionadas con estos espacios extractivos o deben ser desplazadas a otros lugares (Entonado 2011).
- e) Esos grupos subalternos además de ser explotados son estigmatizados y desvalorizados en el gran relato económico justificador del nuevo uso del espacio (Hormazabal Poblete, Mano Ansaldo, y otros 2019).

Esas características están supuestas en el cruce de tres conceptos interrelacionados: ambiente, territorio y

¹⁰ Marchak, Daria, Mykola Magkiy, Yaroshchuk, y Oleksandr. 2021. “Bad decisions: how to build the poorest country in Europe”. Acceso en marzo de 2022. https://voxxukraine.org/longreads/poor-country/index_en.html

lugar. Las tres variables se cruzan para generar valor y estrategias de operación por parte de grandes capitales internacionales:

“En otras palabras: corresponden a vidas que pueden ser masivamente sacrificadas, ya que desde un punto de vista económico (capitalista), siempre hay varios grupos de pobladores utilizables para reemplazar a aquellos seres humanos que se vuelven ‘inútiles’ o que perecen como resultado de enfermedades, lesiones o muerte.” (Lopes de Souza 2020, 226)

En el caso del daño ambiental, la evidencia demuestra que este concepto es un marco explicativo muy adecuado para poder demostrar el comportamiento del sistema internacional respecto a varios lugares del mundo. Por ejemplo, en el caso chileno, se indica que:

“Una zona de sacrificio no solo se ve afectada por degradación sino también por diversas cargas sociales que aumentan la vulnerabilidad de las comunidades locales. Cuando el desarrollo extractivista entra en un territorio con sus proyectos de gran escala, las promesas de progreso y riqueza económica quedan incumplidas y, por el contrario, se observa una aparente profundización de la pobreza y de las desigualdades socioespaciales.” (Valenzuela-Fuentes, Alarcón-Barrueto y Torres-Salinas 2021, 17)

Este tipo de problemática se ve reflejado en otros ejemplos. En proyectos de extracción minera en áreas de Noruega (Reinert 2018), se propone que el concepto de sacrificio se justifica mediante una figura de intercambio que estructura el campo de valores en campos opuestos, como marcador de una pérdida irremplazable que interrumpe las narrativas de transformación “suave”, como un llamado a la acción virtuosa, exigido a manera de obligación moral. Se muestra que la “destrucción controlada” de un espacio del territorio se ve justificada por mecanismos de gestión del bien común en áreas de intereses superiores.

El referido abuso implica unas consecuencias de mediano y largo plazo para los territorios y las personas expuestas a las decisiones de uso de la “zona de

sacrificio”. La primera es la lógica del Antropoceno: cualquier decisión sobre el territorio y los seres que habiten en ella se basa en una elección puramente racional que puede ser también negativa para las vidas y los derechos de aquellos que estén involucrados en ese espacio, por generar contradicciones en las relaciones y discursos morales contrapuestos (Dave 2018).

La segunda es la relativización del derecho y de cualquier lógica de organización del contrato social. En casos sobre proyectos mineros en el Estado de Arizona, se establece esta afirmación:

“Conoces la historia económica y política de esta nación. Usted conoce las realidades de la presión económica y política. Sabes que ni el Estado ni ninguna autoridad administrativa pueden hacer frente a la riqueza y el poder de un grupo dominante.” (Purdy 1998)

Dicha tesis coincide con las ideas de Agambem, quien propone que el poder de las élites y en suma la de un Estado dominante, es un acto de biopolítica (Costa 2006). Busca regular a grupos humanos enteros en aras de la seguridad del Estado, mediante medidas crecientemente extraordinarias que sirven para extender los efectos de las restricciones inclusive después del evento que los construye, y ese poder de gestionar la operación política no sólo reside en ejercitarlo sino, más efectivamente, en no ejercitarlo (Agambem 2005).

Finalmente, la zona de sacrificio es entendida en un ejercicio de gestión sistémica de construcción de relatos a nivel de las justificaciones, respecto a la disminución de las posibilidades de vida de la población afectada. Se genera una idea de protección y de sostenibilidad; un negocio, “como siempre” con una huella ambiental amplia, generará peores condiciones para los trabajadores: un cambio sin cambio (Niessen 2020).

En resumen, la idea de una “zona de sacrificio” implica el escenario de a) un espacio geográfico con posibilidades de ruptura del Derecho; b) se realiza en espacios con recursos que deben ser explotados; c) se trata de una elección racional por parte de los actores del

sistema; d) se justifica el sacrificio en materia de un interés superior y posibilidades de contención del daño existente. En este sentido, la siguiente sección tratará de demostrar la existencia de la situación Ucrania-Rusia, como aquella en que el territorio está dispuesto como una zona de sacrificio, con las consecuencias claras en contra de los derechos de los ciudadanos. Para conseguirlo se comparará la literatura existente, en referencia a tres elementos: la normativa, el mecanismo de elección de toma de decisiones, y una situación particular, el combate en dos plantas nucleares entre febrero y marzo de 2022.

3. La geopolítica de la “zona sacrificada” ucraniana

La presente sección buscará demostrar la realidad de Ucrania como una zona sacrificada en el marco de las decisiones de cada uno de los actores involucrados en el conflicto y cómo dicho contexto repercute en el equilibrio de personas, ambiente y justicia estructural ecológica. Este razonamiento nace a partir de la siguiente hipótesis de presupuesto: todos los actores buscan algún tipo de interés en relación a la unidad básica de análisis (el territorio ucraniano) y tal decisión está sujeta a los recursos disponibles en la información asimilada (Ofstehage, Wolford y Borrás 2022). Con esos antecedentes, esas líneas buscan ser una hoja de ruta sobre el alcance del concepto en nuestro sistema y derecho internacional y cómo este puede influir en el desarrollo de los acontecimientos futuros. Su presentación se ha dividido en tres secciones: a) la existencia de una responsabilidad de proteger en materia de evitar daños permanentes al espacio físico y a las personas, b) su influencia en la teoría de la elección racional, y c) cómo este escenario se puede explicar de forma práctica en el caso de las centrales nucleares de Ucrania.

3.1 Ruptura del Derecho Internacional: sobre la responsabilidad de implementar la protección en el territorio ucraniano

En primer lugar, con el actual conflicto existe una ruptura de los conceptos tradicionales de soberanía y

de Estado en el marco del derecho internacional. La soberanía vista como un elemento jurídico y político resultante de la “larga paz” surgida del acuerdo westfaliano, se encuentra fracturada y necesita revitalizar su institucionalidad para sostenerse nuevamente (Sana-huja, Stefanoni y Verdes-Montenegro Escanez 2022). El objetivo principal es que los Estados brinden su apoyo, pero no intervengan en el conflicto. El perjuicio al territorio, las personas y el ambiente en Ucrania son un daño colateral sostenible, un sacrificio en favor de un bien mayor para la comunidad internacional.

Un tema de gestión en ese sentido surge en el marco de los límites de la soberanía. El paradigma tradicional liberal se ha planteado como núcleo teórico en el que la soberanía absoluta y exclusiva es un concepto caduco, dada la actual intervención de terceros países y las guerras de agresión (Bandow 2022); y añade que la comunidad internacional debe ser capaz de generar obligaciones para encontrar un equilibrio entre las necesidades internas y las interdependencias resultantes del comportamiento de los Estados respecto a otros. En ese sentido, la no intervención en los asuntos internos de un país agredido no puede sostenerse en el mundo moderno (Silva y Machado 2016). Este argumento ha sido utilizado en el caso africano para los procesos de descolonización, y también para situaciones de riesgos o crisis humanitarias, aunque tiene un largo camino que recorrer, por las limitaciones operativas del concepto (Stahn 2007).

En el presente caso surge una variante grave en el relato de la soberanía nacional y del paradigma de independencia: en primer lugar, el concepto en el caso ucraniano es que la última razón del Estado ruso es proteger a la población civil “sin importar donde se encuentre y cuál es la realidad política o social de ese momento”¹¹. Si se analiza el relato de la operación militar especial en las zonas del Este de Ucrania, un estado hegemónico plantea una idea de soberanía como responsabilidad, basado en la complejidad de procesos de protección a ciertas personas que (dentro de su marco discursivo) están en peligro como consecuencia de una agresión contra ruso parlantes en una zona

11 Ripp, Allan. “Ukraine’s Nazi problem is real, even if Putin’s ‘denazification’ claim isn’t”. Publicado el 5 de marzo de 2022. <https://www.nbcnews.com/think/opinion/ukraine-has-nazi-problem-vladimir-putin-s-denazification-claim-war-ncna1290946>

de otro Estado¹². En ese sentido se utiliza la autoridad estatal como un instrumento al servicio del poder político con el objetivo de garantizar ciertos “derechos”. Es una aplicación retorcida del principio de responsabilidad para proteger (R2P), que fue utilizado durante muchos años como una exigencia nacida desde gran parte del activismo y la teoría del derecho internacional con el objetivo de poder proteger a poblaciones que se encuentran amenazadas o cuyos derechos más fundamentales se están violando (Delpón 2016).

Existe otro discurso de responsabilidad para proteger relacionado con el deber internacional respecto a la población ucraniana. Propone que cualquier acción que se efectúe tiene que ser pensada para garantizar la existencia y libertad de otro Estado en el marco de la protección frente a un supuesto crimen de agresión y en particular con su población, tal como plantea la Carta de Naciones Unidas (Nasir y Charles 2022). Esta postura implica escenarios como la compra y venta de armas desde y hacia terceros países para sostener esfuerzos militares¹³, la donación de material militar para el esfuerzo bélico o situaciones tan particulares como la exención de responsabilidad para operadores militares que decidan abandonar su país de origen e integrarse a filas internacionales en alguna confrontación bélica de otro tipo¹⁴.

Ambos escenarios, aunque no pueden compararse entre sí, demuestran que el sistema internacional es incapaz de generar mecanismos de prevención de los conflictos armados. Cualquier tipo de responsabilidad del sistema internacional en el mantenimiento de la paz y seguridad debe determinar posibles amenazas y el ejercicio de medidas de prevención (Engle 1999). No ha ocurrido así en el caso ucraniano: desde el año 2014 todos los actores del sistema internacional en variados informes han analizado la situación de este país y han resuelto que existían posibilidades amplias de amenaza para su integridad territorial y su libertad, el escenario de una conflagración con un país hegemónico cercano porque este actor posee un ejército

con posibilidades de operación de largo plazo (Foundation Robert Schuman 2022). En ningún momento los grandes poderes internacionales hicieron algún cambio en el curso de los acontecimientos. No se planificó ni implementó una estrategia coherente integral que contenga programas políticos de desarrollo o de protección de los derechos humanos. Como resultado, la prevención, el compromiso y el apoyo de la comunidad internacional no se materializarán en una intervención directa.

Inclusive, a pesar de la decisión de medidas cautelares establecida por la Corte Internacional de Justicia en la cual se solicita que el Estado ruso deje de llevar a cabo maniobras militares dentro del escenario ucraniano (Corte Internacional de Justicia 2022), se observa que el derecho internacional solo sirve en la medida en que la unidad de análisis máxima, que es la autoridad estatal, efectivamente cree y compruebe su utilidad como instrumento de consecución de los fines de la estructura o de la autoridad gobernante de la misma (Olivares 2018). En este sentido, un Estado que no prevenga o castigue el cometimiento de atrocidades masivas sobre ciudadanos incumple una variedad de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o del derecho internacional humanitario y se le debería imputar cierta responsabilidad. No obstante, pese a que en este caso los hechos de justicia demandados son clamorosos, lamentablemente son poco exigibles.

“La “operación militar especial” que lleva a cabo la Federación Rusa ha resultado en numerosas muertes y heridos civiles. También ha causado importantes daños materiales, incluida la destrucción de edificios e infraestructura. Los ataques continúan y están creando condiciones de vida cada vez más difíciles para la población civil. Muchas personas no tienen acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicinas esenciales o calefacción. Un grande número de personas está tratando de huir de las ciudades más afectadas en condiciones de extrema inseguridad.” (CIJ, 2022)

12 Troianovski, Anton. “Why Vladimir Putin Invokes Nazis to Justify His Invasion of Ukraine”. Publicado el 5 de marzo de 2022. <https://www.nytimes.com/2022/03/17/world/europe/ukraine-putin-nazis.html>

13 Hamilton, Tomas. 2022. “Articulating Arms Control Law in the EU’s Lethal Military Assistance to Ukraine”. Acceso en marzo de 2022. <https://www.justsecurity.org/80862/articulating-arms-control-law-in-the-eus-lethal-military-assistance-to-ukraine/>

14 Zuoloaga, J.M. “¿Se alistarán españoles en la Legión Extranjera de apoyo a Ucrania?”. Publicado el 28 de febrero de 2022. Acceso en marzo de 2022. <https://www.larazon.es/espana/20220228/npqetmpnwnjdmnqgwjzoyq65y.html>

Desgraciadamente, este último planteamiento solo ha llegado a ser un compromiso político, aunque se han ido construyendo en la legislación ciertas características específicas para, por ejemplo, establecer obligaciones respecto a operaciones de mantenimiento de la paz (Chomsky 2022). Finalmente, a pesar de los esfuerzos del sistema internacional, se demuestra la incapacidad del sistema de la Organización de las Naciones Unidas para poder tomar decisiones que auguren la solución rápida o la prevención de los conflictos. La aplicación de los capítulos 7 y 8 de la Carta de Naciones Unidas para ayudar a proteger a los seres humanos del genocidio, de los crímenes de guerra o de la depuración étnica, se ve fuertemente limitada.

En resumen, los hechos demuestran que hay una falta consciente de aplicación del derecho internacional, que confirma las lógicas del capitalismo tardío y muestra la conveniencia de un conflicto apoyado pero encapsulado en una zona en la que se consiente la violación de derechos, la destrucción del ambiente o la intrusión de nuevos actores. Por ejemplo, se permite que los magnates de las nuevas tecnologías puedan enviar de manera eficiente conexión satelital por Internet (Díaz 2022), mientras que las organizaciones de la prensa o las agencias de protección ven limitado su acceso o están sujetas a las presiones de los actores en conflicto. Esta tendencia a la banalización de las reglas de operación en cualquier circunstancia y bajo cualquier costo puede llevar a una fragmentación de largo plazo del derecho internacional, que sería muy peligrosa para el ejercicio de las prerrogativas y de las libertades básicas que todos los seres humanos tenemos.

3.2 Elección racional: la separación entre derecho y poder en el marco del sistema internacional y sus límites en el caso ucraniano

La racionalidad en la toma de decisiones maximiza los objetivos en este caso: las iniciativas de una operatividad bien enfocada chocan con la crisis de refugiados existente y con los sacrificios que están haciendo los países vecinos de la zona de conflicto. Los grandes Estados, aquellos que tienen capacidad estratégica en

la política e influencia económico-política para poder dar una solución a esta dinámica, han decidido convertir este escenario en una parte de su conflagración, principalmente basada en intereses especiales, tanto sociales como ideológicos (Dugin 2022).

Esas limitaciones demostraron la posibilidad de que Ucrania se vuelva una zona de sacrificio por obra de los grandes intereses políticos y comerciales, con el fin de poder mantener su estabilidad en el sistema internacional. No es la primera vez que sucede en la historia (García 2004). Recordemos las condiciones de la zona de los Sudetes, producto del Tratado de Versalles (Casanovas 2019) o el comportamiento de los Estados Unidos respecto a la retirada de Afganistán (Balkan-Şahin 2022). Entonces los ciudadanos no tenemos escenario para posibilidades de poder tomar una decisión que asegure un mejor ejercicio de los derechos del pueblo involucrados directamente, por cuanto las decisiones de los grandes poderes internacionales actúan de manera racional, al maximizar sus decisiones en un proceso de largo plazo.

Finalmente, se puede concluir que el comportamiento del sistema internacional respecto a este caso muestra una banalización de los derechos de los ciudadanos, unida a una preocupación máxima por contener el conflicto en circunstancias tales que no sean afectados otros intereses que no sean los de los países involucrados¹⁵. A pesar de los discursos de unión y de concordia en el sistema internacional, todo el actuar del caso tiene un interés racional: aislar a un posible enemigo que se encuentra en una guerra de agresión contra terceros y entender que esa zona puede volverse anómica. Esta postura es más coherente que la aplicación de la protección de las personas.

3.3 Los recursos y la operación militar en Ucrania: el caso de las centrales nucleares y el uso de la fuerza nuclear

La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del uso de armas nucleares puede establecer con claridad un punto de partida muy importante para el ejercicio de los derechos en

¹⁵ Krish, Nico. 2022. "After Hegemony: The Law on the Use of Force and the Ukraine Crisis". Blog of the European Journal of International Law. Acceso en marzo de 2022. <https://www.ejiltalk.org/after-hegemony-the-law-on-the-use-of-force-and-the-ukraine-crisis/>

el presente caso. En primer lugar, el uso de armas nucleares y las consecuencias del mal uso de la energía nuclear pacífica en una situación de conflicto armado no tiene precedentes en el derecho internacional (Falk 1997). Este hecho lleva a implicaciones muy complicadas respecto al alcance del uso de esta energía en escenarios militares o de esfuerzo bélico. En segundo lugar, la opinión consultiva analiza si se permite, en lugar de si se prohíbe la amenaza o empleo de estos medios de combate (Weiss 2000). En ese sentido, su uso no está autorizado específicamente dentro del derecho internacional; pero tampoco existe una prohibición total o universal de la amenaza, que supone el empleo de las armas nucleares. Es más, no existe ningún uso lícito que pudiera encontrarse.

En el marco de un evento sin precedentes en la historia reciente de los peligros ambientales, el ataque planeado y limitado en dos centrales nucleares al Este de Ucrania ilustra los peligros derivados del conflicto en un paisaje urbano fuertemente modificado por la acción humana (incluida la extracción de carbón y las pruebas nucleares). Tal denuncia ya ha sido realizada por la República de Ucrania en comunicación al Organismo Internacional de Energía Atómica:

“Las fuerzas armadas de Rusia capturaron ilícitamente a miembros del personal de dos centrales nucleares ucranianas, la central nuclear de Chornóbil y la central nuclear de Zaporíyia, y hasta la fecha siguen manteniéndolos como rehenes. En estas circunstancias, la Misión Permanente de Ucrania alienta encarecidamente a la Secretaría y a los Estados Miembros a hacer caso omiso de toda información relativa a las instalaciones nucleares de Ucrania o a la situación relacionada con la energía nuclear en Ucrania comunicada por Rusia, en cuanto Estado agresor que está perpetrando crímenes de guerra en el territorio soberano de Ucrania.”¹⁶

En este sentido “los desastres ambientales cruzan rutinariamente las fronteras internacionales [...] esa dinámica puede caracterizar cada vez más la guerra

a medida que la urbanización y la industrialización continúan su propagación mundial, con una gestión ambiental activa en tiempos de guerra que marca el comienzo de profundos desafíos y nuevas áreas de experiencia necesarias” (Marcantonio y Hook 2022).

Estas actividades se deben entender en el marco del derecho internacional humanitario, bajo una serie de previsiones:

- a) El art. 35 del Protocolo 1 de los Convenios de Ginebra plantea que “queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.
- b) En ese sentido, la doctrina propone que para que se pueda establecer una violación de esta norma, para que un método o medio pueda incluirse en la prohibición estipulada en este artículo, es necesario emplearlo con la intención o la expectativa de causar dicho daño (Karlshoven et al. 2005).
- c) Pero el principio de protección del medio ambiente en el artículo 35 (3) no se referiría al empleo de armas nucleares; aunque, en ese sentido, se puede aplicar para la protección del ambiente relacionado a una central nuclear.
- d) En el párrafo 1 del artículo 56 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra se habla de “centrales nucleares de energía eléctrica”, o sea un concepto más restringido que el de instalaciones nucleares. Pero, en el caso de Ucrania, dado que sus instalaciones cumplen con el citado requisito, el documento es plenamente aplicable.

Una situación de violencia o de liberación de contaminación implicará a largo plazo, contar con importantes elementos relativos al equipo, la experiencia y la financiación necesarios para identificar, supervisar y remediar adecuadamente los puntos críticos ambientales¹⁷. La aplicación de las regulaciones para prevenir y minimizar los riesgos ambientales será fundamental para proteger a las personas y su medio ambiente en Ucrania.

¹⁶ Misión Permanente de Ucrania frente a la OIEA. 2022. Circular Informativa INFCIRC /979.

¹⁷ Herrera, Diego. “Environment and Conflict Alert Ukraine: A first glimpse of the toxic toll of Russia’s invasion of Ukraine”. Acceso en marzo de 2022. <https://paxforpeace.nl/news/overview/environment-and-conflict-alert-ukraine-a-first-glimpse-of-the-toxic-toll-of-russias-invasion-of-ukraine>

Las secuelas de un incidente nuclear en este caso, como la contaminación de una central nuclear dañada, según los analistas, tendrían tres tipos de consecuencias: serían tan graves que causarían un fuerte impacto en la dinámica de escalada del conflicto; además, una vez establecido como un accidente, la parte responsable se enfrentaría a una condena internacional significativa; finalmente, existe la posibilidad de que esta situación se sume al resto de consecuencias que se determinen en el marco de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Ahora, el problema surge cuando ninguno de los Estados vacila en utilizar centrales nucleares como escenario de conflicto o instalación que plantea un objetivo militar específico. El hecho de que las dos centrales

nucleares ucranianas hayan sido atacadas en el curso de este conflicto ha demostrado que ninguna de las partes está dispuesta a tener un límite en cuanto a la operación de los objetivos militares y que ambas no dudarían a la hora de sacrificar el equilibrio ecosistémico de su territorio en el marco de la consecución de sus narrativas de victoria o derrota.

Será necesaria en el futuro una importante regulación respecto de a) repensar las instalaciones y los materiales de energía nuclear existentes, pues no se diseñaron para afrontar los altos niveles de peligro militar como resultado de un conflicto armado; y b) los sistemas de seguridad nuclear y de protección nuclear se construyeron en referencia a un entorno pacífico y para salvaguardar la integridad territorial (Chumak 2016).

CONCLUSIONES

Este documento busca establecer un estado de la situación del conflicto y cómo este afecta integralmente no solo a las bases fundacionales del derecho internacional, sino que pone a este en una situación de fractura, basada en la imposibilidad de una solución efectiva que proteja personas y salve vidas. En efecto, se devela que hay una decisión consciente de ceder y hacer que esa zona del planeta sea sacrificada en el marco de un supuesto “interés general”. El derecho internacional se fractura, y con este se rompe la elección racional, al punto de combatir en zonas que pueden causar daños a todas las partes sin distinción. En suma, se prueba el desinterés por Ucrania y la necesidad de mantener el conflicto.

En resumen, el sistema internacional está destruyendo un territorio y afecta el equilibrio territorial, ambiental y operativo de sus ciudadanos. Y no solo sucede tal fenómeno en Ucrania: la situación en proceso en Afganistán es una muestra clara de la incapacidad del orden internacional fracturado para poder salir de la lógica del relato de corto plazo y poner los grandes acontecimientos en el marco de una gran lógica histórica. Lo preocupante es que este es el principio de un proceso que apareció con el modelo de la invasión de Afganistán de 2001: no hay un enfrentamiento con

grandes ejércitos globales, sino una dinámica llevada a cabo por ambas partes que están en guerra, con crímenes y masacres, perpetradas de manera localizada como parte de un enfrentamiento global entre grandes superpotencias, países *proxys* y poderes fácticos. En esta interpretación, quien suscribe coincide con alguien que es uno de los ciudadanos mejor informados del planeta: su santidad el Papa Francisco. Desde el año 2014, este ha planteado la existencia de dicho signo de distanciamiento total de la lógica global y de la búsqueda del conflicto para solucionar los grandes problemas geopolíticos. Por tal razón, una probable arquitectura internacional posconflicto ucraniano va a tener que analizar de manera mucho más holística la necesidad de que la igualdad soberana esté atravesada de una responsabilidad efectiva: los Estados independientemente de su poder no pueden verse libres de actuar de manera filibustera en la operación normativa del *iura inter iura* y adaptarlo en función de sus necesidades personales (Díaz Naranjo 2014).

Una situación de esa naturaleza podría capturar de modo irreparable las capacidades de la comunidad de Estados democráticos para poder solucionar de manera no reactiva y pacífica los conflictos. La reflexión que debe aparecer acerca de estos acontecimientos es

que el derecho internacional no puede ofrecer una respuesta por sí solo a los problemas internacionales, especialmente a los relacionados con la gestión de la necropolítica o de su aplicación en el marco de los conflictos armados, sino que hay que resolverlos desde la ecología social (Schoendube 2005). En un mundo donde los conflictos son profundamente multivectoriales y se imponen visiones hegemónicas basadas en

posverdades o discursos sobre elementos globalizados, basados en una racionalidad político-económica (Campos 2008), se hace necesario un análisis crítico para descifrar las claves de estas dinámicas que parecen escapar de un análisis racional que permita sacar a la luz otros elementos discursivos, a fin de que sirvan para poder dar explicación a estos hechos, al parecer inabarcables.

BIBLIOGRAFÍA

- Agambem, Giorgio. 2005. *State of Exception*. Chicago: The University of Chicago Press.
- López Alós, Javier. 2015. “Los extravíos de la soberanía o la mirada antimoderna sobre Westfalia”. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, N° 24: 191-201. <https://revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/view/47791>
- Balkan-Şahin, S. 2022. “Afghanistan: An R2P Concern”. En *The Responsibility to Protect Twenty Years On*, editado por G. Ercan y Pinar, 197-220. New York: Springer International Publishing.
- Bandow, Doug. 2022. *Russia’s Attack on Ukraine Is Criminal and Wrong: The War Still Isn’t America’s Fight*. Washington: Cato Institute.
- Bosco, David. 2016. “Palestine in The Hague: Justice, Geopolitics, and the International Criminal Court”. *Global Governance*: 155-171.
- Campos, Beatriz Santamarina. 2008. “Antropología y medio ambiente. Revisión de una tradición y nuevas perspectivas de análisis en la problemática ecológica”. *Aibr-revista De Antropología Iberoamericana* 3, N° 2: 144-184.
- Casanovas, Oriol. 2019. “En el centenario del Tratado de Versalles”. *REDI*, N° 71: 17-22.
- Céspedes, Flavia, y Hernán Ramírez Rueda. 2019. “Antecedentes y reflexiones sobre la zona de sacrificio de Quintero y Puchuncavi”. *Cuadernos Médico-Sociales* 59, N° 1: 21-31.
- Chomsky, Noam. 2022. “Ukraine, China: Regional solution is possible”. *Green Left Weekly*: 16-20.
- Chumak, Dmytro. 2016. “The implications of the ukraine conflict for national nuclear security policy”. *Non-proliferation papers*, N° 53: 1-16.
- Corte Internacional de Justicia. 2022. “Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention And Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)”. Acceso marzo 2022. <https://www.icj-cij.org/en/case/182>
- Cortés-Torres, Iván. 2017. “La crisis alimentaria Mundial: causas y perspectivas para su entendimiento || World Food Crisis: Causes and Prospects for their Understanding”. *Razón y Palabra* 20: 602-621.
- Costa, Flavia. 2016. “Entrevista com Giorgio Agamben”. *Revista Do Departamento De Psicologia. Uff* 18, N° 1: 131-136.
- Dave, Farrier. 2018. *Anthropocene Poetics: Deep Time, Sacrifice Zones, and Extinction*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Deléage, Jean-Paul, Daniel Hémerly, y Rami Zahrawi Haj-Younes. 2021. “De la eco-historia a la ecología-mundo”. *Relaciones Internacionales*: 53-66.
- Delpón, José Luis Martín. 2022. “La labor preventiva de la corte penal internacional y su relación con el principio de complementariedad y la «responsabilidad para proteger»”. Acceso en marzo de 2022. <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/6243>.
- Díaz Naranjo, José Luis. 2014. “Proteccionismo, filibusterismo, libre comercio: José Martí y los tratados comerciales”. *Revista Espiga*: 47-60.
- Embajada de Ucrania en los Países Bajos. 2014. “Declaración de La República de Ucrania a la Corte Penal Internacional”. Acceso en febrero de 2022. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>.

- Engle, Karen. 1999. "The OSCE in the maintenance of peace and security : conflict prevention, crisis management and peaceful settlement of disputes". *American Journal of International Law* 93, N° 1: 276-278.
- Entonado, David Isaac del Río. 2011. "The Desert as a National Sacrifice Zone: The Nuclear Controversy in Nevada Fiction". Acceso en marzo de 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5680635>
- Falk, Richard A. 1997. "Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter". *American Journal of International Law* 91, N° 1: 64-75.
- Fondation Robert Schuman. 2022. "Russia, Ukraine and international Law". *European issues* N° 623.
- García, José Saturnino Martínez. 2004. "Distintas aproximaciones a la elección racional". *Revista Internacional De Sociología* 62, N° 37: 139-173.
- García, Paola Bolados, y Alejandra Sánchez Cuevas. 2017. "Una ecología política feminista en construcción: El caso de las "mujeres de zonas de sacrificio en resistencia", Región de Valparaíso, Chile". Acceso en marzo de 2022. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-69242017000200033
- Hormazabal Poblete, Nina, Sandro Maino Ansaldo, Magdalena Vergara Herrera, y Matías Vergara Herrera. 2019. "Habitar en una zona de sacrificio: análisis multiescalar de la comuna de Puchuncaví". *Revista hábitat sustentable* 9, n° 2: 6-15.
- Hunter, Robert. 2022. "The Ukraine Crisis: Why and What Now?". *Survival*: 7-28.
- Kalshoven, Frits y Liesbeth Zegveld. 2005. *Restricciones en la conducción de la guerra: introducción al derecho internacional humanitario*. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina-CICR.
- Koval, Nadiia, Volodymyr Kulyk, Mykola Riabchuk, y Kateryna Zarembo. 2022. "Orphological Analysis of Narratives of the Russian-Ukrainian, Conflict in Western Academia and Think-Tank Community". *Problems of Post-Communism*: 168-178.
- Lefebvre, Henri. 1974. "La producción del espacio". *Papers: revista de sociología*: 219-229.
- Leonardi, E., y F. P Oliveira. 2021. "Operaísmo y ecología-mundo. Por una teoría política de la crisis ecológica". *Ecología-Mundo, Capitaloceno y Acumulación Global-Parte 2*, N° 47: 85-99. https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/relacionesinternacionales2021_47_004
- Lopes de Souza, Marcelo. 2020. "Sacrifice zone: The environment-territory-place of disposable lives". *Oxford University Press and Community Development Journal* 56, N° 2: 220-243.
- Marcantonio, Richard, y Kristina Hook. 2022. "Environmental dimensions of conflict and paralyzed responses: the ongoing case of Ukraine and future implications for urban warfare". *Small Wars & Insurgencies*: 50-62.
- Marxsen, Christian. 2014. "The Crime Crisis: An International Law Perspective". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*: 367-391.
- McCafferty, S. 2022. *Escalation Dynamics: An Analysis of the Ukraine War*. Bangalore: Bangladesh Institute of Peace and Security Studies.
- Nasir, Kiran, y Camp. Charles. 2022. "Nation States Must Comply With Their Responsibility to Protect Ukraine Against the Russian Federation's Ongoing War Crimes". *World Financial Review*: 1.
- Niessen, Sandra. 2020. "Fashion, its Sacrifice Zone, and Sustainability". *Fashion Theory*: 859-877.

- Ofstehage, Andrew, Wendy Wolford, y Saturnino Borrás. 2022. "Contemporary Populism and the Environment". *Annual Review of Environment and Resources*: 012220-124635.
- Olivares, Ignacio Parrao. 2018. "El Orden Mundial". Acceso en marzo de 2022. <http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/ceeexare/article/view/1599>
- Orozco Torres, Luis. 2019. *El crimen de agresión en el derecho internacional contemporáneo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Palacios Coronel, José Miguel. 2020. "El general gerasimov contra la "doctrina gerasimov"". *Ejércitos*: 14-20.
- Posner, Eric. 2014. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press.
- Purdy, J. 1998. "Rape of the Appalachians". *American Prospect*: 28-33.
- Rativa Barbosa, Janet Pauline y María Fernanda Socha Forero. 2016. "Ucrania, una ficha de manipulación geopolítica". *Muuch' xíimbal. Caminemos juntos*: 149-173. <https://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/1512>
- Reinert, Hugo. 2018. "Notes from a Projected Sacrifice Zone". *ACME: An International Journal for Critical Geographies*: 597-617.
- Sanahuja, José Antonio; Stefanoni, Pablo y y Francisco. J Verdes-Montenegro. 2022. "América Latina frente al 24-F ucraniano: entre la tradición diplomática y las tensiones políticas". Madrid: Universidad Complutense de Madrid. https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2022/03/DT_FC_62.pdf
- Schoendube, Brigitte Boehm. 2005. "Buscando hacer ciencia social. La antropología y la ecología cultural". Acceso en marzo de 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2162556>
- Schwartz, Jonathan B. 2007. "Dealing with a "Rogue State": the Libya Precedent". *American Journal of International Law* 101, N° 3: 553-580.
- Sepúlveda, Juan Pablo Sánchez. 2019. "Bio-resistencia: reflexiones sobre poder, vida y resistencia en torno al conflicto ambiental en Quintero y Puchuncaví". Acceso en marzo de 2022 <https://revistas.uchile.cl/index.php/rb/article/view/54242>
- Silva, Waldimeiry Corrêa da y Roberta Silva Machado. 2016. "Re-aproximaciones y posibles aplicaciones del concepto de seguridad humana". *Araucaria* 18, N° 36: 217-240.
- Slaughter Burley, Anne-Marie. 2019. "International law and international relations theory: a dual agenda". En *The Nature of International Law*, de Simpson Gerry, 11-46. London: Routledge.
- Šraders, Sandis (Ed.). 2022. *A Restless Embrace of the Past? The Conference on Russia Papers 2022*. Tartu: University of Tartu Press. https://www.baltdefcol.org/files/files/publications/Rusconf_22.pdf
- Stahn, Carsten. 2007. "Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?". *American Journal of International Law* 101, N° 1: 99-121.
- Stein, Mark S. 2005. "The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council's Power to Determine Aggression". *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 16, N° 1: 1-36. <https://doi.org/10.18060/17852>
- Thornton-Trump, Ian. 2022. "Russia: the cyber global protagonist". *EDPACS*: 1-9. <https://doi.org/10.1080/07366981.2022.2041226>
- Valenzuela-Fuentes, K., E. Alarcón-Barrueto, y R. Torres-Salinas. 2021. "From Resistance to Creation: Socio-Environmental Activism in Chile's "Sacrifice Zones"". *Sustainability*: 1-21.

Watling, Jack, y Nick Reynoldds. 2022. *The Plot to Destroy Ukraine*. London: Royal United Services Institute for Defence and Security Studies.

Weiss, Peter. 2000. "Chazournes, Laurence Boisson de and Sands, Philippe. International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons". Reseña publicada en el *American Journal of International Law* 94, nº 4: 815-818. <https://doi.org/10.2307/2589813>

ACCIONES DE OBSERVANCIA NEGATIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL EN ECUADOR

NEGATIVE ENFORCEMENT ACTIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN ECUADOR

AS AÇÕES DE OBSERVÂNCIA NEGATIVA DE DIREITOS DE PROPIEDADE INTELLECTUAL NO EQUADOR

*Juan José Arias Delgado**

Recibido: 12/IV/2022

Aceptado: 09/VI/2022

Resumen

A cinco años de la entrada en vigor del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, no se ha resuelto un solo caso de observancia negativa de derechos de propiedad intelectual en vía administrativa ni judicial, razón por la cual continúa siendo una figura sin aplicación práctica dentro de la industria. En esencia, la acción de observancia negativa tiene como fin la emisión de una decisión declarativa por la cual la autoridad determina que un acto no infringe el derecho de un tercero. Esta está presente en legislaciones nacionales de distintos países, aunque no existe un tratado internacional que regule este tipo de procedimientos, ni siquiera a nivel regional en jurisdicciones como la de la Unión Europea. En este sentido, el presente artículo pretende dar algunas pautas a la luz de la legislación y la jurisprudencia comparadas, que permitan comprender de mejor forma esta figura y poner de manifiesto su utilidad de cara a sus posibles aplicaciones en el Ecuador, en el marco de su redacción en el Código.

Palabras clave: Signos distintivos; Derecho de autor; Patentes; Declaración de no infracción; Innovación

Abstract

Five years after the entry into force of the Ecuadorian Organic Code of the Social Knowledge Economy, Creativity

and Innovation, not one case of negative enforcement has been decided either at an administrative nor judicial level that puts into question the practical application of this legal figure within the industry. In essence, the negative enforcement action seeks the issuance of a declaratory judgment from an authority, that an act does not infringe the rights of a third party, such as several internal legislations in different countries already provide; even though no international agreement deals with this subject, not even at a regional level, for instance in jurisdictions such as the European Union. Therefore, this article pursues to provide a few pointers considering foreign legislation and jurisprudence, to allow the better understanding of this legal figure, and set forth its usefulness and possible applications according to Ecuadorian legislation.

Key words: Trademarks; Copyright; Patents; Non-infringement declaration; Innovation

Resumo

Há cinco anos da entrada em vigência do Código Orgânico da Economia Social dos Conhecimentos, Criatividade e Inovação, não se resolveu um só caso de observância negativa de direitos de propriedade intelectual em via administrativa nem judicial, razão pela qual continua

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y candidato a magister en propiedad intelectual por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales- sede Buenos Aires. Trabajó en el estudio Falconí Puig Abogados, donde llegó a ser Abogado Asociado Senior, especializándose en la gestión de portafolios de propiedad intelectual; y en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales como miembro principal del órgano de apelaciones, donde estuvo a cargo de la resolución en última instancia administrativa de recursos y acciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual y competencia desleal vinculada. Actualmente es abogado en libre ejercicio y su práctica se enfoca en la propiedad intelectual y áreas afines. Correo electrónico: juanjoarias.alfa@gmail.com

Cómo citar este artículo: Arias Delgado, Juan José. 2022. "Acciones de observancia negativa de derechos de propiedad intelectual en Ecuador". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 131-140.

sendo uma figura sem aplicação prática dentro da indústria. Em essência, a ação de observância negativa tem como fim a emissão de uma decisão declaratória, pela qual a autoridade determina que um ato não infrinja direitos de um terceiro; está presente em várias legislações nacionais de distintos países, ainda que não exista um tratado internacional que regule este tipo de procedimientos, nem sequer a nível regional em jurisdições como a União Europeia. Nesse

sentido, o presente artigo pretende dar algumas pautas à luz da legislação e jurisprudência comparadas, que permitam compreender de melhor forma a figura, e manifestar sua utilidade de cara a suas possíveis aplicações no Equador, no marco de sua redação no Código.

Palavras chave: Sinais de distinção; Direito do autor; Patentes; Declaração de não infração; Inovação

INTRODUCCIÓN

Son varias las legislaciones que prevén alguna forma de procedimiento por el cual se permite solicitar a una autoridad que declare que un acto no es violatorio de los derechos de un tercero, sin la necesidad de que sea el titular del derecho quien reclame por la posible infracción. Esta figura se ha popularizado principalmente en el derecho de patentes, aunque actualmente sea aplicable en otras áreas de la propiedad intelectual, principalmente respecto de infracciones al derecho de autor o a secretos comerciales, industriales e información no divulgada. En el Ecuador, en el año 2016 entró en vigencia el Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual prevé un tipo de acción por la cual es posible solicitar, de la administración o de un juez, la declaración de que un acto previo, actual o futuro es lícito; es decir, que no infringe los derechos de propiedad intelectual de un tercero, con la excepción de los signos distintivos, que se hallan excluidos expresamente del alcance de este tipo de acciones, a las cuales se denominó “de observancia negativa”. Sin embargo, recién en noviembre del 2020 se dictó el Reglamento de Gestión de los

Conocimientos, el cual reguló la forma cómo debía presentarse y tramitarse este tipo de acciones, no obstante, hasta la fecha no se conoce de la iniciación de ningún trámite de este tipo y, obviamente, tampoco de ninguna resolución relativa a estos procedimientos¹.

Este ensayo realiza una pequeña reseña de las principales legislaciones en las cuales se prevé algún tipo de mecanismo declarativo de no infracción de derechos de propiedad intelectual, así como la forma cómo este ha sido aplicado en la jurisprudencia local, con el objetivo de comprender el alcance dado a la figura y su aplicación, con miras a mejorar el clima de innovación. Posteriormente se hace un análisis de la forma cómo la figura de la observancia negativa está prevista en la legislación ecuatoriana, a fin de predecir los diferentes ámbitos en los cuales podría servir de utilidad. Finalmente, se realiza un análisis comparativo con la legislación y jurisprudencia extranjeras, tendiente a establecer los parámetros y pautas que deberían ser observados al momento de interponer y resolver acciones de este tipo.

LA DECLARACIÓN DE NO INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Son algunas las legislaciones que prevén un mecanismo por el cual una autoridad está facultada para decidir si un acto ha infringido o es susceptible

de infringir un derecho de propiedad intelectual de un tercero, mecanismos que han adquirido distintas formas.

¹ De acuerdo con información proporcionada por las direcciones de propiedad industrial y derecho de autor del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, a diciembre del 2021.

La legislación francesa, por ejemplo, dispone que cualquier persona que pruebe la existencia de una explotación industrial o de preparativos serios para ella está facultada para invitar al titular de una patente de invención a fin de que se pronuncie respecto de la oponibilidad de su derecho respecto de dicha explotación. Con este objetivo se le debe facilitar una descripción de esta. Y, en caso de que la respuesta sea negativa o de que no exista respuesta en el plazo de tres meses, el interesado puede solicitar a las cortes que emitan una decisión respecto de si la patente constituye o no un obstáculo para la explotación industrial en duda, sin perjuicio de otras acciones que cuestionen la validez de la patente o la infracción del derecho, porque la explotación efectivamente realizada es distinta de la presentada en la descripción entregada al titular del derecho.

Las cortes francesas han decidido que la explotación industrial debe ser entendida como la fabricación de un producto, de modo que la comercialización o la importación de mercancías no se hallan abarcadas dentro del concepto de explotación. En consecuencia, la posibilidad de solicitar un fallo declarativo de no infracción queda limitada a quienes se encuentren fabricando un producto presuntamente susceptible de infringir un derecho de patente o empleando un procedimiento para su fabricación en territorio francés.

La legislación alemana, asimismo, prevé en su legislación civil una figura de aplicación más general, por la cual se permite presentar una demanda para que la autoridad judicial determine la existencia o inexistencia de una relación jurídica entre dos partes, el reconocimiento de un título o que se establezca que este es falso. Esta normativa ha sido aplicada por las cortes alemanas de forma que cualquier interesado pueda solicitar la declaratoria de que un acto no infringe el derecho de propiedad intelectual de un tercero, de manera preventiva.

Cosa similar ocurre en países como Italia u Holanda, donde la ley civil contiene la facultad de las autoridades judiciales para emitir fallos declarativos de la existencia o no de una relación jurídica, en la que se

incluye la posible infracción de derechos de propiedad intelectual.

El Reino Unido, si bien basa su ordenamiento jurídico en el *common law*, prevé en su legislación de patentes de forma expresa la existencia de un medio por el cual se faculta a la corte a declarar que un acto no infringe el derecho de patente de titularidad de un tercero; siempre que la persona interesada haya realizado el acto previo de solicitar al titular del derecho su aprobación de que los actos no son susceptibles de infringir sus derechos, y que este no haya dado respuesta o se haya negado a darla.

En la normativa china, una persona puede presentar una demanda para que se emita un fallo declarativo de no infracción cuando ha recibido una comunicación de alerta de parte del titular de una patente. Como requisito para la presentación de la demanda, se requiere que el interesado haya contestado a la comunicación de alerta para exigir al titular del derecho que inicie una acción por infracción y que este no haya retirado su advertencia ni haya iniciado la acción, en vía administrativa o judicial, en el plazo de dos meses desde que le fuera exigido. La posibilidad de aplicar esta figura al derecho de autor y a otros derechos de propiedad intelectual fue autorizada por la Corte Suprema del Pueblo en el caso *Digital Heaven Information & Technology Co., Ltd. v Nanjing Fiberhome Starrisky Communication Development Co., Ltd.*, bajo los mismos parámetros señalados originalmente en relación con las patentes de invención².

Adicionalmente, China es uno de los pocos territorios donde la declaratoria de no infracción es viable en relación con signos distintivos, como resultado del particular sistema de protección de estos en su territorio. En los países de tradición francesa que han adoptado el sistema atributivo de derechos, el procedimiento de oposición a una solicitud de registro y las medidas de observancia regulares hacen redundante e innecesaria la adopción de un mecanismo de declaratoria previa.

En los Estados Unidos de América, los jueces federales tienen la facultad de otorgar un remedio declarativo

² "Analysing non-infringement declaration litigation in China". Acceso el 7 de abril de 2022. <https://www.managingip.com/article/b113w2jsmw19zf/analysing-non-infringement-declaration-litigation-in-china>

en caso de la existencia de una controversia relativa a la posible infracción de una patente, y el peticionario debe demostrar la existencia de la controversia e imponer en el titular de la patente la carga de la prueba para demostrar la existencia de la infracción.

Según se aprecia, no son pocos los países donde se ha autorizado el uso de instrumentos declarativos de no infracción como mecanismos para prevenir, evitar o remediar un conflicto, principalmente en materia de patentes, aunque no siempre limitado a éstas.

En cualquier caso, uno de los elementos principales que se aprecia de las normativas en las cuales se ha desarrollado la figura del fallo declarativo de no infracción, es la existencia de un conflicto o la inminencia de este, bien sea porque se ha enviado una comunicación de alerta o porque se han solicitado medidas cautelares o se han realizado actos tendientes a impedir la explotación de un derecho de propiedad intelectual. No basta, entonces, la sola sospecha del interesado respecto a conocer si un acto de su parte es susceptible de infringir algún derecho de propiedad intelectual, sino que debe existir una posibilidad real de un conflicto.

Normativas como la francesa o la inglesa prevén que el investigador interesado haya realizado una debida diligencia del panorama de derechos existentes y haya identificado la posibilidad de que sus investigaciones puedan invadir el territorio protegido por un título de patente, en cuyo caso debe tomar la iniciativa de contactar al titular, a fin de verificar con él que, en efecto, el acto realizado o que se pretende realizar sea lícito.

En otras jurisdicciones, la posibilidad de acudir ante las autoridades a fin de solicitar una declaratoria de no infracción surge de haber sido apercibidos, por el titular de un derecho, con una alerta sobre una posible infracción.

Las cortes de los Estados Unidos de América, por ejemplo, han decidido que, en ausencia de una controversia actual, una solicitud de fallo declarativo de no infracción puede ser considerada como un abuso del procedimiento judicial que protege a los titulares de patentes de tener que enfrentar litigios injustificados (Shurn III 2003, 3).

Asimismo, la aplicación de la figura de la declaratoria de no infracción requiere, en algunos territorios, del lapso de un tiempo razonable entre el momento en que las partes han tomado contacto entre ellas, y el inicio del procedimiento de declaratoria, especialmente en aquellos países en que se prevé esta especie de negociación previa privada entre las partes, como sucede en China, Francia y el Reino Unido. En los países donde la acción nace de la recepción de un apercibimiento del titular, como en Alemania, Italia u Holanda, no se prevé que la parte deba esperar plazo alguno desde la recepción de la alerta de la infracción para acudir ante las autoridades.

Finalmente, es indispensable que el posible infractor entregue toda la información relevante que permita a las autoridades evaluar la posible infracción de un derecho mediante su cotejamiento con los documentos de patente, obras protegidas por el derecho de autor, información confidencial, etc., de forma detallada y exhaustiva, pues solamente de esta forma se puede arribar a una decisión adecuada en derecho.

Resulta evidente porque la figura de la declaratoria de no infracción de derechos se desarrolló y encontró mayor utilidad dentro del ámbito de las patentes de invención, si se toma en cuenta que, en esta particular área, las situaciones de combinación y yuxtaposición son propias del proceso de investigación e innovación para la mayoría de industrias, una situación que puede derivar en conflictos por los que el titular de una patente puede considerar infringido su derecho, porque un rival ha hecho empleo de una simple yuxtaposición de elementos tomados del estado de la técnica para producir un objeto equivalente al protegido por su patente (Rangel Ortiz 2011, 182).

En principio, los mecanismos tradicionales de observancia exigían que el titular de la patente deba ventilar la infracción ante las autoridades administrativas o judiciales. Pero existía un vacío cuando dicho titular decidía no acudir a estas instancias, sino limitar su accionar al envío de comunicaciones de alerta o a mecanismos de mercado para obstaculizar el ejercicio industrial o comercial del rival, hecho que se ha visto como capaz de atentar contra el clima de innovación que busca promover la propiedad intelectual.

Desde un punto de vista técnico antes que jurídico –sin dejar de mencionar que los conceptos de novedad y nivel inventivo son, en efecto, nociones jurídicas–, la infracción en materia de patentes parecería ser un asunto sencillo y, de manera general, lo es. Si bien las patentes de invención protegen, precisamente, la tecnología más reciente en los diferentes ámbitos de la ciencia, podría pensarse que este arbitrio dificulta su observancia pues requiere expertos en las áreas más novedosas de la técnica, lo cierto es que los conflictos suelen involucrar patentes con, al menos, algunos años de vigencia y que, tan pronto se divulgan, pueden ser rápidamente comprendidas por las personas versadas en la materia, de manera que se hacen inmediatamente obvias. Es común que, al verse expuestos a una solución técnica nueva e inventiva, los investigadores piensen ¿por qué no se ocurrió a mí eso antes? Asimismo, entonces, la determinación de una posible infracción o de su ausencia, será un hecho que un experto podrá constatar, de manera más o menos simple, siempre que cuente con una adecuada divulgación, tanto del objeto protegido por la patente como del producto o procedimiento que podría considerarse capaz de infringirla.

Ahora bien, existen otros mecanismos diseñados para evitar que una posible superposición con el derecho de un tercero coarte la innovación y el desarrollo tecnológico. Uno de ellos se encuentra en la figura de la licencia obligatoria o compulsoria, contemplada en el artículo 31 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), y que prevé la posibilidad de que una persona requiera de la autoridad nacional el otorgamiento de una licencia de una patente, cuando su titular se ha negado a concederla de forma voluntaria. A diferencia de las autorizaciones para uso público no comercial, la licencia obligatoria requiere que el solicitante haya realizado una gestión previa con el titular a fin de obtener una licencia voluntaria de éste, quien debe haberse negado a ella o no haber dado contestación al pedido, hecho que se ve adoptado en algunos de los ordenamientos relativos a las declaratorias de no infracción.

Como signatario del ADPIC, Ecuador también ha previsto en su legislación la figura de la licencia

obligatoria, tanto por la causal de no explotación, como para el caso de dependencia de una invención de la tecnología protegida por la patente de un tercero.

Más recientemente, la figura de la declaratoria de no infracción ha visto una creciente importancia para el derecho de autor, particularmente para la industria musical, en la cual, la libertad de creación de las personas se ve limitada al número finito de notas musicales perceptibles dentro del espectro auditivo humano, y a la combinación armónica de estas para producir una composición musical.

Los conflictos relacionados con la autoría de obras musicales no son nuevos, como recoge el historiador musical y autor Tim English en su libro *Sounds Like Teen Spirit*, en el cual enlista decenas de canciones que, de una u otra manera, suenan de forma similar que otras anteriores de distintos autores. Varios de los casos relatados fueron ventilados en cortes y tribunales, y en número significativo.

Como consecuencia, se necesitó reconocer como coautor de obras musicales nuevas a los creadores de las obras previas, cuando se determinó que existió más que una simple inspiración del autor ulterior. Sin embargo, como se desprende de la propia obra, es difícil encontrar una uniformidad en los criterios por los cuales unas obras se consideraron como trabajos derivativos y otras no, cuando de la simple escucha de las obras enfrentadas, inclusive para oídos entrenados, las semejanzas y coincidencias parecen ser de un mismo rango y, en algunos casos, hasta se aprecian como superiores en obras en que las cortes determinaron ausencia de derivación.

El problema anterior se aprecia también cuando se intenta consensuar en una definición del concepto de plagio, pues según la aplicación sea amplia o estrecha, los autores no han logrado ponerse de acuerdo, ni mucho menos existe algún instrumento jurídico marco que proponga las pautas sobre qué debe entenderse por plagio, hecho que causa especial dificultad en el caso de obras musicales. Desde un punto de vista amplio, el plagio abarcaría varias conductas: la copia servil de una obra previa; la apropiación como propia de una obra ajena y la modificación o transformación

de una obra. Desde un punto de vista más restringido, el plagio se reduce a la imitación fraudulenta o puramente servil (Vega Vega 2018, 37-8).

Las cortes británicas, en cambio, han propuesto un número de factores para determinar si ha existido una apropiación sustancial de la obra de un tercero, es decir, una conducta de plagio. Entre los criterios relevantes se hallan: la calidad y la cantidad de la apropiación, la intención del usuario, si las partes coexisten en un ambiente de competencia, etc. (Frith y Marshall 2004, 84).

Sin embargo, las acciones para la declaratoria de no infracción en la industria musical, aunque todavía

inusuales, han cobrado especial relevancia de forma reciente; por ejemplo, en el caso del cantautor Ed Sheeran, que junto a John McDaid y Steven McCutcheon demandaron a Sami Chokri, quien había solicitado la retención de las regalías generadas por el uso de la canción titulada *Shape of You* por el supuesto plagio de la canción titulada *Oh Why*, interpretada por este.

Si bien las acciones para la declaratoria de no infracción podrían, en teoría, ser aplicables en relación con cualquier otro derecho de propiedad intelectual, las áreas en que se aprecia mayor proyección de su utilidad, y que son las de mayor aplicación en la actualidad, son en materia de patentes y derecho de autor.

LAS ACCIONES DE OBSERVANCIA NEGATIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

El tratamiento de las acciones denominadas de observancia negativa en la legislación ecuatoriana se divide entre los procesos judiciales a cargo de los jueces de lo civil y los procedimientos administrativos a cargo del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI).

Una particularidad de la normativa local es que se distinguen dos supuestos de observancia negativa: la verificación de la licitud de un acto y la reprensión por el abuso de un derecho.

La acción de observancia negativa por utilización lícita, tanto en vía administrativa como judicial, guarda similitud con las figuras que habíamos revisado previamente, y faculta a cualquier persona a entablarla con el fin de conocer si un acto previo, actual o futuro es lícito en relación con algún derecho de propiedad intelectual de un tercero, con la única excepción de los signos distintivos.

Resulta interesante analizar la figura tal como consta prevista en la legislación, a partir del hecho de que ni

siquiera exige que el solicitante cumpla con la calidad de ser un interesado legítimo, pues el encabezado de la norma menciona claramente que el legitimado para entablar la acción es cualquier persona. Solo a manera de referencia, se puede hacer una analogía con la acción de nulidad del registro de una marca prevista en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina (Decisión 486), que a diferencia de otras acciones como la de cancelación, otorga la facultad para interponerla a cualquier persona; en consecuencia, resulta interesante analizar qué ha interpretado al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Por lo tanto, en relación con quiénes pueden ser titulares de la acción de nulidad relativa de un registro de marca, la norma transcrita es clara al determinar que puede iniciar una acción de nulidad cualquier persona, para lo cual no es necesario probar que se tiene legitimación para hacerlo.”³

Sin embargo, la norma sí previene que la acción de observancia negativa por utilización lícita deberá ser

³ Proceso 65-IP-2015, 25.

interpuesta por la persona que ha realizado, se encuentra realizando o pretende realizar el acto cuya licitud cuestiona; pues indica que quien interponga la acción deberá tener la intención de conocer sobre la licitud de *sus* actos, no la de aquellos de un tercero, de modo que al menos debe existir un interés personal del peticionario.

Ahora bien, otro elemento relevante es que la norma prevé expresamente que la interposición de la acción no depende de la existencia de un apercibimiento previo de parte del titular del derecho o de un tercero sobre una posible infracción; sin embargo, el procedimiento a ser observado por el juez o la administración exige que se notifique al titular del derecho, cuando aquel esté reconocido en el Ecuador, sobre la interposición de la acción.

Esta norma se aleja de la práctica observada por otras legislaciones, que prevén, ya sea una negociación privada previa entre las partes o, de plano, la necesidad de un apercibimiento por parte del titular del derecho sobre una posible infracción. Según nuestro criterio, la explicación dada por las cortes estadounidenses del porqué de la necesidad de un acto previo del titular del derecho es necesaria, lógica y coherente. De lo contrario, puede desembocar en un abuso del procedimiento judicial o administrativo, y provocar una sobrecarga innecesaria en el sistema que puede verse motivada por la simple curiosidad del interesado, más aún si se toma en cuenta que, de por sí, el sistema ecuatoriano se ve saturado y sobrepasado por el número de procedimientos en relación con la capacidad para su adecuada atención. Pero también, por otro lado, la ausencia de necesidad de un apercibimiento previo por parte del titular de un derecho, que sin embargo debe ser notificado en caso de que se presente una acción de observancia negativa en relación con un derecho del que es titular, significa un costo imprevisto e indeseado para éste, que, aun cuando decida no intervenir en el procedimiento, no dejará de analizar la fundamentación de la acción y consultar con técnicos y abogados a fin de evaluar su pertinencia.

La acción de observancia negativa por abuso del derecho es una figura que no se aprecia en otras legislaciones, al menos en el sentido con el que aparece la

normativa ecuatoriana, entre las facultades declarativas de jueces y oficinas nacionales, razón por la cual constituye una figura más bien novedosa y propia de la legislación local. Sin embargo, es nuestro criterio que, en parte, precisamente por tratarse de una innovación, aquella presenta más críticas que beneficios aparentes.

La intención de la acción de observancia negativa por abuso del derecho parece ser la de evitar y reprimir el ejercicio abusivo de un derecho de propiedad intelectual, que incluye la posibilidad de suspensión de medidas cautelares adoptadas o de actos tomados por terceros, a solicitud del titular de un derecho o de una parte interesada. Ya de por sí, en este párrafo se aprecia una falta de claridad respecto del propósito de la acción, pues parece querer englobar múltiples situaciones en un mismo saco.

Las acciones de observancia negativa, es obvio, tienen su génesis en los procedimientos de declaración de no infracción, y tienen como fin prevenir, evitar o solucionar un conflicto entre dos partes. En el caso del ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio de un tercero, el conflicto entre las partes ya se ha suscitado, de modo que cualquier acción tendiente a cesar el acto abusivo tendrá más cercanía con cualquier tipo de acción denominada positiva, en contraposición a esta diferenciación que pretende hacer el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

El ejercicio abusivo de cualquier derecho es susceptible de ser reclamado ante las cortes y tribunales en el ámbito civil, y la consecuencia de una acción de este tipo, de encontrarse mérito en ella, será la cesación del acto abusivo, así como la indemnización por los perjuicios causados, de ser el caso. No se requería la implementación de una acción particular para este propósito, pues las leyes existentes ya prevenían esta posibilidad.

Asimismo, si se piensa en la suspensión de medidas cautelares, estas se interponen de acuerdo a un procedimiento reglado ante una autoridad; y, de esta manera, su oposición puede ser realizada dentro del mismo procedimiento. Adicionalmente, una de las causales

por las que la autoridad puede no imponerlas o derogarlas sería el hecho que aquellas puedan suponer un abuso de los derechos del titular, un asunto que debe ser ventilado dentro del mismo ámbito.

En consecuencia, si bien se aprecia la intención del legislador de brindar mecanismos específicos pensados en la prevención del ejercicio abusivo de derechos, es nuestro criterio que la acción de observancia negativa por abuso del derecho presenta inconsistencias que pueden derivar, a su vez, en su ejercicio abusivo por parte de infractores, como mecanismo para evitar la imposición de sanciones o medidas cautelares en su

contra, de suerte que el remedio podría resultar más perjudicial que la enfermedad.

En cualquier circunstancia, la tramitación del proceso por la vía judicial debe seguir el procedimiento sumario previsto de la legislación procesal; en tanto que, por la vía administrativa, el procedimiento está establecido en el propio Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual prevé un plazo para que el titular del derecho conteste la acción, así como un término para presentación de pruebas y la realización de una audiencia para presentación de alegatos.

CONCLUSIONES

Las acciones para la declaratoria de no infracción constituyen un mecanismo adecuado para balancear el ejercicio y observancia de los derechos en favor de los usuarios, investigadores e innovadores, cuya finalidad se halla en línea con el interés del derecho de propiedad intelectual de generar un ambiente propicio para la innovación y el desarrollo cultural y tecnológico.

La decisión de los legisladores ecuatorianos de incluir una figura de declaratoria de no infracción en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación da cuenta de su interés de promover las industrias creativas en el país. Sin embargo, la ausencia de acciones presentadas a partir de la vigencia del Código en el año 2016 demuestra que se necesita algo más que leyes innovadoras para generar un ambiente propicio para la innovación o para convertir al Ecuador en un jugador importante dentro de las industrias de la economía del conocimiento. Con todo, la figura prevista en la normativa nacional no se halla exenta de cuestionamientos y críticas, motivo por el cual se hace necesario que ella sea revisada y, por qué no, llevar a cabo modificaciones que la vuelvan más eficiente de cara a un momento en que pueda constituirse como una verdadera herramienta para la innovación.

En primer lugar, se hace necesario que las acciones de observancia negativa se vean precedidas de una alerta

de infracción provista por el titular del derecho, bien sea por su propia iniciativa o a requerimiento del interesado, respecto al uso de la tecnología. No es conveniente proponer medios que sean capaces de crear un estrés adicional en las autoridades judiciales y administrativas sin al menos la amenaza de la existencia de un posible conflicto, pues las medidas preparatorias de investigación del estado de la técnica por parte de un innovador pueden ser llevadas a cabo por agentes especializados en la materia, sin necesidad de involucrar al Estado en este contexto de las circunstancias. Esta situación también presenta una oportunidad para los agentes de propiedad intelectual de incorporar a sus prácticas los estudios detallados para verificar la inexistencia de infracciones, mediante una aproximación técnico-jurídica. Al respecto es preciso indicar que, al menos en la legislación ecuatoriana, una declaratoria de no infracción o uso lícito genera una presunción de hecho en favor del peticionario, vale decir, aquella que puede ser probada en contrario dentro de un procedimiento de observancia regular por parte del titular de un derecho, de manera que la existencia o no de la declaratoria por parte de un ente oficial, o de un analista privado, no modifican el requisito de que quien alega que existe una infracción a su derecho deba demostrarla dentro de un procedimiento.

Por otro lado, la exigencia de algún tipo de interacción previa entre las partes involucradas facilita la

adopción de soluciones extrajudiciales entre ellas, una decisión que también es deseable; ya que aleja a las partes del conflicto, que significa inmiscuir al poder de arbitraje del Estado, de modo que necesariamente se vuelve contencioso un asunto que podría haber sido negociado de manera privada.

Las alternativas en este contexto pueden adoptar alguna de las formas que se han previsto en legislaciones comparadas, tal como la necesidad de la espera de un plazo entre la recepción de la alerta y la presentación de la acción de declaratoria de no infracción, pues en materia de innovación, el tiempo de espera puede ser motivación suficiente para buscar una solución amistosa. O tal vez la exigencia de que la parte que haya recibido el apercibimiento de una posible infracción pueda contestarlo solicitando al titular del derecho que retire su advertencia, bajo prevención de que, de no hacerlo, se podrá acudir a la administración para que zanje la disputa.

Otra alternativa sería que se exija al titular del derecho que sea él quien dé inicio al proceso de observancia dentro de un plazo luego de haber remitido su comunicación de alerta o de haber recibido un pedido del investigador respecto de la licitud de sus actos, a cuyo vencimiento se facultaría para dar inicio a la acción de observancia pertinente.

La existencia de una amenaza que penda indefinidamente sobre el emprendimiento de una persona no beneficia a la innovación ni a la producción y creación de bienes intelectuales; por lo tanto, no será deseable que el titular de un derecho pueda permanecer eternamente en estado de posible reprensión por parte de un tercero. De ahí que la ausencia de presentación de una acción formal de infracción en un tiempo prudente facultaría a la parte amenazada para acudir ante la autoridad, con la justa expectativa de que sea esta quien la libere de la duda sobre la licitud de los actos y permita el progreso de la empresa en un ambiente adecuado de tranquilidad.

Por otro lado, la existencia de un marco establecido por los intercambios entre las partes facilitaría el trabajo estatal, pues se actuaría dentro del contexto

específico de una infracción puntual. De la forma como actualmente se halla prevista la figura de la acción por observancia negativa de utilización lícita, aquella puede ser enfocada desde un punto de vista completamente amplio, de manera que se dificulte la labor del examinador.

En efecto, este deberá dirigir su análisis hacia innumerables situaciones hipotéticas, si se toma en cuenta que las invenciones suelen ser protegidas en diversas configuraciones y realizaciones, cada una de las cuales, con sus respectivas variables, requeriría de un análisis particular que podría volver interminable el trabajo de las oficinas o los jueces.

Esta situación también beneficiaría la carga de la prueba que recae sobre el peticionario, pues aquella estará enfocada en los términos en los que el titular de la patente ha considerado que existiría una infracción sobre su derecho. Bajo el supuesto previsto en la normativa ecuatoriana, al menos respecto al derecho de patentes, el peticionario estará obligado a demostrar cómo sus actos no constituyen infracción ninguna, respecto de cada una de las modalidades o realizaciones previstas por un documento de patente, en lugar de enfocarse exclusivamente en el ámbito en el que el titular ha individualizado la posible infracción, un procedimiento más simple que abarata el costo del litigio.

Finalmente, la acción de observancia negativa por abuso del derecho aparece como poco desarrollada y de difícil aplicación, pues el ámbito al que es aplicable no se define claramente dentro de la norma. Si bien se comprende el sentido que el legislador tuvo al momento de incluir esta figura en la legislación como medio para prevenir el abuso de derechos por parte de sus titulares, el ordenamiento jurídico ya prevé que el ejercicio abusivo de cualquier derecho da lugar al ejercicio de mecanismos legales para cesarlo y repararlo, de manera que no se encuentra mayor utilidad en la figura particular que consta en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, razón por la cual, no se debe descartar su reingeniería total, o de plano su eliminación al interior de la normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- European Patent Academy. “Declarations of non-infringement and compulsory licenses”. Acceso el 7 de abril de 2022. https://e-courses.epo.org/wbts_int/litigation/NonInfringement.pdf
- Frith, Simon y Lee Marshall (Ed.). 2004. *Music and Copyright*. Nueva York: Routledge.
- García Paredes, Luis Alfredo. 2018. “La Observancia de los derechos de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana. Análisis con referencia especial al ámbito de los derechos de autor”. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Rangel Ortiz, Horacio. 2011. *La Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/627/wipo_pub_627.pdf
- Sag, Matthew y Jake Haskell. 2018. “Defense Against the Dark Arts of Copyright Trolling”. *Iowa Law Review* 571. Acceso el 7 de abril de 2022. <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-103-issue-2/defense-against-the-dark-arts-of-copyright-trolling/>
- Shurn III, Peter J. 2003. “Using Declaratory Judgements Offensively in Patent Cases-DJ Jive”. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 1: 1-18. <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=ripl>
- Vega Vega, José Antonio. 2018. *El plagio como infracción de los derechos de autor*. Madrid: Editorial Reus.

Normativa y jurisprudencia

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 65-IP-2015, 15 de octubre de 2015.

DOLO, MANIFIESTA NEGLIGENCIA Y ERROR INEXCUSABLE
Una mirada a la sentencia N.º 3-19-CN/20 y la posterior reforma de diciembre
de 2020 al Código Orgánico de la Función Judicial

MALICE, MANIFEST NEGLIGENCE AND INEXCUSABLE ERROR
A Look at Judgment N.º 3-19-CN/20 And the Subsequent Reform of December
2020 to the Organic Code of the Judicial Function

DOLO, MANIFESTADA NEGLIGÊNCIA E ERRO INEXCUSÁVEL
Uma visão sobre a sentença N.º3-19-CN/20 e a posterior reforma de dezembro
de 2020 ao Código Orgânico da Função Judicial

*Wesley Narváez Andrade**

Recibido: 18/IV/2022

Aceptado: 27/VI/2022

Resumen

El presente artículo realiza un análisis del requerimiento de declaración jurisdiccional previa como requisito de procedibilidad para la posterior sanción de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable como causales de destitución de un operador de justicia. Para ello, se estudia la sentencia N.º 3-19-CN/20, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, y la consecuente reforma al Código Orgánico de la Función Judicial de diciembre de 2020.

Palabras clave: Facultad disciplinaria; Declaración jurisdiccional previa; Sumario administrativo; Independencia judicial; Responsabilidad judicial

Abstract

This article carries out an analysis of the requirement of a prior jurisdictional declaration as a procedural requirement for the subsequent sanction of fraud, manifest negligence, and inexcusable error as grounds for dismissal of a justice operator. To do so, we study the judgment No. 3-19- CN/20, issued by the Constitutional Court of

Ecuador, and the consequent reform to the Organic Code of the Judicial Function of December 2020.

Key words: Disciplinary faculty; Prior jurisdictional statement; Disciplinary proceeding; Judicial Independence; Judicial liability

Resumo

O presente artigo realiza uma análise do requerimento da declaração jurisdiccional prévia como requisito de procedibilidade para a posterior sanção de dolo, manifestada negligência e erro inexcusável como causas de destituição de um operador de justiça. Para isso, se estuda a sentença N.º3-19-CN/20, ditada pela Corte Constitucional do Equador, e a consecuente reforma ao Código Orgânico da Função Judicial de dezembro de 2020.

Palavras chave: Faculdade disciplinar; Declaração jurisdiccional previa; Processo disciplinar; Independência judicial; Responsabilidade judicial

* Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad de las Américas. Se desempeña como abogado litigante en Derecho Civil y tiene experiencia en el área de cobranza tanto judicial, como extrajudicial, y coactivas. Correo electrónico: wesleynarvaez10a@gmail.com

Cómo citar este artículo: Narváez Andrade, Wesley. 2022. "Dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 141-155.

Siglas y abreviaturas

| | | | |
|--------|--|------------|---|
| CADH: | Convención Americana de Derechos Humanos | Corte IDH: | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CCE: | Corte Constitucional del Ecuador | LEAJ: | Ley Estatutaria de la Administración de Justicia |
| CJ: | Consejo de la Judicatura | LOFJ: | Ley Orgánica de la Función Judicial |
| CNJ: | Corte Nacional de Justicia | LRCFJ: | Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial |
| CRE: | Constitución de la República del Ecuador | SRI: | Servicio Nacional de Rentas Internas |
| COFJ: | Código Orgánico de la Función Judicial | | |
| COGEP: | Código Orgánico General de Procesos | | |

INTRODUCCIÓN

¿En qué medida acertó la Corte Constitucional ecuatoriana al establecer la declaratoria jurisdiccional previa como requisito para la aplicación de la sanción de destitución a un operador de justicia, a raíz de la aplicación de las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable? La declaratoria jurisdiccional previa constituye un avance en torno a la correcta aplicación de las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable como causales de destitución para un operador de justicia.

En primer lugar, la Corte Constitucional acertó en su decisión contenida en la sentencia N.º 3-19-CN/20, dentro del Caso N.º 3-19-CN, al resolver la constitucionalidad condicionada del artículo 109, numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. En segundo lugar, la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, como parte de la ejecución de la sentencia, reguló dichas figuras con la

finalidad de concretar la seguridad jurídica y el debido proceso que debe observarse para su aplicación. En específico, detalló de manera pormenorizada la forma en que debe llevarse a cabo la declaración jurisdiccional previa al inicio del sumario administrativo al operador de justicia que potencialmente será sancionado.

Antes de emprender el análisis correspondiente de las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, y la declaración jurisdiccional previa, como requisito de procedibilidad para sancionar a un operador de justicia, es menester entender el sentido, así como el alcance, de la independencia y responsabilidad judicial. Estos principios son dos ejes fundamentales en el desarrollo de la labor judicial y pueden verse seriamente afectados al momento de la imposición de una sanción que no obedezca a criterios netamente objetivos.

INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL

1. Independencia judicial

La independencia judicial es un pilar fundamental para que un estado de derecho pueda considerarse como tal. Lamentablemente, en el contexto latinoamericano, la independencia judicial no se ha desarrollado de manera adecuada, con miras a lograr que los juzgadores realicen su actividad sin ningún tipo de injerencia de orden político, económico o social.

La CRE determina que los órganos de la Función Judicial tendrán independencia interna y externa. Adiciona que toda contravención a este principio implica responsabilidad administrativa, civil y penal de conformidad con la ley (artículo 168, numeral 1). Este principio se encuentra reconocido no solo a nivel constitucional sino también legal (COFJ, artículo 123). En ese mismo sentido, el principio de independencia judicial debe ser entendido como la garantía

que tienen los miembros de la función judicial de realizar su labor, evidentemente ceñida a la CRE, la ley y los tratados internacionales, sin injerencia de ningún orden que provenga de órganos internos o externos, y sin someterse a control político por parte de órgano administrativo alguno.

Si en una sociedad en específico, las normas son usualmente aplicadas de manera efectiva, es decir, se cumplen en la realidad gracias a operadores de justicia relativamente imparciales, es acertado señalar, al menos en términos generales, que en esa sociedad existe un estado de derecho. No ha sido el caso de gran parte de los países latinoamericanos (Pasará 2015, 9). En otras palabras, la independencia judicial debe observarse como una pauta de conducta a la que se busca llegar; y, siempre que de manera general se cumpla, es acertado mencionar que en ese territorio existe un estado de derecho. Adicionalmente, la independencia judicial y el acceso a la justicia son fundamentales para la gobernabilidad, en el sentido de que aseguran el respeto a los derechos que proporciona el andamiaje jurídico a todos y cada uno de los ciudadanos (Wilson M, Rodríguez, Handberg 2020, 98). En esa línea de pensamiento, la independencia judicial constituye no solo una garantía para cualquier juzgador, sino un derecho humano fundamental de los ciudadanos, reconocido tanto a nivel internacional (CADH, artículo 8, numeral 1) como a nivel nacional (CRE, artículo 76, numeral 7, literal k).

Otro instrumento de carácter internacional que reconoce y plasma la importancia de la independencia judicial son los Principios de Bangalore que, mediante una resolución de julio de 2006 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, determinaron que: “La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales” (2006, 9).

Los mayores niveles de independencia judicial tenían como fin ulterior reducir los posibles abusos de poder por parte del ejecutivo (Sousa 2016, 101). En definitiva, la independencia judicial viene a robustecer

la división de funciones, elemento indispensable para una verdadera democracia. Dicho de otra forma, la independencia judicial es un elemento necesario no solo en la función judicial para que jueces y operadores de justicia realicen su labor, sino que juega un papel fundamental en un sistema de pesos y contrapesos, donde quien crea la ley, o la ejecuta, no administra justicia.

Lamentablemente, son limitadas las muestras de poderes judiciales en óptimas condiciones que luchan por su propia independencia; además, cuesta creer la idea de que los otros poderes del Estado les otorgarán esta independencia, al menos en la coyuntura política latinoamericana (Correa 2016, 12). Por esta razón, el objetivo es lograr una función judicial independiente que actúe sin presiones de ningún orden. Y justo es en este punto en el que las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable cobran importancia; toda vez que se debe evitar emplearlas como herramientas de control político del quehacer judicial.

En el caso ecuatoriano, el principio de independencia se veía seriamente afectado cuando el CJ sancionaba directamente a jueces mediante la aplicación del error inexcusable como causal de destitución, conforme disponía el artículo 109, numeral 7 del COFJ. A pesar de que el mismo cuerpo legal, en los artículos 125 y 131 numeral 3, determinaba que, previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador, era necesario que, ya sea de oficio o a petición de parte, el tribunal que haya sido competente para el conocimiento y resolución de la causa determine, vía recurso, reclamación o queja, que existió error judicial, conforme se verá más adelante.

Ahora bien, existen varios tipos de independencia judicial que han sido desarrollados en la doctrina, así como también por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, específicamente en la sentencia 3-19-CN/20, tal como se pronto mostraremos. Estos tipos de independencia pretenden abordar el concepto desde distintas aristas, y serán analizadas en el presente artículo.

Para la Corte Constitucional, la independencia judicial externa “Hace referencia a la que tienen estos órganos de la Función Judicial respecto a otras funciones

del Estado y, en general, respecto a injerencias provenientes de fuera de la Función Judicial¹. Dicho de otro modo, la independencia judicial externa busca garantizar que la función judicial goce de autonomía, respecto de las demás funciones del Estado en el desarrollo de sus labores.

A decir de Santiago Basabe, la independencia judicial interna se puede definir como “Aquella que observa la influencia que los jueces superiores podrían ejercer sobre sus colegas de inferior nivel dentro de la jerarquía del Poder Judicial” (2015, 20). Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado al respecto que “Es aquella que los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial tienen entre sí y en relación con otros órganos de la misma Función”².

En otras palabras, por independencia interna se debe entender a la facultad que tienen los magistrados para conocer y resolver una determinada controversia sin la injerencia de un órgano propio de la función judicial, incluso si este cuenta con una jerarquía superior. Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que, en términos generales, existe independencia judicial positiva cuando “El juez puede interpretar la ley y argumentar jurídicamente de forma autónoma”³. Cabe recordar que un juez independiente constituye un pilar fundamental para que tenga lugar el debido proceso como derecho fundamental de todos los ciudadanos. De esta manera, la independencia judicial positiva permite el ejercicio de varios derechos constitucionales, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige al juzgador decidir con la única limitante del ordenamiento jurídico.

Con relación a la independencia judicial negativa, la Corte Constitucional ha sostenido que “El juez o jueza independiente se caracteriza por administrar justicia libre de injerencias (independencia negativa)”⁴. A diferencia de la independencia judicial interna o externa, que diferencian el origen de donde proviene la posible interferencia en el desarrollo de la labor judicial, la independencia judicial negativa simplemente

busca asegurar que no existan injerencias, sin distinguir de donde provengan.

Finalmente, en cuanto a la independencia judicial *de jure*, la Corte Constitucional ha señalado que, “Debido a la gran importancia de la independencia judicial, el marco para el ejercicio adecuado de la misma está formulado en el propio sistema jurídico. Por ende, el juez o jueza independiente se caracteriza por administrar justicia conforme a Derecho (principio de juridicidad)”⁵. Dicho de otra forma, el andarivel donde la actividad jurisdiccional se desenvuelve es, evidentemente, la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos; claro que la independencia judicial no llega al punto de permitir que el juzgador rebase cualquier límite legal o constitucional al momento de decidir.

2. Responsabilidad judicial

No obstante, si bien es cierto que la independencia judicial juega un rol protagónico para lograr una función judicial saludable, no es menos cierto que su contrapartida, la responsabilidad judicial, viene a lograr un equilibrio o contrapeso completamente necesario en la labor judicial. En las próximas líneas se buscará dilucidar el sentido y alcance de la responsabilidad judicial.

Si bien la independencia del poder judicial es una condición indispensable para que tenga lugar un régimen democrático, ella puede entrar en pugna con el “creciente consenso en Latinoamérica respecto del valor del escrutinio democrático y el control de las instituciones públicas, inclusive los tribunales” (Macaulay 2020, 149). En otras palabras, la actividad de los tribunales no puede ejecutarse sin ningún tipo de control, a causa de un principio de independencia judicial mal entendido. La independencia judicial encuentra su límite precisamente en la responsabilidad judicial.

El objetivo es conseguir que los jueces no dependan del gobierno de turno y del poder legislativo, y que

1 Sentencia N.º 3-19-CN/20, p. 6.

2 *Ibidem*.

3 *Ibidem*, p. 7.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

tampoco esa independencia tergiversada desemboque en la creación de un cuerpo estamental que no responda a los valores y necesidades sociales (Bertrand citado en Bordalí 2019, 163). Sería un error que los miembros de la función judicial, amparados en el principio de independencia, actúen de manera indiferente al clamor social, toda vez que el juez, como miembro de la función judicial, tiene el deber de salvaguardar, entre los ciudadanos y el Estado, aquellos derechos y garantías reconocidos en la CRE, a través de la aplicación de varios principios, entre ellos, los de justicia, imparcialidad, igualdad y equidad (Zambraño 2016, 73).

El legislador ecuatoriano ha aterrizado en la realidad la responsabilidad judicial, a través de la inclusión de varias normas en el ordenamiento jurídico, así como también con la enunciación de los deberes que tienen los juzgadores y las consecuencias que se producen en caso de incumplimiento de alguno de estos mandatos. En las siguientes líneas se procederá a analizar el asidero jurídico que tiene la responsabilidad judicial.

El primer inciso del artículo 172 de la CRE determina que “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”. Se puede evidenciar que el terreno de juego de los juzgadores para realizar su labor está condicionado, según la CRE, al indefectible respeto a la misma Constitución, la ley y los instrumentos que reconocen derechos humanos.

El inciso tercero del artículo 172 de la CRE establece que “Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. Los juzgadores podrían acarrear responsabilidad por retardo, en caso de que una causa exceda un plazo razonable para ser resuelta.

La Corte IDH ha determinado que “Los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo son: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso” (Caso Jenkins vs. Argentina, párr. 106).

El primer elemento hace referencia a la labor intelectual que debe realizar el juzgador al momento de resolver el caso. Conviene recordar que existen casos fáciles, difíciles y catastróficos. El segundo componente se relaciona directamente con el principio dispositivo que determina: “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de “parte legitimada” (COFJ, artículo 19).

El tercer elemento del plazo razonable es el que guarda estrecha relación con la responsabilidad judicial, en el sentido de que, si el proceso no ha obtenido una resolución en un plazo considerable a causa de una falta de respuesta a los pedidos de las partes, sea por la causa que fuere, generará responsabilidad para el juzgador. Ahora bien, el artículo 172 de la CRE, que es objeto de análisis, también señala que los juzgadores serán responsables por negligencia. Es acertado señalar que esta disposición constitucional da lugar a la posible sanción de destitución por parte del Consejo de la Judicatura, que será analizada más adelante.

El concepto de responsabilidad en que pueden incurrir los miembros de la función judicial se desarrolla también en el COFJ, en el artículo 104, donde se establece que serán sancionados por las infracciones que cometieren en el ejercicio de sus funciones. De igual manera se detalla que, en caso de existir responsabilidades civiles o penales, se manejarán por separado.

El artículo 105 del cuerpo legal antes citado precisa las clases de sanciones disciplinarias que existen, entre las que se tiene: i) Amonestación escrita, que vendría a ser un llamado de atención bastante leve; ii) Sanción pecuniaria que no exceda del diez por ciento de su remuneración mensual, que constituye un grado más elevado de amonestación que incluye un rubro económico que debe ser cubierto por parte del sancionado; iii) Suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días, que representa un escalón previo a la sanción más fuerte que se puede interponer; iv) Destitución, una sanción sobre la cual se volverá más adelante.

En síntesis, independencia y responsabilidad judicial son dos caras de una misma moneda. Tal y como se dijo, la independencia judicial no puede ser absoluta,

ya que podría prestarse para robustecer al poder judicial, al punto de generar decisiones arbitrarias que observen disposiciones legales y constitucionales. Por

otra parte, una responsabilidad judicial mal entendida puede dar lugar al control de la actividad jurisdiccional de los magistrados, inclusive con tinte político.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO, ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

El régimen disciplinario debe entenderse como un instrumento que coadyuve al desarrollo de un mejor sistema de justicia, en estricta observancia del debido proceso. Las potestades en el ámbito de control disciplinario deben tener como soporte reglas previas, claras, transparentes y no arbitrarias, según dispone la CRE y el derecho, sin que sea posible realizar interpretaciones subjetivas (Orquera Cadena 2017). En Ecuador, el régimen disciplinario ha sufrido una serie de cambios que serán analizados hasta llegar a las facultades de control actual que tiene el CJ.

Un hito muy importante en la regulación disciplinaria de los miembros de la función judicial es la entrada en vigencia de la CRE del 2008; dado que la LOFJ, promulgada en el registro oficial 636 del 11 de septiembre de 1974, no iba acorde con el catálogo de derechos establecidos en la CRE ni con la serie de estándares desarrollados a nivel internacional en los últimos años. Además, la disposición transitoria primera de la CRE establecía un plazo máximo de 120 días a partir de su entrada en vigencia, para que el órgano legislativo aprobara las leyes que iban a regular la función judicial y el CJ.

En efecto, se promulgó el COFJ en marzo de 2009, como la principal norma de regulación de la función judicial, que trajo consigo las categorías de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, como infracciones graves y causales de separación únicamente para fiscales y defensores públicos. Con la reforma judicial se buscaba regular el control disciplinario, con la finalidad de lograr que la población confíe en la justicia, toda vez que el modelo vertical que se mantenía en la judicatura carecía de la mencionada confianza o legitimación (Rosero Córdova 2018).

Más adelante, “una nueva orientación no solamente produjo cambios respecto del rol de los jueces, sino también de su máximo órgano administrativo, es

decir, el CJ, cuyas atribuciones se vieron modificadas y reforzadas tras la aprobación del referéndum y consulta popular del 7 de mayo de 2011, cuyas preguntas sometidas a consulta popular se relacionaban con el funcionamiento de la administración de justicia” (Cando 2018).

De esta manera, en julio de 2011, en el segundo suplemento del Registro Oficial 490 se reformó el COFJ, y se incluyó a las y los juzgadores dentro de los funcionarios que podían ser sancionados por parte del CJ a través del error inexcusable, dolo y manifiesta negligencia.

1. Facultad disciplinaria del CJ

El artículo 181 de la CRE determina, como una facultad del CJ, dirigir los procesos de selección de jueces y el resto de los servidores de la función judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones deberán estar debidamente motivadas. Por lo tanto, por disposición constitucional, el CJ tiene la capacidad de sancionar a operadores de justicia. Sin embargo, “Los altos magistrados de los consejos de judicatura no han sido los mejores guardianes de la independencia judicial reconocida a nivel legal” (Arnel Medina, Carlos Balseca y Cecilia Peñaherrera 2017, 39).

Ahora bien, entre todas las infracciones en que puede incurrir un juzgador, llama la atención las infracciones graves conocidas como dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable (COFJ, art. 109, numeral 7), que daban lugar a la sanción de destitución al juzgador. Por ejemplo, el Consejo de la Judicatura consideraba que tenía “La competencia para destituir a operadores de justicia por la causal de error inexcusable, sin la necesidad de contar con una declaración judicial previa en este sentido” (Balseca Ávila 2017).

2. Caso real de destitución por error inexcusable sin declaración jurisdiccional previa

Para muestra de que el CJ destituyó jueces sin que existiera una declaratoria jurisdiccional previa, se tiene el expediente disciplinario signado con el número de causa D-0879-UCD-2013-PM (Peñaherrera Navas 2018). Mediante el citado procedimiento administrativo, el CJ destituyó a los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de los cargos de Juez y Conjuez Nacional de la CNJ, por haber incurrido en falta de motivación y error inexcusable (COFJ, artículos 108, numeral 8 y 109 numeral 7).

El CJ determinó el cometimiento de error inexcusable por parte de José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, dentro de un procedimiento que llegó a conocimiento de la CNJ como producto de un recurso de hecho que se interpuso en contra de “La sentencia emitida el 2 de agosto de 2010 por la Cuarta Sala del Tribunal de lo Fiscal No. 1, que decidió aceptar la supuesta subcapitalización en la que estaba inmersa la empresa de Oleoductos de Crudos Pesados. Esta subcapitalización presuntamente habría menoscabado la recaudación del SRI. El 18 de julio de 2013, los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, casaron parcialmente la sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. Producto del fallo, fue favorecida con su fallo la empresa de Oleoductos de Crudos Pesados” (Peñaherrera Navas 2018).

Frente a esta situación, el entonces director general del SRI, Carlos Marx Carrasco, presentó una acción extraordinaria de protección, en donde se determinó que el fallo de los jueces José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela había vulnerado el derecho al debido proceso, específicamente en la garantía de la motivación. Como consecuencia, la Corte Constitucional dejó sin efecto el fallo emitido por la CNJ. A la par, el director general del SRI presentó una queja ante el CJ por el supuesto cometimiento de error inexcusable por parte de los mencionados jueces, que terminó con la sanción de destitución del cargo para ambos magistrados el 20 de diciembre de 2013.

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, varios años después de los hechos ocurridos, el 10 de junio de 2020, a través de la sentencia emitida en el juicio N.º 17811- 2014-0463, declaró la ilegalidad de la resolución emitida por el pleno del CJ el 20 de diciembre de 2013, dentro del expediente disciplinario signado con el N.º D-0879- UCD-2013-PM, que destituyó a los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela.

A través de la resolución 065-2020, el CJ dispuso acatar la sentencia de la CNJ de 10 de junio de 2020 y reintegrar a sus cargos a los doctores José Suing y Gustavo Durango⁶. Posteriormente, mediante la resolución N.º 08-2020, la CNJ resolvió reintegrar al doctor José Dionicio Suing Nagua a la Sala especializada de lo Contencioso Tributario.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL DOLO, MANIFIESTA NEGLIGENCIA Y ERROR INEXCUSABLE

Previamente a la reforma de diciembre de 2020 que sufrió el COFJ no existía norma legal alguna dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador que definiera de manera clara en qué consistía el error inexcusable; mientras que el dolo, y la manifiesta negligencia encontraban cierta regulación en normas ajenas al régimen disciplinario. El autor Felipe Larrea, con anterioridad a la mencionada reforma, señalaba,

en relación al error inexcusable, que “En nuestro país no existe un desarrollo a nivel normativo que defina en qué consiste el error inexcusable y cuáles son los elementos que componen esta figura administrativa de carácter sancionador” (Larrea Dávalos 2018). En ese sentido, era necesario “Dotar de contenido, con la utilización del derecho positivo al error inexcusable y la manifiesta negligencia, definiendo los

⁶ Mario Alexis González. “Dos jueces destituidos por el correísmo vuelven a sus cargos”. Diario Primicias, 19 de febrero 2020. Acceso el 18 de abril de 2022. <https://www.primicias.ec/noticias/politica/dos-jueces-destituidos-por-el-correismo-vuelven-a-sus-cargos/>

macro-supuestos de aquellos” (Cervantes Valarezo 2018), ya que, sin una descripción clara de su sentido y alcance, las mencionadas figuras se encuadraban como conceptos jurídicos indeterminados.

El problema de la carencia de una definición clara y concreta respecto de la manifiesta negligencia y el error inexcusable radicaba en que podían prestarse para interpretaciones de diversa índole e incluso como un mecanismo al servicio del poder político. Cabe mencionar que: “Un estado donde los jueces sean coaccionados por parte de gobernantes, legisladores y políticos, ya no puede ser considerado un estado de derecho” (Echandía 2019, 102).

Es de vital importancia que existan mecanismos determinados para el control de la actividad judicial, que no dejen lugar a interpretaciones extensivas que

permitan poner dichos mecanismos al servicio del poder de turno.

Rafael Oyarte, con el propósito de ensayar una definición de error inexcusable, sostenía que: “Es el error grosero, aquel que deja ver una extrema ignorancia o ineptitud en el juzgador” (2016, 236). Es decir, el error inexcusable podía entenderse como una falla que comete un juzgador por inobservar las normas jurídicas de manera seria. Dicho en otras palabras, la responsabilidad de un operador de justicia se ve comprometida cuando existe desconocimiento de prescripciones legales básicas o de los principios generales que dan sentido al Derecho, y también la valoración de la prueba de manera discrecional. Se puede señalar, a manera de ejemplos, cuando existen normas derogadas y se aplican, o cuando se implementa una expedida pero no vigente aún (Sarango Rodríguez 2020, 24).

SENTENCIA N.º 3-19-CN/20 DENTRO DEL CASO N.º 3-19-CN DE LA CCE

La aplicación de las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable por parte del CJ suscitó varios inconvenientes y discrepancias. Por ejemplo, Santiago David Altamirano Ruiz, juez de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito, en aplicación del artículo 428 de la CRE, por considerar que el artículo 109, numeral 7 del COFJ es inconstitucional, suspendió la tramitación de una causa y remitió el expediente a la CCE, con la finalidad de que se pronuncie respecto a la constitucionalidad de dicha norma.

Con este antecedente, mediante la sentencia N.º 3-19-CN/20 dentro del caso N.º 3-19-CN, la CCE determinó la constitucionalidad condicionada del artículo 109, numeral 7 del COFJ, en el sentido de que el CJ tiene la facultad iniciar un sumario administrativo a un juez, fiscal o defensor público, siempre que exista una declaratoria jurisdiccional previa realizada por parte de un juzgador competente, en concordancia con el artículo 125, y 131, numeral 3 del COFJ.

De esta manera, la corte delimitó el ámbito de actuación que tiene el CJ, al momento de ejercer su facultad

sancionadora. Dicho en otras palabras: la tesis principal del fallo es que la declaratoria jurisdiccional previa al inicio de un procedimiento disciplinario por parte del CJ constituye un requisito indispensable para los casos de presunto dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable en las actuaciones judiciales de un juez, fiscal o defensor público (Villagómez Moncayo, Calle Idrovo y Garrido Salas 2021, 148).

La CCE determinó adicionalmente que la CRE no habilita al CJ a ejercer competencias jurisdiccionales. Por tal motivo, es claro que este organismo, que se encarga de la administración de la función judicial, no puede declarar *per se* la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable en ningún caso. En ese sentido, al sancionar y destituir funcionarios judiciales sin contar con una decisión jurisdiccional que declare la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, el CJ se arrogaba funciones que no le competían.

Es adecuado que la facultad de determinar la existencia de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, así como la facultad de sancionar dichas conductas, no se concentren en un solo órgano. En otras palabras,

no es conveniente que un juzgador determine la existencia de las mencionadas conductas y aplique la sanción. Por otra parte, tampoco parece acertado que, tal y como ocurría, el CJ, mediante un procedimiento sumario administrativo, determine la comisión de la infracción y aplique la sanción que considere correspondiente.

Tanto la fase jurisdiccional, como la administrativa, deben desarrollarse con estricto apego al debido proceso y en observancia de los derechos básicos que

tiene toda persona dentro de un procedimiento, entre ellos el derecho a la defensa del juzgador o servidor público que atraviesa por la declaratoria jurisdiccional o el posterior sumario administrativo.

En suma, la CCE exhortó a la Asamblea Nacional para que, con la finalidad de garantizar la independencia judicial, reforme el COFJ con base en las actuales limitaciones del artículo 109 numeral 7 del COFJ y los parámetros jurisprudenciales desarrollados en la citada sentencia.

REFORMA DE DICIEMBRE DE 2020 AL COFJ

La Asamblea Nacional acató el exhorto realizado por parte de la CCE y elaboró la LRCFJ, que fue promulgada en diciembre de 2020. Finalmente dotó a esta normativa de contenido y definió de manera expresa en que consiste el dolo, la manifiesta negligencia y el error inexcusable. La primera y segunda figuras encontraban cierta regulación en el artículo 26 del Código Orgánico Integral Penal y el 33 del Código Civil, respectivamente, mientras que el error inexcusable no estaba definido de manera clara en norma alguna.

A continuación se examinarán los criterios desarrollados por la Corte Constitucional para esclarecer los elementos que componen las figuras objeto de estudio. Así mismo, se analizará la LRCFJ, para conocer el concepto que el legislador ha dado al dolo, la manifiesta negligencia y el error inexcusable.

1. Definición de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable

En comparación con el error inexcusable y la manifiesta negligencia, el dolo es el tipo administrativo más distintivo. Se configura cuando el sujeto activo tiene el conocimiento y el designio de infringir un deber jurídico. Al respecto, la CCE indica que “para que exista dolo es suficiente que quien cometa la falta tenga conocimiento o conciencia de que determinada

conducta infringe o quebranta sustancialmente su deber jurídico, normativamente establecido, sea por acción u omisión”⁷.

El dolo, al igual que la manifiesta negligencia y el error inexcusable, es dañino porque afecta a la administración de justicia, a las partes o a terceros. Sobre este punto, la corte señala que violar una norma que establece un deber jurídico siempre “afecta negativamente la actividad judicial, lo cual en sí mismo ya constituye un daño. Lo dicho no obsta que, a efectos de determinar la respectiva sanción, se examinen los resultados dañinos de la acción u omisión sobre los justiciables o sobre terceros, conforme con el artículo 110 numeral 4 del COFJ”⁸.

En esa misma línea, a nivel normativo, según disponen los párrafos finales agregados al artículo 109 de la LRCFJ, para que exista dolo, quien cometa la falta debe tener conciencia de que una conducta específica infringe su deber jurídico establecido a nivel normativo, por acción u omisión. Por tanto, se deja de lado el contenido volitivo del dolo, y es suficiente con que se materialice el elemento cognitivo, es decir, conocer que la conducta a practicarse transgrede la norma (LRCFJ, artículo 109, incisos finales). Por otro lado, la manifiesta negligencia implica la inobservancia no deliberada de un deber relacionado con “el trámite y

⁷ Sentencia N.º 3-19-CN/20, p. 18.

⁸ *Ibidem*.

la ritualidad del proceso judicial”⁹. Es también dañina, ya sea porque afecta a la actividad judicial o ya porque puede afectar a los justiciables o a terceros. Adicionalmente, no es suficiente con que los miembros de la función judicial cumplan con sus deberes, sino que también han de mantener la debida diligencia, conforme lo dispone el artículo 172 de la CRE.

Es acertado señalar que la manifiesta negligencia es una especie de culpa y tiene lugar cuando el servidor infringe su deber sin saberlo, por la falta de la debida diligencia o cuidado, o por no haberse informado de manera adecuada. Es una falta gravísima que puede cometer un fiscal, defensor público o juez que tiene como consecuencia responsabilidad administrativa originada en la ignorancia, desatención o violación de normas, incumplimiento de la obligación constitucional de la debida diligencia y demás deberes legales que correspondan al servidor, que dan como resultado siempre un daño a la administración de justicia, así como, de manera circunstancial, al justiciable y a terceros (LRCFJ, artículo 109).

En cuanto al error inexcusable, la corte determina que se debe entender como una equivocación en la interpretación y aplicación del derecho o en la apreciación de los hechos¹⁰. Es decir, se está frente a un error inexcusable, si un juzgador no aplica correctamente el silogismo jurídico, en el sentido de interpretar de manera equivocada los hechos del caso o, en su defecto, aplicar de manera errada el derecho.

Al respecto, la corte explica que, “puesto que el fin de sancionar el error inexcusable es preservar la eficiencia y responsabilidad en la administración de justicia, valorando la conducta, idoneidad y desempeño del juez o jueza, fiscal y defensor público, no es necesario que la intervención a la que se imputa el error cause ejecutoria, sea firme o sea procesalmente insubsanable”¹¹. En otras palabras, el error inexcusable puede configurarse en un proceso que aún no haya terminado; es decir es perfectamente posible la emisión de un auto o providencia que contenga error inexcusable, puesto que

no está reservado para una sentencia. A efectos ejemplificativos, la Corte enlista otros casos que podrían configurar errores inexcusables, como “el embargo o remate de una plaza pública, la sentencia condenatoria aplicando una ley penal derogada o en general la aplicación de normas inexistentes”¹². Evidentemente, esta es una enumeración meramente enunciativa que realiza la corte, con la finalidad de dimensionar ciertos casos que constituyen error inexcusable.

Debido a los problemas que institucionalmente enfrenta la independencia judicial en el Ecuador, la corte señala de modo recurrente que el error inexcusable no debe ser confundido con la legítima interpretación judicial, aunque esta sea opinable e incluso controvertida. La legítima interpretación, dice la CCE, “se fundamenta en una comprensión y valoración debidamente argumentada de las disposiciones jurídicas y de los hechos aplicables al caso”¹³. Es inevitable, e incluso necesario, que un operador de justicia interprete la norma jurídica que será aplicable a un caso concreto. Uno de los elementos que permite distinguir el error inexcusable de la legítima interpretación judicial es que en el segundo concepto está presente el criterio de razonabilidad.

Adicionalmente, a diferencia del error inexcusable, que carece de fundamentos jurídicos y es por esta razón arbitrario e ilegítimo, la legítima interpretación judicial respeta los criterios mínimos de la motivación jurídica. Y estos son: (i) la enunciación de normas o principios jurídicos que fundamentan una decisión; (ii) la explicación de por qué estas normas son pertinentes a los antecedentes de hecho; y, en el caso de las garantías jurisdiccionales, (iii) el análisis sobre la existencia o no de vulneraciones a derechos constitucionales.

Por su parte, la LRCJ determina que un error judicial puede considerarse inexcusable, siempre que sea grave y dañino, y del cual, el juez, fiscal o defensor público sea responsable. Un error judicial es grave si es obvio e irracional, indiscutible y rebasa las posibilidades

⁹ Sentencia N.º 3-19-CN/20, p. 18.

¹⁰ Sentencia N.º 3-19-CN/20, p. 17.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Sentencia N.º 3-19-CN/20, p. 19.

¹³ *Ibidem*.

lógicas y razonables de interpretación de una norma o apreciación de los hechos de una causa. El error judicial es dañino, porque perjudica de manera considerable a la administración de justicia, a terceros o a los justiciables (LRCFJ, artículo 109).

2. Semejanzas y diferencias entre dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable

Una vez que se ha definido el dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable, con la ayuda de las directrices emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana, el punto de vista doctrinario y también normativo, es momento de realizar una comparación entre estas figuras, que permita extraer sus elementos comunes, así como también sus rasgos distintivos.

En primer lugar, los sujetos activos en las tres infracciones son los mismos: el juez o jueza, fiscal y defensor público. En ningún caso se podrían imputar a otros servidores judiciales estos tipos disciplinarios.

Otra similitud tiene que ver con el órgano sancionador, que en todos los casos es el Consejo de la Judicatura (CJ) y no los jueces que declaran la infracción. Los jueces competentes para realizar la declaratoria judicial previa deben tener en cuenta que no les corresponde desempeñar un rol sancionatorio, sino únicamente analizar si se produjo o no la infracción y, de ser el caso, notificar esta declaración inmediatamente al CJ. Este organismo debe valorar factores como el desempeño o la idoneidad de los jueces imputados en el sumario administrativo y sancionar al imputado de manera proporcional.

Tanto en el error inexcusable, en la manifiesta negligencia como en el dolo, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria se cuenta desde la fecha de notificación de la declaración jurisdiccional previa del CJ. Este plazo, según el artículo 106 numeral 3 del COFJ, es de un año, salvo en el caso de infracciones vinculadas con delitos, en cuyo caso prescribirá en cinco años.

Otra similitud radica en cuál es la autoridad competente para declarar la existencia de la infracción administrativa. Por regla general, el competente es el tribunal jerárquicamente superior. En los casos en los

que el ordenamiento jurídico no prevea la posibilidad de impugnación vertical, por ejemplo, en el caso de los jueces de garantías penitenciarias o los fiscales y defensores públicos que actúan en procesos de ejecución penal, la autoridad jurisdiccional competente para emitir la declaratoria es un tribunal penal de la Corte Provincial de Justicia. De modo similar, en el caso de los jueces que actúan en procedimientos de ejecución de sentencias, le compete realizar la declaratoria previa a un tribunal de la respectiva especialidad de la Corte Provincial.

En todos los casos, el CJ requiere contar con la declaración jurisdiccional previa sobre la existencia del dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable. Esta declaración puede ser notificada por los jueces al CJ o requerida por este organismo a la autoridad jurisdiccional competente.

Los ciudadanos pueden presentar denuncias ante el CJ en contra de funcionarios que hayan cometido estas infracciones. En estos casos, el CJ debe requerir la declaración jurisdiccional previa a la autoridad competente. Al efectuar este requerimiento, el CJ no puede expresar opiniones propias sobre la existencia o no de la falta. Para preservar la independencia judicial, el CJ tampoco puede ejercer su facultad oficiosa para iniciar sumarios administrativos sin contar con la declaración jurisdiccional previa.

Otra similitud consiste en la naturaleza sancionatoria de los procedimientos mediante los cuales se declara y tramita la sanción por error inexcusable, manifiesta negligencia o dolo. Estos procedimientos no son adversariales, ni de carácter resarcitorio. Es fundamental que en ellos se respete el debido proceso y el derecho a la defensa del sujeto activo imputado.

Ahora, la principal diferencia entre dolo y manifiesta negligencia en materia disciplinaria, radica en que, en el primer caso, el servidor tiene conocimiento de que la conducta u omisión constituye una falta gravísima; mientras que en el segundo caso no existe el elemento cognitivo: el servidor no tiene conocimiento de que su acción u omisión transgrede el ordenamiento jurídico, sino que más bien se puede evidenciar una falta de información respecto de sus obligaciones.

El error judicial inexcusable, a su vez, comparte con la manifiesta negligencia el supuesto de generar perjuicio a la administración de justicia; y se diferencian entre sí, en que la primera figura necesariamente provoca una vulneración en los justiciables (partes procesales) o terceros, mientras que la segunda puede o no implicar dicha vulneración.

3. Etapas del procedimiento disciplinario

De conformidad con el artículo 109.1 de la LRCFJ, existen dos etapas dentro del procedimiento disciplinario. Estas son: (i) la etapa jurisdiccional, que tiene lugar frente a al juzgador competente y (ii) el sumario administrativo, que tiene como responsable al CJ. En la primera etapa se determina, a través del debido proceso, si existió en el caso concreto dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, mientras que en la segunda etapa se impone o no la respectiva sanción. En suma, la primera etapa da como resultado una

declaratoria jurisdiccional y la segunda una resolución de carácter administrativo.

El CJ debe dirigir la fase administrativa, de manera que se realice un análisis totalmente independiente de la declaratoria jurisdiccional previa, en el marco del debido proceso. En otras palabras, la declaratoria jurisdiccional previa no implica en sí misma una sanción.

En términos generales, la LRCFJ recoge de manera casi idéntica los criterios y directrices emitidos por parte de la CCE en la sentencia N.º 3-19-CN/20, con relación a los parámetros mínimos para la declaración judicial de error inexcusable (art. 109.3 LRCFJ, y párrafo 113, numeral 6 de la sentencia de la CCE); y los criterios mínimos para la resolución por dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable (art. 109.4 de la LRCFJ y párrafo 113, numeral 4 de la sentencia de la CCE).

RESOLUCIONES Y REGLAMENTOS EMITIDOS CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA NO. 3-19-CN/20

En fecha posterior a la emisión de la sentencia N.º 3-19-CN/20, por parte de la CCE se emitieron algunas normas de jerarquía inferior, que buscaban dar luces y pautas para que la sentencia pudiera ser cumplida a cabalidad; por ejemplo, con la determinación expresa de los jueces que deben conocer y resolver la declaración jurisdiccional previa exigida para las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable. Así como también se buscó reglar la facultad disciplinaria del CJ, conforme se verá a continuación.

Mediante resolución N.º 12-2020, la CNJ expidió el procedimiento para la declaratoria jurisdiccional previa de las infracciones de dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable. En esta resolución se determina qué jueces tienen competencia para emitir la declaratoria jurisdiccional previa, así como también el procedimiento a seguir, tanto en los procesos judiciales con impugnación vertical, como en los procedimientos judiciales sin impugnación vertical. La disposición transitoria única dispone que los

sumarios administrativos que ya estuvieren sustanciándose requerirán de la declaratoria jurisdiccional previa para continuar con el trámite correspondiente, so pena de ser archivados.

Es importante conocer que, además del desarrollo que se ha producido a nivel legal en materia disciplinaria, la facultad sancionadora del CJ también ha sido regulada, a nivel reglamentario, mediante un instrumento emitido por el propio CJ.

El 8 de abril de 2021, mediante resolución 038-2021, se expidió el reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del CJ para las y los servidores de la función judicial. El artículo 5 del reglamento determina que la potestad disciplinaria es una facultad autónoma que permite conocer y sancionar toda acción u omisión que previamente se halle determinada como infracción disciplinaria en el ordenamiento legal vigente, de modo que se garantice en todo momento el debido proceso.

En el mismo reglamento se establece quiénes son los sujetos pasivo y activo que intervienen en el sumario disciplinario, se delimita la competencia disciplinaria y las atribuciones de los mencionados sujetos; sin embargo, entre las regulaciones que más llaman la

atención se encuentra el artículo 16, que en su parte final prohíbe que la acción disciplinaria se ejerza de oficio con relación a las faltas disciplinarias contempladas en el artículo 109 numeral 7 del COFJ, es decir: dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable.

CONCLUSIONES

Conforme se ha podido evidenciar en el presente ensayo, la aplicación de las figuras de dolo, manifiesta negligencia y error judicial ha evolucionado de manera progresiva. En el sentido de que empezaron por considerarse conceptos jurídicos indeterminados, ya que no existía norma legal alguna que los definiera, hasta llegar a estar sumamente reglados. Primero, por una jurisprudencia de la CCE, que zanjó la discusión de si era o no necesaria la declaratoria jurisdiccional previa. Posteriormente, una reforma al COFJ, que definió a qué se refería el error judicial. Y finalmente, un reglamento emitido por el CJ que detalla de manera clara cómo se debe proceder a la sanción de esta infracción

La decisión de la Corte Constitucional puso fin a los excesos que se producían en el ejercicio de la facultad sancionadora del CJ. Se buscó prohibir cualquier tipo de arbitrariedad y manipulación del error judicial, de manera que se convierta en un mecanismo de coerción política encaminado a separar de la función judicial a jueces que no encajaban con las ideas del régimen.

El requerimiento de una declaratoria jurisdiccional previa para el ejercicio de la facultad sancionadora del CJ constituye sin duda alguna un avance respecto a la

independencia judicial y la materialización del debido proceso, garantizado por la Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El CJ es el llamado a hacer respetar la independencia de los juzgadores y servidores judiciales, y, por supuesto, a controlar el cumplimiento de sus obligaciones, así como a verificar que sean responsables en caso de una actuación indebida. Existen muchos matices respecto a independencia y responsabilidad judicial, y parece ser que, mientras más equilibrados se encuentren estos conceptos dentro de un ordenamiento jurídico, se tendrá un mejor sistema de administración de justicia, sobre todo en temas de calidad y eficiencia.

Para terminar, la LRCFJ determinó de manera clara la definición de dolo, manifiesta negligencia y error inexcusable en el ámbito disciplinario. Adicionalmente, estableció los elementos que configuran el error judicial inexcusable. A saber, el error debe ser grave y dañino. En suma, el legislador adecuó de manera correcta las directrices que había emitido la CCE para el ejercicio de la facultad sancionadora del CJ dentro del proceso disciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

- Arnel Medina Cuenca, Ernesto Salcedo-Ortega y Omar Huertas-Díaz. 2017. “Debido proceso e independencia judicial en América Latina”. *Dixi*: 37-56. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i26.1950>
- Basabe-Serrano, Santiago. 2015. “Algunos determinantes de la independencia judicial interna: un estudio comparado de las cortes de Chile, Perú y Ecuador”. *Revista Ecuador Debate* N.º 096: 19-37. Acceso el 20 de junio de 2022. <http://hdl.handle.net/10469/12028>
- Balseca Ávila, Carlos Julio. 2017. “Problemas jurídicos entorno al control administrativo de los actos jurisdiccionales en el Ecuador. Error inexcusable”. Tesis de Maestría presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/5685>
- Bordalí Salamanca, A. 2003. “Independencia y responsabilidad de los jueces”. *Revista De Derecho (Valdivia)*, 14(1): 159-174. Acceso el 24 de marzo de 2022. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art09.pdf>
- Cando Shevchukova, Sergio Luis. 2018. “El error inexcusable y la independencia judicial en Ecuador”. Tesis de Maestría presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar. <http://hdl.handle.net/10644/6604>.
- Cervantes Valarezo, Andrés. 2018. “¿Control Administrativo de la Jurisdicción? Régimen disciplinario del juez burócrata español y ecuatoriano. Comentarios a la obra de Milton Velásquez Díaz”. *Iuris Dictio*. <https://doi.org/10.18272/iu.v23i23.1437>
- Correa, Jorge. 2016. “Acceso a la justicia y reformas judiciales en América Latina ¿Alguna esperanza de mayor igualdad?”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*: 293-308. Acceso el 24 de marzo de 2022. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/117Accesoalajusticiayreformasjudiciales.pdf>
- Cuenca, A. M., Ortega, E. S., y O.H. Díaz. 2017. *Debido proceso e independencia judicial en América Latina*. <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i26.1950>
- Echandía, Devis. 2019. *Teoría General del Proceso. Cuarta reimpresión*. Bogotá: Editorial Temis.
- Larrea Dávalos, Felipe Patricio. 2018. “Debido proceso y facultad sancionadora del Consejo de la Judicatura, en el error inexcusable”. Tesis de Maestría presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar–sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/6704>.
- Macaulay, Fiona. 2020. “Democratización y poder judicial: agendas de reforma en competencia”. *América Latina Hoy* 39 (septiembre): 141-63. <https://doi.org/10.14201/alh.22768>.
- Orquera Cadena, Catherine. 2017. “El error inexcusable en el régimen disciplinario judicial”. Tesis de Maestría presentada en la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Posgrados. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/6413>
- Pasará, Luis. 2015. *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Peñaherrera Navas, Anita Cecilia. 2017. “El principio constitucional de la independencia judicial y el error inexcusable”. Tesis de Maestría presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar–sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/6869>
- Oyarte, Rafael. 2016. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rosero, Jonatan. 2018. *La figura del error judicial inexcusable, independencia judicial interna y debido proceso*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

- Rosero Córdova, Jonatan. 2018. “La figura del error judicial inexcusable, independencia judicial interna y debido proceso”. Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16081>
- Sarango Rodriguez, Juan Alcivar. 2020. “La sanción administrativa de destitución por error inexcusable vulnera la independencia del juez”. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*. Acceso el 18 de abril de 2022. <https://orcid.org/0000-0001-5016-1142>
- Sousa, Mariana. 2016. “Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados”. En *El estado de las reformas del Estado en América Latina*, editado por Eduardo Lora: 99-137. Bogotá: Mayol ediciones, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E05D1B9Aafb922A605257FD20072C13A/\\$FILE/El_estado_de_las_reformas_del_Estado_en_Am%C3%A9rica_Latina.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E05D1B9Aafb922A605257FD20072C13A/$FILE/El_estado_de_las_reformas_del_Estado_en_Am%C3%A9rica_Latina.pdf)
- Villagómez Moncayo, Byron, Calle Idrovo Rubén y Garrido Salas Valeria. 2021. “La necesidad de la declaración jurisdiccional previa al procedimiento disciplinario en los casos de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable: La nueva regla jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 3-19-CN/20”. *Ius Constitutionale*. *Revista de derecho constitucional*. Acceso el 18 de abril de 2022 <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/IUS/1/202101-10.pdf>
- Wilson, Bruce M., Rodríguez, Juan Carlos y Roger Handberg. 2020. *A mayores previsiones... resultados imprevistos: reforma judicial en América Latina-indicios sobre Costa Rica*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Zambrano Noles, Silvia. 2016. “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”. *Tla-melaua*, 9(39): 58-78. Acceso el 24 de marzo de 2022. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S18706916201600S187069162016000100058&lng=es&tlng=es

Normativa y jurisprudencia

CADH. Ver: Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica: Del 7 al 22 de noviembre de 1969.

COGEP. Ver: Código Orgánico General de Procesos. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

COFJ. Ver: Código Orgánico de la Función Judicial. Ecuador: Registro Oficial 449 del 9 de marzo de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 3-19-CN/20 dentro del Caso N.º 3-19-CN, 29 de julio de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Jenkins vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019.

CRE. Ver: Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial Suplemento de 13 de julio de 2011.

LRCOFJ. Ver: Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial. Ecuador: Primer suplemento N.º 345 del Registro Oficial del 8 de diciembre de 2020.

Principios de Bangalore sobre conducta judicial. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. ECOSOC 2006/23.

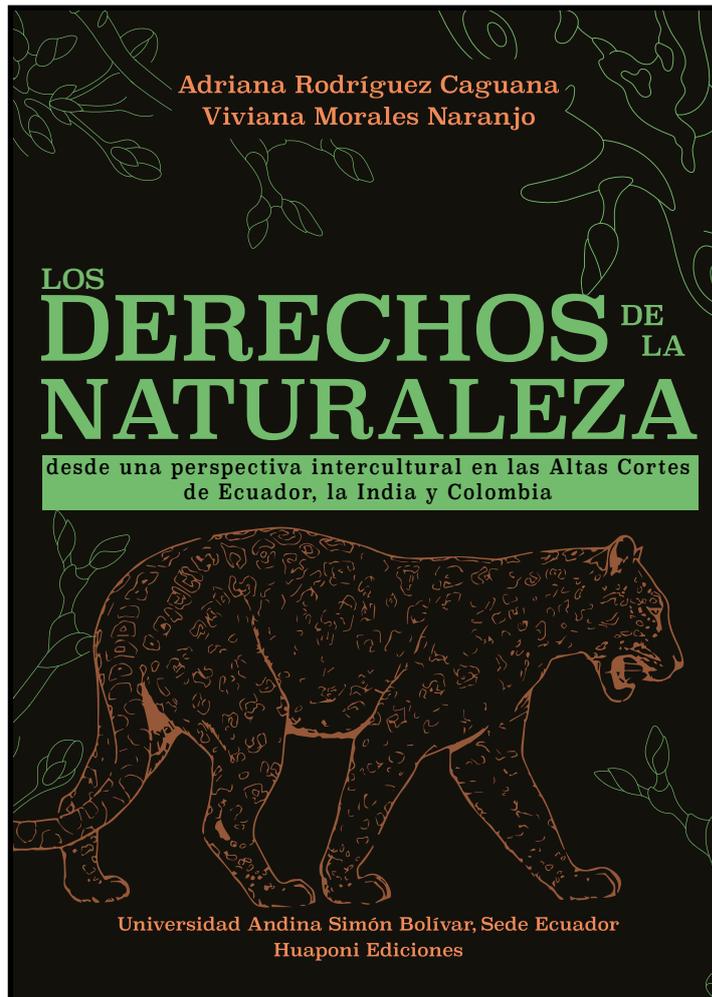
RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in a light brown color.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA DESDE UNA PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN LAS ALTAS CORTES DE ECUADOR, LA INDIA Y COLOMBIA

Hacia la búsqueda de una justicia ecocéntrica

Adriana Rodríguez Caguana* y Viviana Morales Naranjo**



Felipe Castro León***

* PhD en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires (becada por el CONICET); magíster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de la Plata; especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla la Mancha; diploma internacional en Derecho, Política y Economía por la Universidad de Bari, Italia; diploma en Ciencias Políticas por FLACSO Argentina; licenciada en Ciencias Sociales y Políticas, y abogada por la Universidad de Guayaquil. Es docente-investigadora y coordinadora de la Maestría en Derechos de la Naturaleza y Justicia Intercultural de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Ha sido docente invitada en universidades de Ecuador, México, Argentina y España. Es autora de los libros *Los derechos humanos y lingüísticos de los pueblos indígenas del Ecuador* (2019) y *El largo camino del Taki Unkuy: Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas del Ecuador* (2017). Correo electrónico: adriana.rodriguez@uasb.edu.ec

** Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Máster en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible por la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne, candidata a doctora en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Es docente de Derecho Constitucional y Derecho Ambiental en la Universidad de las Américas y docente de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Es docente invitada de delitos ambientales en varias universidades de posgrado; e investigadora del proyecto de investigación dirigido por Andreas Fischer-Lescano sobre derechos de la naturaleza de la Universidad de Bremen. Correo electrónico: vivianamoralesnaranjo@outlook.fr

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Magíster en Estudios de la Cultura con mención en Políticas de la Cultura por la Universidad Andina Simón Bolívar. Correo electrónico: fcastroleon@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Castro León, Felipe. 2022. Reseña de Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia; de Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, N° 17: 158-160.

Los derechos de la naturaleza desde una perspectiva intercultural en las Altas Cortes de Ecuador, la India y Colombia, escrito por Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo, fue publicado en 2022 por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y Huaponi Ediciones. Consta de 210 páginas en las que se desarrollan cinco capítulos sobre los fundamentos de los derechos de la naturaleza en jurisprudencia comparada, en clave de interculturalidad y derechos bioculturales.

Esta obra es el producto de la investigación realizada por las dos autoras sobre jurisprudencia comparada en relación a la protección de los derechos de la naturaleza en las altas cortes de tres países. Sin duda, su capacidad y trayectoria se reflejan en el desarrollo de este libro. Por un lado, Adriana Rodríguez es profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y coordina la Maestría en Derechos de la Naturaleza y Justicia Intercultural. Por su parte, Viviana Morales es docente en la Universidad de las Américas y en el Instituto de Altos Estudios Nacional; es además candidata doctoral en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, donde desarrolla su investigación en derecho ambiental y derechos de la naturaleza.

El libro se encuentra compuesto por cinco capítulos en los que se desarrolla, en primer lugar y como fundamentos conceptuales, los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los derechos bioculturales. Estos temas son transversales en los siguientes capítulos y permiten a las autoras abordar la jurisprudencia comparada respecto de animales sagrados, manglares, ríos, páramos y glaciares.

El primer capítulo parte de una reflexión sobre los derechos de la naturaleza, los derechos bioculturales y la interculturalidad. En términos generales, los esfuerzos actuales sobre el desarrollo de los derechos de la naturaleza ha sido fundamentar su reconocimiento a nivel legal o tomarlos para su desarrollo a nivel jurisprudencial. Por estos motivos, el aporte de este libro consiste en avanzar en la búsqueda de la conexión entre los derechos de la naturaleza y las actividades de las personas y diferentes grupos para proteger estos derechos. Tomando como punto de partida a la administración comunitaria biocultural en clave intercultural,

el primer capítulo explica cómo los distintos pueblos viven con la naturaleza, elemento clave para dotar de contenido a los derechos de la naturaleza. Para ello, se toma en cuenta una amplia literatura académica. Este trabajo amplio y minucioso hace de este libro una lectura obligatoria para conocer el estado de la literatura especializada en esta temática.

En los siguientes capítulos se realiza un análisis profundo de casos resueltos por las distintas cortes del Ecuador, la India y Colombia, sobre distintos sujetos de derechos: animales sagrados, manglares, ríos, páramos y glaciares. El aporte de la obra en estos capítulos no solo está en indicar qué desarrollaron las decisiones, sino en su análisis crítico y contextualizado respecto a las problemáticas socio-ambientales y en la perspectiva comparada. Se brindan las herramientas conceptuales necesarias para que el lector pueda abordar y comprender las sentencias analizadas, las cuales han sido acertadamente seleccionadas, así como las distintas problemáticas. El abordaje de estos sujetos de derechos de la naturaleza se hace en clave intercultural y tomando en cuenta la relación intrínseca que pueden tener con las distintas comunidades humanas.

El libro culmina con un panorama general que pone de relieve la importancia de abordar los derechos de la naturaleza de forma contextualizada respecto de las relaciones entre seres humanos y su entorno, así como la manera en que cada comunidad maneja estas relaciones. Tal vez una de las frases más importantes de Adriana Rodríguez y Viviana Morales en esta sección es la que indica que en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador “vemos que todavía hay un largo camino por recorrer, pero hay [también] un camino ya trazado”.

Finalmente, las autoras han incluido un cuadro sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador; esto es un aporte a continuar en la investigación en derechos de la naturaleza en Ecuador. Presentan aquí el número de cada sentencia, el tipo de caso y un resumen del mismo. Cierra la obra un epílogo escrito por Silvina Ramírez, abogada y Doctora en Derecho, profesora de las universidades de Buenos Aires y Palermo, miembro de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena (AADI) y asesora

académica del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS) y del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT).

En suma, este libro representa un aporte importante en el desarrollo de los derechos de la naturaleza que merece ser estudiado y criticado. Además, puede servir como texto introductorio para quienes se sienten

llamados por profundizar esta temática, ya que su revisión de la literatura especializada permite entender fácilmente el estado del arte de los estudios sobre los derechos de la naturaleza. También cabe destacar su facilidad de lectura y lo novedoso en la manera de analizar estos derechos por medio de un estudio comparado y contextualizado sobre casos de países diversos.

ENTREVISTA

no da.

**LA CRISIS CARCELARIA SE ENFRENTA CON MÁS DERECHOS,
NO CON MÁS SEGURIDAD**

Entrevista con Ramiro Ávila Santamaría*

**PRISON CRISIS IS FACED WITH MORE RIGHTS,
NOT WITH MORE SECURITY**

Interview with Ramiro Ávila Santamaría

**A CRISE CARCERÁRIA É ENFRENTADA COM MAIS DIREITOS,
NÃO COM MAIS SEGURANÇA**

Entrevista com Ramiro Ávila Santamaría

*David Cordero-Heredia***

**Entrevista realizada el 9 de junio de 2022
Quito, Ecuador**

* Doctor en Sociología del Derecho, profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue juez de la Corte Constitucional de Ecuador en el período 2019-2022. Es autor de varios libros y artículos sobre Derecho Constitucional, Derecho Penal, derechos de la naturaleza, entre otros temas. Correo electrónico: ramiro.avila@uasb.edu.ec

** Profesor de Derecho y director del Consultorio Jurídico de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor invitado en la Universidad de las Américas y en la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctor in the Science of Law y Master of Laws por la Universidad de Cornell; Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia, Universidad de Alcalá; Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la PUCE. Realizó un postdoctorado en la Universidad Cornell. Es autor de varios textos sobre derecho constitucional, derechos humanos y movimientos sociales. ORCID: 0000-0001-5633-9829. Correo electrónico: dacordero@puce.edu.ec y david.cordero.heredia@udla.edu.ec

Cómo citar esta entrevista: Cordero-Heredia, David. 2022. “La crisis carcelaria se enfrenta con más derechos, no con más seguridad. Entrevista con Ramiro Ávila Santamaría”. Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 162-170.

DAVID CORDERO-HEREDIA (DC-H): Has pasado durante toda tu carrera por varios temas. De lo que yo recuerdo, has trabajado Género y Derecho, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derechos de los pueblos indígenas, y ahora con derechos de la naturaleza; pero la cárcel siempre está ahí, siempre vuelves a ese tema. ¿Por qué? ¿Qué es para ti la cárcel?

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA (RAS): La cárcel me persigue, es increíble. Creo que la primera vocación que tuve como jurista fue el Derecho Penal, sin duda. Eso tiene que ver con haber conocido la cárcel, haberla sentido, haberla experimentado, haber sentido empatía por los presos y también haber aprendido de Derecho Penal a través de los casos que yo veía en el consultorio jurídico gratuito de la Católica¹.

De hecho, la primera clase que dicto en la [PUCE] es procesal penal, y mi primera inserción también al mundo de los derechos humanos es a través de la defensa de un caso en donde había una acusación de guerrillas, de asociación ilícita, que es el caso Putumayo². Entonces sí, el Derecho Penal siempre ha estado ahí. Luego, sí es verdad, si es que hay una constante en mi vida, es del Derecho Penal.

Luego, también cuando entro a la Universidad Andina³, lo que me piden es hacer una maestría en Derecho Penal, y el eje de la maestría era sin duda el garantismo penal; y ahí vuelvo a estudiar a Ferrajoli⁴, vuelvo a leer Zaffaroni⁵, vuelvo a leer la dogmática penal y monto esa maestría.

Y después en la Corte Constitucional vuelve a aparecer [a través] de los casos de constitucionalidad de muchas normas y de casos que tienen que ver con, a mí me parece, vulneraciones al derecho penal mínimo. Entonces sí, a pesar de que nunca ejercí profesionalmente, en términos de recibir dinero del Derecho

Penal, sí ejercí como parte del consultorio jurídico gratuito, que no me separo de eso hasta que me voy del país. Entonces sí, ha estado ahí el Derecho Penal constantemente, y me parece que por el lado también que a mí me encanta reflexionar, que es este lado de la Filosofía Jurídica y la Filosofía Política. Creo que una de las reflexiones más importantes que se tiene que hacer desde el Estado y la democracia es: ¿Cuál es la justificación para producir tanto dolor en la gente que comete infracciones? Y cuando digo “tanto dolor”, quiere decir que tengo conciencia de que la cárcel es un sistema de muchas privaciones, en donde sufre no solamente la persona que está encerrada, sino también la comunidad que gira alrededor de la persona encerrada, la familia, la sociedad, el espacio económico; la cárcel es multiplicador de dolor. Siempre ha estado ahí, siempre ha estado el tema, y siempre me ha parecido relevante.

DC-H: Ahora, de este cambio que haces de pasar de trabajar al principio en Derecho Penal a derechos humanos, ¿no has sentido, tal vez, una tensión entre todos los compañeros y compañeras que trabajan en otras áreas de derechos humanos que no tienen que ver con la cárcel y que nunca llegan a pasar por una cárcel, pero que siguen teniendo como referente o como norte en temas de derechos humanos precisamente a la cárcel? Pensamos que creando delitos contra los abusos sexuales vamos a mejorar la situación de violencia contra la mujer o creemos que con los delitos por maltrato a los niños y niñas, estos van a mejorar el goce de sus derechos, e incluso cuando tenemos graves violaciones como tortura, ejecuciones extrajudiciales, incluso dentro del sistema carcelario, siempre la reparación consiste en que se investigue y se meta presa a la gente que cometió estos actos. ¿Sientes esa tensión entre los derechos humanos y la existencia misma de la cárcel?

RAS: Sí la he sentido, particularmente cuando uno reflexiona sobre la impunidad. Y creo que la primera

¹ Pontificia Universidad Católica del Ecuador (en adelante PUCE).

² Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 19/01, Caso 11.478: Juan Clímaco Cuéllar, Carlos Cuéllar, Alejandro Aguinda, Leonel Guinda, Demetrio Pianda, Henry Machoa, Carmen Bolaños, Josué Bastidas, José Chicangana, Froilán Cuéllar y Harold Paz v. Ecuador, 20 de febrero de 2001. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Sol.Ami/Ecuador11.478.htm>

³ Universidad Andina Simón Bolívar – sede Ecuador (en adelante UASB).

⁴ Luigi Ferrajoli.

⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni.

noción que uno tiene de impunidad, que frente a violaciones a derechos humanos, la forma de responder que debe tener el Estado es a través de la sanción penal a los responsables de violaciones. Y me he cuestionado muchas veces esto, y después yo creo que mi reflexión ha ido alrededor de que la impunidad, que sí es un problema político y un problema jurídico, no necesariamente tiene que significar sanción penal. Es decir, impunidad significa para mí que no hay reacción social, ni declaración de responsabilidad, pero no necesariamente tiene que haber una sanción penal. Lo que yo creo que soy es una persona que tiende al abolicionismo penal, porque no creo en la cárcel, y además creo que históricamente la humanidad no siempre resolvió los problemas más graves a través de la cárcel.

Y también he reflexionado cuando he sido víctima de delitos y cuando se discutió por ejemplo en el Perú lo de la amnistía a Fujimori⁶. En los dos casos, también cuando fui víctima de violación a mis derechos. A mí me hubiera encantado que en lugar de meter a la cárcel a las personas que me asaltaron, que me robaron varias veces mi bicicleta, lo que me hubiera encantado a mí, es que me pidan disculpas y que me reparen el daño que hicieron. Y en el caso de Fujimori, cuando hubo ese debate sobre el pedido de amnistía por razones de carácter humanitario, estando Fujimori condenado por graves violaciones a los derechos humanos, a mí me parecería que él, como cualquier otro ser humano, tenía derecho a la amnistía, y creo que lo importante en el caso Fujimori fue que se reconoció su responsabilidad por las graves violaciones a los derechos humanos y que la pena no tenía que ser tan severa, al punto de reflejar una venganza tan grande de que el señor tiene que podrirse de forma inhumana e indigna en una cárcel.

Yo sí creo en la cuestión humanitaria y sí creo que aún Fujimori tenía derecho a morir de forma digna fuera de la cárcel y alrededor de sus seres queridos, una vez que el Estado había determinado que fue responsable y que además allí hubo violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos a través de un informe de la comisión de la verdad. No creo en el uso del sistema

penal como venganza, y no creo que impunidad puede ser sinónimo del requerimiento de las víctimas de que sea severa una pena. Creo que al final he tratado de conciliar este garantismo o minimalismo penal con la tendencia al abolicionismo y la idea de que la sanción no tiene que ser necesariamente penal.

DC-H: Sin embargo, no solamente los defensores de derechos humanos, que son un grupo pequeño, sino en general abogados, abogadas y la sociedad en general, vemos a la cárcel como un referente o como una solución mágica a prácticamente cualquier problema social. ¿Qué lugar crees que le damos culturalmente a la cárcel? ¿Por qué se da este fenómeno?

RAS: A mí me impresiona cuando tú conoces niños o niñas pequeños y juegas a cualquier cosa; algún rato acaba como legitimándose la idea de que tiene que haber un policía que te lleva a la cárcel, ¿no sé si te ha pasado?, tú que has tenido hijos chiquitos. Creo que alrededor de eso está la cultura. Cuando tú ves la historia de los superhéroes, yo qué sé, Batman y todas estas cosas, al final, tarde o temprano, acaban los héroes entregando a la justicia penal a los delincuentes. Ahora hay unas variaciones súper interesantes en algunas películas, pero en general esa la idea. Cuando tú miras, por ejemplo, no solamente las series de televisión, sino también cuando tú miras estas grandes producciones como CSI⁷, ves que la idea detrás es la legitimación del sistema penal. Cuando estudias una materia como “dimensiones culturales”⁸, que dictamos contigo hace unos años, te das cuenta de que la cárcel, la justicia penal o el delito, están atravesadas en la literatura, en el cine, en la ópera; siempre aparece, al final, después de un crimen pasional, la Policía deteniendo a la persona. Entonces la cárcel está legitimada en la cultura moderna. Esto yo no lo niego.

Pero me parece que la cárcel, al igual que otras cosas que han pasado en el sistema, en la modernidad, como estos valores del crecimiento infinito, del individualismo egoísta, de la competencia, me parece que son valores que son inadecuados. Y que creo que si la cultura ha fomentado estos valores que nos están llevando a

6 Alberto Fujimori, ex presidente de Perú (1990-2000), sentenciado por la justicia peruana por varias violaciones a los derechos humanos.

7 Se refiere a la franquicia norteamericana Crime Scene Investigation (o CSI por sus siglas).

8 Se refiere a una materia de la Maestría de Derecho Penal de la UASB llamada “Dimensiones culturales del derecho penal”.

unas sociedades tremendamente dispersas, disueltas, sin solidaridad, que tienden a la exclusión y a la separación, yo creo que lo que tiene que pasar es que hay que cambiar de valores.

No me parece que es fácil, pero me parece que tiene que ser posible, así como el extractivismo es a la naturaleza, el esclavismo es a la humanidad y, digamos, el punitivismo es a la libertad. Son valores contradictorios que a mí me parece que nos están llevando a sociedades cada vez más violentas.

Si uno mira, por ejemplo, a un criminólogo que a mí me encanta que se llama David Garland⁹. Él escribió un libro que se llama *Peculiar Institution*¹⁰, donde hace un análisis cuantitativo sobre el efecto de la pena de muerte en los Estados Unidos, en los lugares donde hay pena de muerte; son lugares donde hay más violencia y donde hay más asesinatos. Entonces, criminológicamente, desde algunas vertientes, está demostrado que no hay relación causa-efecto entre poner más punitividad y resolver los problemas de violencia. Sin embargo, Garland concluye que él sí encuentra una relación causal entre el uso político de la severidad en las penas, que al final fomentan esta cultura de punitivismo y venganza, con el triunfo electoral. Esto lo hemos vivido en Latinoamérica. Me parece que hay una retórica alrededor de la privación de libertad que esconde la realidad.

Por ejemplo, cuando nuestras Constituciones dicen: “la finalidad de la pena es rehabilitar”, o cuando el COIP habla de “prevención general”, que es evitar y prevenir el cometimiento de infracciones, al final hay una legitimación retórica que esconde la crueldad de la cárcel; y esto es peor en nuestro país, donde hay además masacres, donde ha habido masacres casi innumerables por lo cruel que ha sido. Entonces me parece que hay una retórica política y jurídica que no nos ayuda a mirar la realidad de una cárcel.

DC-H: Siguiendo las ideas funcionalistas de Bronislaw Malinowsky, en el sentido de que cada institución dentro de la cultura cumple una función,

lo cual no significa que sea una función buena o mala y ciertamente no significa que sea la función para la cual supuestamente fue creada, ¿qué función cumple la cárcel en nuestra cultura y en nuestra sociedad?

RAS: Me parece que tiene un rol simbólico muy fuerte, porque al final, lo que hace la cárcel es permitirnos imaginar cuáles son las conductas que son intolerables en una sociedad, y la cárcel refleja el castigo. Esto sin duda es poderoso; la cárcel es simbólicamente más poderosa que el mismo Código Penal, y es más poderosa que la imagen en la religión de la culpa o de la penitencia; tiene un efecto simbólico que yo no niego.

Acá, por ejemplo, en Ecuador, cuando se discutió delitos como el de femicidio y la idea era reflejar la violencia que tienen particulares homicidios cuando la mujer es víctima, y decir que eso es un delito penal, que se incorpora y que va a haber una cárcel severa, tiene un efecto simbólico en la reflexión sobre la violencia. Yo no niego eso, pero a mí lo que me parece es que no es justificación que, por el efecto simbólico, tú tengas a personas de carne y hueso que padezcan la inutilidad de la retórica jurídica; y cuando digo “inutilidad”, es que no hay forma de rehabilitar en una cárcel.

El mismo Ferrajoli, en el libro “Derecho y Razón”¹¹, cuando habla de la finalidad de la pena y de la cárcel, él menciona varios estudios y sostiene que después de diez años habría que ver qué depende de cada psicología, de cada persona, de la cultura, de la capacidad de resistencia; pero él decía que la cárcel tiene efectos irreversibles en la gente. Cuando dice “efectos irreversibles”, quiere decir que esa persona va a tener traumas en su vida que van a ser difíciles de superar después de tener una vivencia tan jodida como la que se tiene dentro de un sistema de encierro; y el encierro, aun cuando sea en circunstancias de bienestar material, es siempre asfixiante y provoca siempre problemas psicológicos.

Yo siempre digo, siempre recuerdo a un profesor famoso de Derecho Constitucional, que lo operaron

⁹ David W. Garland.

¹⁰ Garland, David W. 2010. *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*. Harvard Press.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

una vez de las mandíbulas y debía tener reposo de tres meses. En esos tres meses, él había cogido los libros que no había leído hace años, y antes de la operación pensaba que podría descansar, dejar de ejercer la profesión y estas cosas. Y él me decía que acabó siendo medicado psiquiátricamente al mes y que le rogaba al médico que le deje salir de la casa, y eso que estaba con empleada, con esposa, con hijos que le visitaban. Es decir, no hay cárcel de oro. Entonces, yo lo que digo es que si eso le pasó a este constitucionalista en un mes, cómo será estar en circunstancias similares con gente que realmente no es tu amiga. Estás viviendo en una celda de cinco metros cuadrados con siete personas, compartiendo un solo baño, encerrado varias horas, con pocas horas en el patio. ¡Por Dios! Es muy duro eso, no tiene sentido.

DC-H: Y esta otra función de la cárcel que encuentra Michel Foucault, esta idea de que la cárcel tiene la función de exhibir públicamente el poder estatal. ¿Qué hay ahí? ¿Tú compartes esa línea de pensamiento o es tal vez un poco exagerado para ti decir que el Estado pierde poder si no tiene una cárcel?

RAS: Para mí, *Vigilar y castigar*¹² es uno de los libros más importantes, me parece a mí, en la reflexión criminológica contemporánea. Cuando en *Vigilar y castigar*, Foucault analiza la cárcel, hay que pensar que ese libro lo escribió luego de reflexionar sobre muchas instituciones de encierro. Él analiza primero el problema de la locura, después de los hospitales, y acaba en la cárcel. Yo sí creo que, en esta época de la modernidad sólida, cómo llamaría Bauman¹³, es decir, en esta lógica de tener que observar con los sentidos y controlar el cuerpo, sí era muy significativo lo que Foucault analizó, porque Foucault hace una arqueología de los lugares de encierro, mirando los reglamentos y también mirando cómo operan estos lugares, y efectivamente, la lógica es controlar el cuerpo. Me parece que Foucault responde a una lógica de control, que si uno después lo combina con la teoría en el campo de concentración de Hanna Arendt, tú vas a ver que definitivamente en una época sí creo que para tener ciudades

tan complejas tenía que haber un control, esto es evidente, y el sistema más puro de control era la cárcel, que era el control total.

Pero si tú te das cuenta, es diferente lo que está pasando ahora. En esto me voy con Byung-Chul Han, a un libro que se llama la *Psicopolítica*¹⁴, donde Byung-Chul Han cuestiona a Foucault y dice que lo que estamos pasando ahora es una transición del control del cuerpo, al control de la mente. Creo que esto es evidente cuando uno mira estos megadatos, los algoritmos y las redes sociales, la forma en que se están controlando nuestros deseos, nuestros impulsos y hasta nuestras opciones políticas.

Yo creo que la cárcel posiblemente va a ir desapareciendo, porque el control del cuerpo cada vez va a ser más obsoleto e innecesario, y vamos a ir a un control muy dirigido de la conducta humana a través de los algoritmos y las redes sociales. Esto se ve, por ejemplo, en la serie *Black Mirror*¹⁵, donde puedes ver cómo los dispositivos tecnológicos ya están marcando los nuevos delitos, los nuevos procedimientos y también las nuevas sanciones. Pero más allá de esto, creo que lo importante de la reflexión de Foucault era la necesidad que el poder tiene de controlar a la gente. La idea del ejercicio de libertades encaminadas hacia la resistencia al poder es algo que el poder necesita controlar. Este control se da de muchas maneras, y creo que el más torpe es el control de los cuerpos en las cárceles. Pero sí, mientras tengamos cárceles, la lectura que hizo Foucault es todavía una lectura crítica, imprescindible.

DC-H: No sé si tú tuviste la misma lectura. Para mí el momento en el que he sentido a la gente más sensible sobre el tema de la cárcel y más dispuesta a hablar de excarcelaciones y de revisar el Código Penal, fue cuando se dieron las masacres. Me parece que, además, como nos llegaron a los celulares las fotos y los vídeos de las víctimas y de la violencia, vimos incluso a la gente pidiéndole al Estado que tome acciones ante esto. Pero inmediatamente luego vino

¹² Foucault, Michel. 1975. *Vigilar y Castigar*. El origen de la prisión. Siglo XXI.

¹³ Zygmunt Bauman.

¹⁴ Byung-Chul Han. 2014. *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Herder Editorial.

¹⁵ Se refiere a la serie británica *Black Mirror*, creada por Charlie Brooker.

todo el discurso de la ola de inseguridad fuera de la cárcel, y otra vez estamos retomando el tema del control y del punitivismo. Entonces, ¿cómo ves el tema de las masacres que hemos tenido en los últimos tiempos? ¿Te parece que esto es algo natural, algo que tenía que pasar dentro del sistema? ¿Es una anomalía, es algo que nos permite reflexionar con respecto a la cárcel?

RAS: La primera reflexión que quisiera hacer es a tu primer comentario; a mí me parece que no necesariamente las masacres despertaron sensibilidad hacia tener compasión por el preso. Sí en algunas personas, posiblemente a las que nosotros seguimos en Twitter. Pero si tú mirabas Twitter o las redes sociales, también había un buen grupo de personas que decían: “¡Qué bueno!, ¡ojalá que se maten todos esos!” o “¡que ojalá se auto eliminen ellos!”. También había este lado, yo no sé si tú lo viste, pero había también como una sensación de alivio, por el hecho de que por fin hay una especie de pena de muerte.

Y la otra cosa que yo sentía en las redes sociales es que había una especie de justificación de la muerte porque vulneraron las leyes, vulneraron la convivencia. Entonces es relativo esto; sí creo que en ciertos sectores hubo empatía, pero creo que al mismo tiempo se exacerbaban esas ideas de que “ojalá se mueran [los presos] porque así hay limpieza social”. Eso, por una parte, y lo otro, leí una entrevista de una exdirectora de prisiones de quien no recuerdo el nombre, pero ella mencionaba, y a mí me impresionó mucho, que la diferencia que existe entre la situación carcelaria actual y la pasada es que ahora se pudieron documentar las masacres. Ella contaba sobre pequeñas masacres y muertes, de esas típicas muertes de personas ahorcadas, suicidadas, que en el fondo siempre son ejecuciones extrajudiciales o asesinatos. Pero ella decía que en el año 2000, en la primera década, ya había muchas masacres, pero que la diferencia era que no había gente que tomaba fotos con celulares o la gente no le prestaba atención a este tipo de situaciones.

Lo que está pasando ahora es que la gente lo está documentando. De todas maneras, me parece que el índice de mortalidad en las cárceles es sin duda, desde el año 2019, el más alto. No hay parámetros en la historia

republicana de un fenómeno tan violento como en las cárceles. Y la otra cosa que creo no pasaba antes; cuando yo visitaba las cárceles en los años 1990 sentía que había siempre una organización carcelaria, había corporales que organizaban cada una de las celdas, y también había requisitos de admisión, que muchas de las veces tenían que ver con capacidad económica para estar en celdas.

Yo viví esto en la cárcel de la García Moreno y en la cárcel de la calle Ambato, pero me parece que nunca un sistema de profundo descontrol por parte del Estado, y por otro lado, de una autonomía violenta por parte de la gente en las cárceles; esto sí me parece que es inédito en el país, y por eso me parece que una de las primeras cosas que tiene que hacer el Estado es depurar la fuerza pública y recuperar el control carcelario. Eso me parece que es la prioridad número uno. Y lo peor de todo es que me parece que la violencia que se vive dentro de las cárceles y que ahora estamos mirando a través del fenómeno de sicariato, que está pasando en Ecuador, tiene mucho que ver también con estos fenómenos de violencia organizada basada en criminalidad de sustancias ilícitas.

Esto es evidente. Me parece que el Estado no puede mirar hacia otro lado y tiene que asumir que somos el país que no controla tanto como Colombia y Perú, y que está permitiendo el flujo del tráfico de drogas. Entonces ya tenemos aquí lavado de dinero, tenemos narcopolítica, y tenemos también la violencia propia de cárteles de drogas. Yo creo que esto nos obliga a mirar y a replantearnos que la sola represión, como ha pasado en México y en Colombia, no es el camino. El fenómeno carcelario me parece que es el efecto de todas las circunstancias que está enfrentando el país; la violencia carcelaria es un reflejo de la violencia social que estamos teniendo y que también es un reflejo del agravamiento de la inequidad social en el país, a la que además aportó la pandemia. Entonces sí, es un problema grave y hay que ponerle mucha atención.

DC-H: Con respecto al tema de las masacres, mientras tú eras parte de la Corte Constitucional, desde la sociedad civil se activaron varios mecanismos. Se activó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, vino a visitar Ecuador y emitió informes;

se presentaron varias acciones en la jurisdicción interna, una acción de protección mediante la que se declaró el “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles, un *habeas corpus* colectivo correctivo en Guayaquil, que también se ganó, y aparte la Corte Constitucional emitió un dictamen al estado de excepción de Guillermo Lasso y las sentencias de *habeas corpus*. Es decir, desde lo jurídico existieron varias respuestas de lo que esperamos que hagan las garantías tanto nacionales como internacionales. Ahí “no hay deuda” del sistema de garantías, pero al final esto no ha tenido ningún impacto en la realidad. ¿Cómo ves tú esa diferencia entre la promesa de las garantías versus lo que están haciendo realmente las garantías?

RAS: A mí me parece que uno de los problemas que existen ahora es que los mecanismos de ejecución de sentencias no son efectivos. La Corte Constitucional, en algún momento, dijo que solo ella puede sancionar por el incumplimiento de garantías; me parece que es torpe centralizar esa facultad. Por otro lado, la Corte nunca o muy excepcionalmente y de forma muy errática ha sancionado a las personas por incumplimiento de sentencias de garantías.

Entonces ahí hay un mecanismo que no termina de efectivizarse. La Corte, primero, debe permitir que los jueces puedan ejecutar sus sentencias hasta la última consecuencia. A mí me parece que en este fenómeno carcelario debieron haber sido destituidos algunos ministros, directores y policías por disposiciones jurisdiccionales, cosa que no ha pasado. Ni siquiera ha pasado que se den reacciones políticas con la frecuencia que uno esperaría en relación con la incompetencia de las autoridades. Me parece que la efectividad de la garantía es una deuda todavía; la garantía está ahí y la garantía en la lógica de tutela judicial efectiva tiene que acabar con sentencias que deben ser ejecutoriadas.

Hay sentencias ambiciosas, como la de medicamentos¹⁶ o la sentencia de cárceles que ganó el Centro de Derechos Humanos de la PUCE¹⁷ que se quedan en su emisión. Más allá de eso, en la ejecución, los jueces ya

no se enfrentan al poder. ¿A quién sacas, al director de la cárcel o al ministro de gobierno? ¿Promueves un juicio político al presidente?

Me parece que hay jueces que se han atrevido a hacer sentencias interesantes, incluso a nivel de la Corte Constitucional, pero me parece que siguen siendo retórica, falta ejecutar. Falta que la Corte ordene que se inicie juicios de repetición, por ejemplo, un juicio por destitución a la autoridad que tenía que ser la encargada de ejecutar la sentencia por cosas inconstitucionales del sistema carcelario; este es el paso que falta dar. Y es evidente que por la falta de ese paso no hay un respeto completo a las sentencias. Esto es lo que siento que está pasando.

DC-H: Entiendo que una de las inquietudes que tenías al entrar a la Corte Constitucional era el funcionamiento del sistema carcelario. ¿Cómo evalúas en este punto a la Corte Constitucional? ¿Crees que la Corte Constitucional fue un foro o será un foro adecuado para seguir discutiendo este tema y llegar al fondo de todos estos problemas que estamos enfrentando como país?

RAS: Yo estoy convencido que para que la Corte Constitucional haga buenas sentencias, tienen que haber buenas demandas, y atrás de las demandas, tiene que haber organización social. Esto para mí es como una trilogía importantísima: si no hay una base social que esté dispuesta a contrarrestar los poderes políticos y económicos, van a triunfar los poderes políticos y económicos que tienen un montón de recursos, pueden hacer *lobbies* directos, contratar a los mejores abogados y cosas de estas.

En el tema del sistema carcelario a mí me parece que lo que falta es que tiene que haber una organización fuerte de familiares de personas privadas de libertad y una organización interna no criminal súper fuerte; esto no existe. Entonces si no hay esto, se tiene un problema. Me parece que ahora hay algunos indicios de organizaciones de derechos humanos que están, pero esto es solo una parte.

¹⁶ Se refiere a la sentencia 679-18-JP/20 y acumulados de la Corte Constitucional de Ecuador (5 de agosto de 2020), caso en el que el entrevistado fue ponente.

¹⁷ Acción de protección Número 17297-2021-00409.

Luego tienen que existir buenas demandas, y cuando digo “buenas demandas” es que tienen que dar a los jueces no solamente argumentos originales, creativos, sino también pruebas de los hechos; y esto tampoco es fácil porque la organización social no tiene esta costumbre de litigio. Los trámites burocráticos y los testimonios, para que sean válidos o sean considerados, tienen que pasar por algunos requerimientos que son difíciles de cumplir: debes tener cédula, papeleta, ir al notario o ir al juez el día que el juez te llame; esto sumado a que los tiempos de los jueces no son los de la gente. Entonces esto es complicado.

Luego necesitas una buena corte, sin duda, y la corte con sensibilidad y empatía. Por ejemplo, yo creo que en la corte de la cual fui parte entre el 2019 y el 2022 había una sensación general, por parte de la mayoría, no de todos y de todas, de que el punitivismo y el populismo penal del COIP, de las políticas públicas, a través de estados de excepción, a través de prácticas legislativas, eran contrarios a principios como el del derecho penal mínimo, los derechos de las personas privadas de la libertad, el derecho al debido proceso en materia penal, es decir: eran contrarias en conjunto al garantismo penal.

Hubo sentencias importantes, me parece, hubo rechazos a los estados de excepción, hubo limitaciones al estado de excepción, se estableció el doble conforme en materia penal, se establecieron excepciones, se amplió la excepcionalidad de la prisión preventiva, se hizo regulaciones para evitar que el juicio abreviado, por ejemplo, sea un juicio en donde se produzcan sentencias donde no hay realmente un debido proceso. Yo creo que se hicieron pasos chiquitos.

El problema que tiene la Corte es que resuelve en base a casos y a demandas, y a veces es difícil mirar todo el panorama que implica el COIP, por ejemplo. Pero yo creo que sí es importante, la lucha jurídica es importante, pero no puede ser ni la única, ni exclusiva dentro de la lucha social. La lucha y las conquistas jurídicas son importantes cuando eso contribuye a una lucha social más grande, y pueden ser, pueden apalancar, pueden resolver algunos problemas puntuales; pero no puede acabarse ahí, ni tampoco hay que creer que la Corte es la solución. Es importante utilizar

esas herramientas, pero como herramientas para una transformación más grande y más profunda.

DC-H: Finalmente, Ramiro, una de las cosas que recordamos quienes fuimos tus estudiantes de pregrado es que nos llevabas a la cárcel. Muchos de nosotros y nosotras nos hemos quedado de una u otra manera trabajando en la cárcel o en temas relacionados. ¿Qué valor pedagógico le das tú al trabajar en la cárcel para los estudiantes de Derecho? ¿Te sigue pareciendo relevante que la universidad se acerque a la cárcel?

RAS: Me parece tremendamente relevante. Yo creo que cuando el aprendizaje es solo en base a doctrinas, normas y a papeles, es incompleto. Cuando al aprendizaje, además de lo anterior, se suma a la praxis, la experiencia, a las prácticas, al conocer y acercarse a la realidad, la diferencia es enorme. Por ejemplo, me encontré con un médico en un pueblo shuar, y él decía que es increíble conocer la cultura de este pueblo y aprender medicina de sus prácticas ancestrales. Lo mismo es cuando uno va a la cárcel y aprende Derecho Penal desde ahí. Tú ves, por ejemplo, si los jueces o juezas o las personas que están estudiando Derecho llegaran a la cárcel, se darían cuenta de lo dura que es esa realidad. A mí me parece que ahí uno entiende mucho más del porqué existen garantías, el porqué hay que frenar el poder punitivo, el porqué el discurso jurídico es de contención del poder político y el porqué principios como el derecho penal mínimo y los derechos de las personas privadas de la libertad son importantes.

Yo digo que palpar la realidad hace que la norma tenga sentido, para reformarla o para aplicarla. La justicia no se hace desde el papel, desde lo abstracto; la justicia se hace mirando la realidad y los efectos de las leyes. Me parece que cuando uno va a la cárcel y uno mira esas miradas tristes, mira a esos niños que visitan a sus padres, mira el dolor físico de la gente, o cuando miramos las fotos de las masacres, por ejemplo, cuando miramos la crueldad que existe ahí adentro, cuando la gente, digamos, se mata como que fueran animales rabiosos encerrados, ahí cobra sentido la Constitución.

Yo sin duda alguna, creo que en general la práctica y el conocer los efectos de la ley en la realidad es

importante, y eso se hace a través de dos mecanismos: el uno, conocer mediante la realidad, y el otro es leer textos de Ciencias Sociales, donde podemos aprender de gente que ha apreciado la realidad de forma cuantitativa y cualitativa, y eso ayuda a que las normas tengan impacto y que uno entienda la verdadera dimensión de una norma jurídica.

DC-H: ¿Quieres cerrar diciendo algo más con respecto a la cárcel?

RAS: Quizás la última cosa. Es que me parece a mí, yo creo, que el problema que estamos teniendo es que

la mirada que ha tenido el gobierno es a corto plazo y securitista. Esa perspectiva ha fracasado. Me parece que la mirada que hay que dar al sistema penitenciario, en general, y al problema de las masacres carcelarias, en particular, tiene que ser en una lógica de políticas públicas a largo plazo; tiene que contar con las voces de muchos actores, no solamente del ministro o de la Policía, porque la Policía es la que ha sido ministra y directores de cárceles y todo. Sino que tiene que existir una interacción entre el sistema político, con expertos, con académicos, con familiares de presos, con los presos mismos. Yo creo que eso es fundamental. Creo que las políticas públicas basadas en derechos es la solución.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, especializada en estudios jurídicos, pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten para el conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Normas de publicación

- ▶ Cálamo recibe contribuciones de académicos internos y externos a la institución. Todas deben ser originales, inéditas y no estar simultáneamente postuladas para publicación en otras revistas u órganos editoriales. Una vez validadas por el Comité editorial de Cálamo, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares de doble ciego.
- ▶ Cálamo maneja una estricta política anti-plagio. Los-as autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto u autor-a, y toda paráfrasis deberá contar con la referencia bibliográfica correspondiente. Antes de la aceptación de los textos y previo su envío a pares revisores, el Comité editorial de la revista realizará una verificación del contenido mediante el *software* de verificación de plagio Turnitin.
- ▶ Los-as autores conservan sus derechos de autor y autorizan a la revista Cálamo, de manera ilimitada en el tiempo, para incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. La revista permite el autoarchivo tanto del *pre-print*, como del *post-print* y de la versión final. Cálamo se encuentra bajo licencia Creative Commons 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0).
- ▶ El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista para ser publicado en Cálamo presupone la aceptación de los términos incluidos en la Política editorial y la adhesión al Código de ética de la revista.

Política por secciones

Dossier: Los artículos de esta sección, de carácter monográfico, responden a la convocatoria vigente y son seleccionados por su calidad académica, su amplia revisión bibliográfica, su sólido nivel argumentativo y, de preferencia, por su análisis de nivel regional e internacional. Todos los textos de esta sección son sometidos a revisión por pares ciegos.

Ensayo: En esta sección se publican ensayos de reflexión sobre diversas temáticas, en los cuales se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia concreta de investigación. Todos los textos de esta sección son sometidos a revisión por pares ciegos.

Reseña: Se trata de una breve evaluación crítica de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. Se reciben propuestas de textos publicados en español, inglés, francés o portugués. Se da prioridad a las reseñas que tengan relación con la convocatoria vigente.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho, figuras públicas, miembros de iniciativas ciudadanas y personalidades políticas o académicas vinculadas al escenario jurídico. Se da prioridad a las entrevistas que tengan relación con la convocatoria vigente.

Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo

- ▶ El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios (*cce*), en español y en inglés.
- ▶ Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título; en español y en inglés.
- ▶ El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Si el editor sugiere cambios, serán aplicados en mutuo acuerdo.
- ▶ El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- ▶ La extensión de los artículos será de 30.000 a 50.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- ▶ El Centro de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- ▶ Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como recibidos y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus escritores.

Requisitos para la sección Reseña

- ▶ Se aceptan reseñas de libros publicados en los últimos dos años.
- ▶ Tendrán una extensión de entre 3.000 y 10.000 *cce* (incluyendo notas al pie y recuadros).
- ▶ No deben contar con resumen.
- ▶ Deben presentar los siguientes datos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, número de páginas. Puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. También debe presentar la portada escaneada de la publicación.
- ▶ Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- ▶ Deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.

Orientaciones para el envío de contribuciones

Los autores-as deberán remitir junto al artículo un formulario de autor que está disponible en la página web www.calamo.ec, en el mismo se especificará su grado académico/ institución a la que se encuentra vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o electrónica). Además, deberá incluir una breve semblanza curricular e indicar si desea que se publique su correo electrónico. Los envíos pueden hacerse a través de la página calamo.ec o por correo electrónico a calamo@udla.edu.ec.



udla.