

Universitat de València

FACULTAT DE DRET

*Máster Universitario en
Criminología y Seguridad*

TRABAJO FIN DE MÁSTER



ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN ECUADOR:
LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

Diego Sebastián Campoverde Sánchez

Tutela:

Prof. Dra. Vicenta Cervelló Donderis

Valencia, 2020

Resumen

La privación de libertad desde inicios del siglo XIX es una pena generalizada y prioritaria en la mayoría de los ordenamientos, que por su consideración como sanción natural, racional y humana se ha convertido en la principal respuesta al delito; sin embargo, desde los inicios de esta forma de castigo se han realizado críticas a su funcionamiento y justificación, provocando su reforma y la denominada crisis de la prisión. La suspensión de la ejecución de la pena en el marco de esta crisis se ha convertido en una de las principales alternativas a la prisión, pues fundamentada en criterios de humanidad, pretende evitar al infractor los efectos negativos de la cárcel. En la presente investigación, mediante la revisión bibliográfica y el estudio de casos, se pretende analizar cómo el sistema de justicia penal ecuatoriano aplica este mecanismo alternativo a la prisión, identificando los criterios de valoración en que los juzgadores basan su decisión, así como la incidencia de esta figura jurídica en la reducción del uso de la prisión. La existencia de criterios subjetivos para suspender la ejecución de las penas y la restricción de su aplicación a casos resueltos en procedimiento abreviado, contravenciones y delitos de ejercicio privado de la acción penal, inciden en una aplicación residual de este mecanismo, perdiendo eficacia e importancia como elemento reduccionista del poder punitivo.

Palabras clave: Prisión, política criminal, suspensión pena, cárcel, alternativas penales.

Agradecimiento

A Mercedes y Hernán, mis padres, quienes han sido guía y soporte permanente en la búsqueda de conocimiento y crecimiento.

Abreviaturas

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CRE: Constitución de la República del Ecuador

INEC: Instituto Nacional de Estadísticas y Censo del Ecuador

LOR-COIP: Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal

SATJE: Sistema Automático de Trámite Judicial del Ecuador

SCP: Suspensión condicional de la pena

SJP: Sistema de justicia penal

Índice de Contenido

Resumen.....	1
Agradecimiento	2
Abreviaturas	3
1. Introducción	7
2. Metodología y procedimiento	9
2.1. Objetivos.....	9
2.1.1. Objetivo general	9
2.1.2. Objetivos específicos	9
2.2. Método.....	9
2.3. Técnicas y estrategias de investigación.....	10
2.4. Procedimiento y material.....	11
2.4.1. Selección de casos	13
2.4.2. Definición de variables de investigación	14
2.4.3. Construcción de la matriz de recogida de datos	16
3. Marco teórico	18
3.1. Poder punitivo.....	18
3.2. Teorías de la pena	19
3.3. Garantismo penal	23
3.4. La pena de prisión	25
3.4.1. Críticas y crisis de la prisión	28
3.4.2. Efectos negativos de la prisión.....	33
3.5. Alternativas a la prisión.....	36
3.5.1. Clasificación de las alternativas a la prisión	40
3.5.2. Crítica a las alternativas a la prisión.....	41
3.6. Suspensión condicional de la pena.....	42
3.6.1. Antecedentes	43
3.6.2. Desarrollo.....	45
3.6.3. Naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena.....	46
3.6.4. La suspensión de la ejecución de la pena en el derecho comparado	49
4. Criminalidad y sistema de justicia penal	52
4.1. Situación socioeconómica del Ecuador	52
4.2 Criminalidad en Ecuador.....	54
4.2.1. Encuestas de victimización.....	54

4.2.2. Delincuencia registrada.....	57
4.3. La pena en la legislación ecuatoriana.....	60
4.3.1. Penas alternativas a la prisión	61
4.3.2 Mecanismos para modular y evitar la pena.....	64
4.3.3. Reformas al Código Orgánico Integral Penal	67
4.4. ¿Cómo actúa el sistema de justicia penal en Ecuador?	68
4.5. Situación penitenciaria	72
5. La suspensión condicional de la pena en Ecuador	77
5.1. Antecedentes y generalidades	77
5.2. Ámbito de aplicación (Requisitos numerales 1 y 4)	79
5.2.1. Prohibición de suspender penas impuestas en procedimiento abreviado	81
5.2.2. Suspensión de la pena en contravenciones y delitos de acción privada	84
5.3 Beneficiarios (Requisito numeral 2)	86
5.4. Personalidad y gravedad de la conducta (Requisito numeral 3).....	88
5.5. Criterio para decidir la SCP.....	93
5.6. Principales cuestiones procesales.....	95
5.7. Consecuencias de la SCP.....	101
5.8. Condiciones	102
5.9. Plazo de suspensión.....	103
5.10. Control del cumplimiento de la SCP.....	105
6. Estudio múltiple de casos.....	106
6.1. Información estadística general	107
6.2. Información criminológica.	108
6.3. Información jurídica.....	109
6.4. Verificación del cumplimiento de requisitos.....	110
6.5. Necesidad de la pena	115
6.6. Criterios de decisión.....	115
6.7. Condiciones impuestas	117
6.8. Plazo de suspensión.....	118
6.9. Discusión de resultados del estudio de casos	118
7. Conclusiones	126
8. Referencias bibliográficas.....	130
9. Anexos	140

Índice de tablas

Tabla 1. Relación de variables, indicadores e índices	15
Tabla 2. Configuración general de la suspensión condicional en el derecho comparado	49
Tabla 3. Victimización y temor al delito	56
Tabla 4. Delitos con mayor incidencia en el cantón Quito.....	59
Tabla 5. Clasificación de las penas no privativas de libertad	61
Tabla 6. Sentencias penales de primera instancia dictadas en el año 2019 a nivel nacional....	68
Tabla 7. Mecanismos de gestión de la criminalidad a nivel nacional en el año 2019.....	70
Tabla 8. Sentencias penales de primera instancia dictadas en Quito durante el año 2019	71
Tabla 9. Mecanismos de gestión de la criminalidad en el cantón Quito en el año 2019.....	72
Tabla 10. Sistema penitenciario ecuatoriano en cifras	73
Tabla 11. Delitos con mayor cantidad de personas privadas de libertad en el año 2019	75
Tabla 12. Condiciones que se puede imponer en la SCP	102
Tabla 13. Aceptación y negativa de SCP de acuerdo con la edad del infractor.....	108
Tabla 14. Resolución de SCP de acuerdo con penas previstas e impuestas.	109
Tabla 15. Cumplimiento de requisito 3 primera parte.....	112
Tabla 16. Criterios en antecedentes familiares, personales y sociales en casos denegados ...	112
Tabla 17. Cumplimiento del requisito 3 segunda parte	113
Tabla 18. Criterios sobre la modalidad y gravedad de la conducta.....	114
Tabla 19. Elementos que fundamentan el criterio sobre necesidad de ejecución de la pena..	115
Tabla 20. Cantidad de condiciones impuestas por tipo de condición.	117

Índice de figuras

Figura 1. Cantidad de sentencias emitidas en el cantón Quito durante el año 2019	12
Figura 2. Denuncias registradas en la Fiscalía General del Estado por año..	57
Figura 3. Cantidad de denuncias registradas por bien jurídico protegido.	57
Figura 4. Delitos que con mayor frecuencia se denunciaron en el año 2019.....	58
Figura 5. Evolución de denuncias recibidas en la Fiscalía General del Estado por cantón.....	58
Figura 6. Infracciones de acuerdo con su tipo de sanción,	61
Figura 7. Conciliación a nivel nacional en el año 2019.....	69
Figura 8. Resolución de suspensión condicional de la pena en Quito durante el año 2019 ...	107
Figura 9. Criterios de decisión principales para la suspensión condicional de la pena.....	116
Figura 10. Porcentaje de casos negados de acuerdo con el criterio de decisión.	116

Índice de anexos

Anexo 1. Matriz de recogida de datos	140
--	-----

1. Introducción

Diversas investigaciones dan cuenta de que los altos índices de violencia y delincuencia registrados en América Latina tienen múltiples causas, destacando entre ellas la inequidad, pobreza y marginalidad, cuestiones que se ven reflejadas en la falta de empleo, bajos niveles de educación, dificultad de acceso a servicios de salud, entre otras problemáticas (Kliksberg, 2002; Carranza, 2009; Buvinic, Morrison y Orlando, 2005; Saad Diniz y Boudoux Salgado, 2018).

Esta realidad plantea una constante demanda de seguridad, lo que a su vez se traduce en políticas públicas encaminadas a garantizarla. Las respuestas de política criminal son variadas, pero en esta región se evidencia un marcado enfoque punitivo fomentado por el populismo penal, que genera como resultado altas tasas de encarcelamiento, lo cual se traduce en sistemas penitenciarios en emergencia, con problemas de hacinamiento y violencia carcelaria.

En el ejercicio del castigo la pena de prisión ha tomado un rol protagónico, siendo una pena generalizada y que se muestra como la primera respuesta al delito, a pesar de las constantes críticas a su funcionamiento y a los efectos perjudiciales del encierro; estos cuestionamientos a la prisión llevaron a generar en la década de los setenta la denominada *crisis de la prisión*.

Ante la crisis de este mecanismo de sanción se desarrollaron propuestas alternativas, buscando la reducción del encierro y la determinación de mecanismos punitivos más humanos. Si bien la suspensión de la ejecución de la pena es una figura jurídica que data de fines del siglo XIX, tomó impulso e importancia en la gestión de la criminalidad a partir de los años setenta.

En el caso de Ecuador esta figura jurídica fue incorporada en la legislación en el año 1938 bajo el nombre de condena condicional, pero su ámbito de aplicación limitó su incidencia e importancia. Con base en los avances doctrinales y jurisprudenciales el legislador en el año 2014 estableció reformas a esta figura, modificando su denominación, ámbito de aplicación, consecuencia y presupuestos para su concesión. Esta reforma plantea la suspensión condicional de la pena, en adelante SCP, como un mecanismo alternativo a la prisión con mayor relevancia.

La configuración de la penalidad en Ecuador evidencia que la privación de libertad sigue siendo la pena por excelencia, dejando un limitado espacio a las penas no privativas de libertad, lo que se verifica en que casi la totalidad de infracciones son sancionadas con prisión y no existe la posibilidad de su sustitución; esta realidad normativa permite considerar la suspensión de la pena como una importante medida reduccionista de la prisión.

Si bien la configuración normativa de esta figura jurídica plantea un amplio ámbito de aplicación, los requisitos exigidos para su procedencia y su forma de valoración pueden reducir considerablemente su eficacia; pues para suspender las penas el juzgador debe valorar la

peligrosidad criminal del sentenciado y la necesidad de ejecución de la pena, cuestiones subjetivas que plantean una decisión discrecional, lo cual puede conllevar un ejercicio arbitrario y discriminatorio que podría reducir la aplicación de esta figura.

Por otro lado, la Corte Nacional de Justicia a través de su atribución de interpretación de la norma, ha determinado limitaciones y restricciones para la aplicación de este mecanismo alternativo a la prisión, reduciendo el ámbito de aplicación. En este sentido, las penas impuestas en procedimiento abreviado, así como las correspondientes a contravenciones y delitos de ejercicio privado de la acción penal, no son susceptibles de suspenderse.

Ante la problemática aplicación de la SCP, se considera necesario el estudio de la incidencia de esta figura jurídica en la gestión de la criminalidad, analizando su determinación teórica y normativa, así como su dimensión práctica. Para la investigación propuesta se requiere además identificar cuestiones contextuales de la criminalidad y el sistema de justicia penal ecuatoriano, aspectos que permitirán identificar de forma completa cómo se aplica la suspensión de la pena en el Ecuador.

La justicia penal ecuatoriana normativamente está orientada por la mínima intervención penal, por la aplicación del poder punitivo como *última ratio* y de la prisión como su último recurso, por lo que el uso y creación de alternativas a la prisión toma un rol importante en la generación de una justicia más humana, es en este sentido que la presente investigación encuentra justificación y relevancia.

Para el planteamiento de la investigación se desarrolló una verificación del estado de la cuestión, identificando que los estudios existentes son de carácter eminentemente normativo y no abarcan el problema del funcionamiento de la administración de justicia, por lo que la novedad de la investigación se encuentra en el estudio práctico de la aplicación de esta figura, recurriendo para ello a las estrategias de investigación documental y de estudio de casos.

2. Metodología y procedimiento

En este apartado se exponen las cuestiones metodológicas de la investigación, iniciando por determinar el objetivo general y objetivos específicos que se pretenden cumplir, así como las hipótesis que se buscan explicar. Luego se señala el método empleado y las técnicas de investigación aplicadas, detallando la forma en la que se accedió a la información, los criterios de clasificación y selección de casos, y cómo se determinaron las variables de investigación.

2.1. Objetivos

2.1.1. Objetivo general

Analizar cómo el sistema de justicia penal ecuatoriano contempla y aplica la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad.

2.1.2. Objetivos específicos

a) Describir la criminalidad y el sistema de justicia penal en Ecuador, revisando indicadores estadísticos, legislación y cuestiones fundamentales de la pena y del sistema penitenciario. El conocimiento de estos diversos elementos permitirá comprender la forma en que se gestiona la criminalidad en Ecuador, identificando el espacio que tienen las alternativas a la prisión, y la necesidad de estas frente a la situación penitenciaria.

b) Identificar la configuración normativa de la suspensión condicional de la pena en Ecuador, a partir del análisis de la legislación y jurisprudencia relevante, para comprender si la forma en que se ha previsto esta figura jurídica impulsa o restringe su aplicación.

c) Analizar las decisiones judiciales sobre suspensión condicional de la pena, para conocer los criterios de valoración en que los juzgadores basan su decisión, atendiendo a la forma de evaluación del cumplimiento de requisitos establecidos en la ley. La identificación de estos criterios permitirá conocer con mayor profundidad el comportamiento del sistema de justicia penal frente a esta alternativa a la prisión.

2.2. Método

La presente investigación es de naturaleza cuantitativa y cualitativa, con un nivel explicativo de la situación. En cuanto a la determinación teórica de la investigación, esta se enmarcará en el derecho penal mínimo o garantismo penal. Su marco disciplinario aborda cuestiones del Derecho penal, Derecho administrativo y la criminología.

Siguiendo la clasificación realizada por Cea D`Ancona (1996), la investigación es preexperimental o correlacional, corresponde a un diseño seccional o transversal y de acuerdo con su objetivo es explicativa, pues busca establecer la forma en que el sistema de justicia penal ecuatoriano aplica la figura jurídica objeto de estudio.

En consideración de los recursos económicos, humanos y de tiempo, así como de la cantidad de información que representa un análisis a nivel nacional, se limita la investigación en el aspecto espacial al cantón Quito, circunscripción territorial más poblada del país y que es la capital de la República; y en el ámbito temporal a las decisiones sobre suspensión de la pena dictadas entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año 2019.

2.3. Técnicas y estrategias de investigación

Toda vez que la investigación es jurídica y criminológica, la primera estrategia de investigación es la revisión de fuentes documentales y estadísticas, con la finalidad de determinar el marco teórico y normativo del problema investigado, así como conocer la incidencia del fenómeno mediante la revisión de información estadística de fuentes oficiales, como son: Consejo de la Judicatura, Fiscalía General del Estado y Servicio Nacional de Atención a Personas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores. Esta estrategia permitirá cumplir con los dos primeros objetivos específicos de la investigación.

En lo correspondiente al tercer objetivo específico, debido a la naturaleza de las unidades de análisis y la necesidad de recabar información adecuada para conocer los criterios de valoración en los que los juzgadores basan su decisión sobre la SCP, se desarrolla la estrategia de investigación denominada estudio de casos.

Al analizar la pertinencia de realizar un estudio de casos, de acuerdo con Cea D`Ancona (1996), se debe considerar el objetivo del estudio, el control que tenga el investigador sobre el mismo y la orientación sobre fenómenos actuales o pasados Cea D`Ancona (1996); en este sentido el autor en referencia señala que esta técnica se adecua a investigaciones que buscan explicar el cómo y por qué de un fenómeno, a casos en que el investigador ejerce poco control y cuando el foco de atención es un fenómeno contemporáneo de la vida real.

De acuerdo con Coller Porta (2000), se puede considerar como “caso” a cualquier objeto de la naturaleza social que pueda ser determinado y analizado en su contexto, con el fin de recabar información que permita construir una teoría o parte de ella. Siguiendo al referido autor, la validez y credibilidad de este tipo de investigación dependerá de la “construcción del caso”, que es el proceso de justificar la selección de casos, atendiendo su naturaleza y relevancia.

En la presente investigación los casos de estudio consisten en sentencias y resoluciones de primera instancia sobre suspensión condicional de la pena, decisiones judiciales que requieren un análisis cualitativo y cuantitativo para conseguir el objetivo propuesto, por lo que esta estrategia de investigación resulta necesaria y válida.

La técnica de obtención de información es documental, para los aspectos bibliográficos y teóricos se acudió a la Biblioteca de la *Universitat de Valencia*, así como a bases de datos científicas en línea; la información estadística ha sido solicitada a las instituciones públicas correspondientes; y, la información relacionada con decisiones judiciales fue consultada en el registro público abierto de causas de la Función Judicial de Ecuador, constante en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano, en adelante SATJE, disponible en la página web: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

2.4. Procedimiento y material

Para el estudio de casos las unidades de observación son las decisiones judiciales en las que se resuelve sobre la SCP, tanto aquellas que aceptan la aplicación de este mecanismo, como las que lo deniegan. De acuerdo con cuestiones procesales estas decisiones pueden estar contenidas en las sentencias condenatorias o en autos generales que contienen específicamente la resolución de aplicación de este mecanismo (COIP, 2014, art. 622, 630).

Para lograr una adecuada selección de casos de estudio, se debe primero conocer la totalidad del universo de casos o material de estudio, por lo que se recurrió a fuentes primarias de información documental y estadística. Se solicitó al Consejo de la Judicatura información sobre las resoluciones de SCP a nivel nacional dictadas durante el año 2019, sin que se haya podido obtener información completa debido a que el sistema SATJE no contiene una variable que permita identificar los casos en que se resolvió la aplicación de esta figura jurídica, además de que no existe un registro nacional sobre suspensión de penas.

Ante la dificultad para identificar el universo de casos, se solicitó al Consejo de la Judicatura información sobre la totalidad de sentencias dictadas en materia penal en el cantón Quito durante el año 2019, las cuales suman una cantidad total de 11.461 sentencias, información a la cual se aplicó diversos criterios jurídicos objetivos de selección para llegar a los casos en que se solicitó y resolvió la SCP.

El primer criterio consiste en identificar al juez competente para decidir sobre SCP, de conformidad con el artículo 630 del COIP, es el juez que impone la condena, pudiendo ser en primera instancia o en los recursos de apelación y casación, así también se debe considerar que en ciertos casos se aplican reglas de fuero, por lo que no siempre será el mismo juzgador. Para

unificar el criterio acerca del juzgador se seleccionaron las resoluciones dictadas en primera instancia, las cuales suman 10.794 y representan el 94.1% del total de sentencias.

Las sentencias de primera instancia luego fueron clasificadas de acuerdo con su forma de terminación, pudiendo ser ratificatorias de inocencia o condenatorias. Se constató que 6.370 sentencias son de condena, por lo que a este universo se aplicaron los criterios de procedibilidad de la SCP previstos en la norma y los determinados por la Corte Nacional de Justicia.

De conformidad con la Absolución de Consulta realizada por la Corte Nacional de Justicia (2015; 2018), se determina que en caso de infracciones de ejercicio privado de la acción penal no cabe la SCP, por lo que se excluyeron 3.971 sentencias que corresponden a contravenciones y delitos de acción penal privada. Es necesario señalar que si bien la absolución de consulta no tiene carácter obligatorio ha generado el desarrollo de una línea jurisprudencial que limita la aplicación de esta figura jurídica en las infracciones señaladas, pues se sigue el criterio interpretativo del máximo órgano nacional de justicia.

Por otro lado, se descartaron 1.244 sentencias que corresponden a delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos sancionados con penas previstas de más de cinco años, infracciones en las que no se puede aplicar esta figura por expresa prohibición legal (COIP, 2014, art. 630).

Contando con un universo de 1.155 casos en que se podía solicitar la SCP, es necesario considerar que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución 02-2016, que es de obligatorio cumplimiento, estableció la prohibición de aplicar la SCP en los casos resueltos mediante procedimiento abreviado, en tal sentido, se procedió a la revisión de este aspecto en cada sentencia, encontrando que 846 casos fueron resueltos en procedimiento abreviado, quedando 309 casos en los que procede la figura jurídica objeto de investigación.

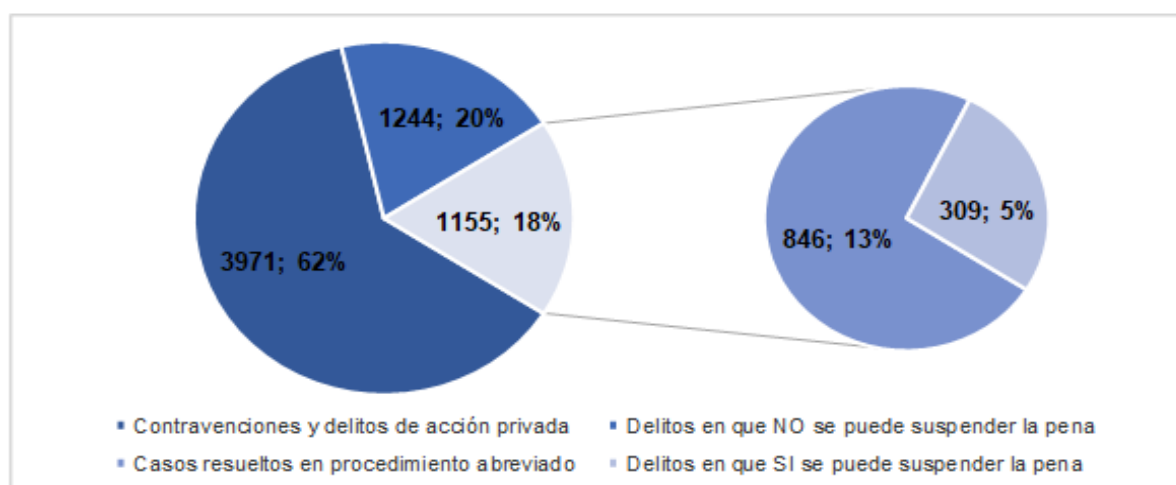


Figura 1. Identifica la cantidad de sentencias emitidas en el cantón Quito durante el año 2019, diferenciando los criterios de selección para determinar el material de estudio.

La SCP es un mecanismo jurídico aplicable a solicitud de parte del sentenciado, por lo que en casos en que no existe dicha solicitud el juez no podría analizar su aplicación. En 50 casos no se solicitó la SCP, por lo que el material de estudio se reduce a 259 casos, de los cuales en ocho de ellos los sentenciados desistieron, mientras que tres casos, hasta el 31 de diciembre de 2019, se encontraban pendientes de realizarse las audiencias respectivas, por lo que estos casos son excluidos, quedando el material de estudio en 248 resoluciones.

2.4.1. Selección de casos

Para determinar si es posible el estudio de la totalidad de casos o si es necesario seleccionar una muestra, debemos conocer la configuración del material de estudio. Al resolver la solicitud de SCP pueden darse dos resultados, que se acepte o que se deniegue la solicitud. De las 248 sentencias, 203 casos corresponden a solicitudes aceptadas, que representan el 81.85%, mientras que los casos denegados son 45, el 18.15%.

El objetivo de la aplicación del estudio de casos es poder conocer los criterios de valoración judicial en forma amplia, sin discriminar la forma de resolución, por lo que los grupos deben ser iguales a fin de evitar sesgo o arbitrariedad. En tal sentido, se decide el estudio de la totalidad de casos denegados (45) y de similar cantidad de casos aceptados (45), debiendo establecer criterios para la selección de los casos aceptados.

El primer criterio pretende construir una muestra en la que estén representados todos los tipos penales que se encuentran en los 203 casos, por lo que habrá al menos 1 caso correspondiente a cada delito. El segundo criterio considera la fecha de emisión de la sentencia, seleccionando los casos más antiguos. Con estos parámetros se garantiza que la construcción de la muestra no sea arbitraria ni sesgada, asumiendo mayor validez la investigación.

En la totalidad de casos aceptados se identifica la presencia de 24 tipos penales distintos, por lo que es posible la representación de todos en la muestra y se puede seleccionar más casos en aquellos delitos que tienen mayor frecuencia. En delitos que presentan más de 5 y menos de 10 casos se elegirán 2 sentencias; en los que presentan más de 10 y menos de 20 casos se escogerán 4 sentencias; y en el delito de tráfico ilícito de drogas, que suma 69 casos, se seleccionarán 7 sentencias, con lo que se completa la cantidad total de 45 casos de estudio.

Los 90 casos seleccionados corresponden en igual cantidad a resoluciones de aceptación y denegación de la SCP, con lo que se garantiza grupos homogéneos de estudio que permitan identificar, desde las dos posibilidades de decisión, los criterios expresados por los juzgadores. De los casos seleccionados se obtiene del sistema SATJE los registros completos del proceso penal, respaldando la información en archivos *pdf*,

2.4.2. Definición de variables de investigación

El estudio múltiple de casos requiere la determinación de variables genéricas que pueden ser identificadas en todos los casos. Al ser una figura jurídica el objeto de estudio, para determinar las variables nos remitimos a consideraciones normativas cuyo cumplimiento se exige con criterio universal, aun cuando ciertos elementos son subjetivos y su valoración discrecional. Estas cuestiones normativas están establecidas en el artículo 630 del COIP.

De conformidad con la norma en referencia, el juzgador al valorar la posibilidad de suspender una pena debe de forma obligatoria verificar el cumplimiento de los requisitos, analizar la necesidad de ejecución de la pena, y en caso de aceptar la solicitud establecer las condiciones y el plazo de suspensión. A partir de estas disposiciones normativas se puede construir un concepto de la SCP, el cual se propone en los siguientes términos:

La suspensión condicional de la pena es un mecanismo jurídico de política criminal mediante el cual el juzgador puede determinar que se suspenda temporalmente la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta en sentencia condenatoria, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en la ley y exista solicitud de parte del sentenciado, bajo la exigencia de cumplir con una serie de condiciones durante la suspensión, luego de cuyo cumplimiento se remitirá o extinguirá la pena impuesta.

Siguiendo el proceso de operacionalización de variables de Lazarsfeld (1973), del concepto debemos identificar sus elementos o características esenciales que pueden ser categorizados, los cuales se consideran como variables; a cada una de estas variables se asigna indicadores que permitan su comprobación empírica; y, finalmente estos indicadores deben estar reflejados en índices que comportan un valor o cualidad, lo que permite cuantificarlos.

Aplicando el proceso referido se determinan las siguientes variables: a) pena impuesta, b) cumplimiento de requisitos, c) necesidad de ejecución de la pena, d) decisión, e) condiciones impuestas, f) plazo de suspensión y g) revocatoria o extinción de la pena. Para los fines de la investigación la variable g) queda fuera del estudio, mientras que la variable cumplimiento de requisitos se divide en requisitos objetivos y subjetivos.

Tabla 1. Relación de variables, indicadores e índices

VARIABLE	INDICADOR	INDICE
1. Pena impuesta al sentenciado	1.1. Duración de la pena	Menor a 1 año Entre 1 y 3 años Entre 3 y 5 años
2. Requisitos objetivos	2.1. Que la pena prevista para el delito no exceda de 5 años.	SI/NO
	2.2. Que no sean delitos restringidos.	SI/NO
	2.3. Tiene vigente otra sentencia	SI
	2.4. Tiene otro proceso en curso	NO
	2.5. Ha sido beneficiado con salida alternativa en otra causa	No refiere No aplica
3. Requisitos subjetivos	3.1. Antecedentes personales	Favorable
	3.2. Antecedentes sociales	No favorable
	3.3. Antecedentes familiares	No refiere
	3.4. Modalidad de conducta	No aplica
	3.5. Gravedad de conducta	
4. Necesidad de ejecución de la pena	4.1. Criterio sobre necesidad de ejecutar la pena	Criterio No refiere No aplica
5. Decisión	5.1. Forma de resolución de la solicitud de SCP	Acepta/ Niega
6. Condiciones impuestas	6.1. Cantidad de condiciones impuestas	De 1 a 3 De 4 a 6 De 6 a 9 10
7. Tiempo de suspensión de la pena	7.1. Duración de la suspensión	Menor a 1 año Entre 1 y 3 años Entre 3 y 5 años

Nota. Elaboración propia a partir de la operacionalización de variables. Los indicadores responden a determinaciones normativas y los índices identifican criterios de medición o cumplimiento de las variables. El término “delito restringido” se refiere a los delitos en que el legislador ha prohibido la aplicación de la SCP, esto es, violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar y delitos contra la integridad sexual y reproductiva (COIP, 2014, art. 630).

En el caso de la variable 1, se recoge la duración de la pena en concreto y la valora en rangos que corresponden a la dosimetría de penas identificada en el COIP; similar índice se determina para la variable 7. La variable 2 contempla requisitos objetivos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 630 del COIP, que corresponden a cuestiones de procedibilidad. En los indicadores 2.1 y 2.2. su verificación es dicotómica (SI/NO).

Respecto de los indicadores 3.1 al 3.5, que son de naturaleza subjetiva, se determina como índice la forma en que el juzgador considera en cada caso estos diversos elementos, ya

sea de forma favorable o no favorable al infractor. En la variable 4 los índices previstos buscan identificar si en la sentencia consta el criterio sobre necesidad de ejecución de la pena, en caso de haberlo se transcribe su argumento principal. Por su parte la variable decisión recoge las dos posibles opciones frente a la solicitud de suspensión.

En los casos en que se aceptó la SCP se verifican las variables referentes a condiciones y plazo de suspensión, la primera orientada a conocer cuáles y cuantas condiciones se impusieron, mientras que el plazo se refiere al periodo de prueba o suspensión de la pena durante el cual el sentenciado debe cumplir las condiciones.

Para identificar los criterios de valoración de los elementos previstos en los requisitos 2 y 3 del artículo 630 del COIP, se recogen en cada caso los argumentos expresados por los juzgadores, así como se identifican los documentos con los que el solicitante pretende justificar su cumplimiento. Mientras que en el caso de las variables 4 y 5, los diversos argumentos expuestos por los juzgadores no permiten a priori establecer índices que faciliten clasificarlos, por lo que se recogen los argumentos principales para luego de su revisión poder agruparlos en orden a su fundamento principal.

En los indicadores 2.3 a 4.1 cuando los juzgadores no expresan la forma de valoración se registrará “No refiere”, mientras que en los casos que por diversas cuestiones no se requiere el análisis de los distintos elementos se señalará “No aplica” o “N/A”.

2.4.3. Construcción de la matriz de recogida de datos

Los documentos de los casos de estudio permiten conocer la información específica sobre la solicitud, análisis y resolución de la SCP, además de información sobre el hecho delictivo, identidad del sentenciado, medidas cautelares e identidad del juzgador. Para recabar esta información se construye una matriz que permite recopilar de forma ordenada los datos, utilizando el software Excel por la facilidad de manejo de texto y cifras.

La información se ordena en cinco grupos. El primero es la identificación de los casos de estudio, asignándoles un número del 1 al 90, además de su identificación con el número único del sistema SATJE. El segundo grupo recoge información criminológica del sentenciado, específicamente: edad, sexo, profesión, educación y nacionalidad; en los casos en que no se cuenta con información se señala S/I, mientras que en los casos que no aplica la identificación por existencia de varios sentenciados se utiliza N/A.

El tercer grupo corresponde a la información jurídica, identificando el delito, pena prevista, pena impuesta, se verifica si se ha dictado medida cautelar de prisión preventiva, si el juzgador es Unidad Judicial o Tribunal, así como el tipo y forma de resolución.

El cuarto grupo se refiere a verificación de cumplimiento de requisitos. Para el requisito constante en el numeral 2 se incluye una columna que recoge información de los documentos que presenta el sentenciado y otra para el criterio de cómo valora el juzgador. En lo referente al numeral 3, su revisión se divide en dos partes, una relacionada con antecedentes personales, familiares y sociales y la otra sobre modalidad y gravedad de la conducta. En ambos casos se recoge el criterio de cómo los valora el juzgador y en cuanto a los “antecedentes” se registran los documentos que presenta el sentenciado para acreditar el cumplimiento de este requisito.

El quinto grupo recoge los argumentos expresados por el juzgador respecto de la necesidad de la pena y la decisión del caso, de los cuales se identifica el argumento principal para luego clasificarlos con criterios que permiten su cuantificación y cualificación. Además, en los casos que se acepta la SCP se recoge la información sobre condiciones impuestas, el conteo de estas y el plazo de suspensión. La matriz se agrega a este documento como Anexo 1.

3. Marco teórico

El estudio de la SCP, figura jurídica alternativa a la prisión, exige una necesaria referencia, aunque breve, a las cuestiones teóricas que fundamentan el poder de castigar, la concepción de la pena en general y de la prisión en particular. En este apartado se revisan los principales desarrollos teóricos que sustentan la pena de prisión, las críticas que ha recibido y las alternativas que se han planteado, finalizando con la revisión teórica de la SCP.

3.1. Poder punitivo

La vida del ser humano en sociedad desde siempre ha planteado conflictos y retos para una convivencia pacífica, a lo largo de la historia han sido variadas las formas en las que se ha gestionado los conflictos interpersonales y sociales en el ámbito del castigo, pasando de la venganza privada a la venganza pública. En la actualidad y con universalidad las sociedades recurren al poder punitivo para sancionar las conductas que se prevén como delitos.

A inicios de la humanidad la gestión de conflictos se llevaba a través de la venganza privada, la víctima tomaba justicia por mano propia, lo que planteaba problemas en cuanto al incremento de la violencia y la injusticia, puesto que los débiles no podían contra las fuerzas y recursos de los más fuertes. La venganza inicialmente es la respuesta ante la ruptura del *status quo* de la víctima y el castigo está vinculado primordialmente al daño, cuando la víctima sufría daño se creía en derecho de ejercer un castigo como compensación, siendo carácter retributivo.

A esta concepción de castigo se introdujeron cuestiones mágicas y religiosas, de modo que el conflicto ya no solo importaba a la víctima por el daño recibido, sino también a la divinidad por la vulneración de sus normas. Para Franz Von Liszt (1914), en las uniones sociales prehistóricas vinculadas por lazos de sangre no existía distinción entre el mandamiento de Dios y el estatuto de los hombres, por lo que la infracción era un atentado contra la divinidad, siendo las penas características de este periodo la muerte y la expulsión de la comunidad.

Esta integración de las normas divinas permitió que a la venganza privada se sumen intereses sociales. De acuerdo con cada cultura la intervención del poder social podía tener los objetivos de limitar la violencia en la venganza o buscar la reparación de la ofensa, en algunos casos estos objetivos se planteaban secuencialmente, primero se buscaba la reparación y ante su imposibilidad se habilitaba la violencia; ejemplo de ello encontramos en los germanos, pues ante la ofensa *“el agresor se recluía en el templo... para evitar el primer impulso de venganza, y allí permanecía, mientras los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación... bajo amenaza de que, de no resolverse, se declaraban la guerra”* (Zaffaroni, 2018, p. 46).

Ante el ejercicio comunitario del castigo, mediante consideraciones religiosas y de poder, se introdujo una tercera parte al conflicto, ya no era solamente la víctima y el agresor, aparece entonces el juicio de Dios, entregando a la divinidad la potestad de decidir la resolución de un conflicto a través de un juez, por intermedio de quien se expresaba la decisión. La introducción de un tercero con poder de decisión configuró el nacimiento del poder punitivo.

El castigo pasó a ser ejercido por el poder religioso y el poder político, arrebatando a la víctima el conflicto, por lo que la venganza dejó de ser privada y se convirtió en una cuestión pública; en este sentido, siguiendo a Zaffaroni (2018), el poder punitivo aparece cuando se *confisca a la víctima* el conflicto y el papel central lo asume un tercero. De acuerdo con Larrauri Pijoan (1997), éste es el momento en que *“el Estado absoluto asumió para sí la función de castigar para crear y fortalecer su poder, con ello eliminó a la víctima y el objetivo de reparación del proceso penal y lo sustituyó por el castigo al amparo de una nueva legitimación”* (p. 187).

Zaffaroni (2018) señala que el poder punitivo que había sido fomentado de forma práctica por los romanos *“apareció y desapareció varias veces en el curso de la historia”* (p. 68), dando espacio a los mecanismos reparadores, pero en los siglos XII y XIII se instaló definitivamente; cuestión que se relaciona con la reorganización de la iglesia y el establecimiento de la investigación criminal inquisitiva (Foucault, 2009).

Durante el siglo XVII las ideas del iluminismo penal fueron construyendo un nuevo fundamento del poder de castigar, alejándose de interpretaciones religiosas se buscó explicación racional del castigo, lo cual se realizó a través del disciplinarismo y el contractualismo, cuestiones que fundamentarían la reforma penal de fines del siglo XVIII.

El Derecho penal liberal se fundamenta en la corriente de pensamiento contractualista, según la cual el poder punitivo se habilita en tanto el infractor ha incumplido el contrato social por una decisión libre y por ello debe recibir una sanción. Esta consideración plantea al infractor como enemigo de la sociedad, cambiando la idea de castigo como venganza del soberano a la idea de defensa de la sociedad (Foucault, 2009), siendo el castigo un ejercicio disciplinario y correctivo. Estas son las características principales del actual fundamento del castigo, sin perjuicio de los planteamientos que realizan las diversas teorías de la pena.

3.2. Teorías de la pena

En relación con el poder de castigo debemos tener claro tres conceptos. El castigo que se refiere propiamente a la reacción ante la infracción, el poder punitivo que es el ejercicio del

castigo y la pena que es el mecanismo como se aplica el castigo, en tal sentido, el fundamento del castigo explicará a su vez la o las teorías de la pena y las funciones que a esta se asignan.

En el desarrollo de la historia se han dado diversas explicaciones de la pena, las cuales generalmente se agrupan en teorías absolutas y relativas. Ferrajoli (1995) señala que la clasificación de las justificaciones de la pena identifica como teorías absolutas a todas aquellas de carácter retributivo que plantean la pena como un fin en sí mismo, como castigo, compensación, reacción, reparación y/o retribución al delito; en tanto que las teorías relativas son de carácter utilitario, que plantean la pena como *“un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos”* (p. 253).

Las teorías absolutas postulan la concepción de la pena como retribución, sin asignarle otra finalidad, en tal sentido, ante la infracción corresponde la imposición de la pena como una compensación, y en su vertiente religiosa como una forma de expiar la culpa del infractor. En la literatura especializada se hace referencia a tres teorías absolutas principales: la teológica, la propuesta por Kant y la de Hegel.

Como señalan Rodríguez Magariños y Nistal Burón (2015), en el plano teológico se explica la infracción como una violación a las normas divinas, por lo que corresponde una sanción divina que exige la culpabilidad y la expiación del condenado; para Kant la retribución es un imperativo moral categórico, por lo que la pena constituye la vigencia de la norma social y exigencia de culpabilidad; y, Hegel señala que la retribución es una concepción jurídica que ratifica la vigencia del Derecho, siendo la pena la negación de la negación de la norma.

Estas teorías retributivas, como señala Durán Migliardi (2011), encuentran serias críticas en cuanto su fundamento radica en la culpabilidad, siendo además medida de la pena. Se cuestiona que la culpabilidad no puede ser considerada como un imperativo absoluto, en tanto la actuación humana no siempre es libre y no se puede conocer la magnitud de culpabilidad con la que se actuó. Además, señala que se han formulado críticas definitivas al pensamiento retributivo, en tanto estas teorías no han sido probadas, quedando en enunciados.

Ferrajoli (1995) al analizar las teorías retributivas identifica que estas no explican acertadamente la justificación externa de las penas, la función del castigo, sino que centran su explicación al momento posterior al delito, lo que deja fuera la justificación del por qué prohibir una conducta. Las teorías absolutas se justifican en tanto se presupone que el delito conlleva necesariamente, por imperativo divino, categórico ético o jurídico, una sanción. Con esta consideración el citado autor señala que estas teorías *“resultan idóneas para justificar modelos autoritarios de derecho penal máximo, en la medida en que casan o bien concepciones jurídico*

sustancialistas del delito y de la verdad judicial, o bien con concepciones ético formalistas del delito y del poder punitivo y prohibitivo” (pp. 257-258).

Por su parte las teorías relativas o utilitarias determinan que la pena no es un fin en sí mismo sino un medio para otra finalidad, es decir que se contradice el carácter retributivo de la pena y se busca en ella otras diversas finalidades, que fundamentalmente son la corrección del comportamiento humano y la prevención del delito. Estas teorías no conciben que la pena se legitime a sí misma, sino que debe hacerlo por la finalidad que se le asigna, se clasifican en generales y especiales, y estas a su vez son de carácter positivo o negativo.

La prevención general positiva se cumple con la sola existencia de la norma, pues esta se convierte en un imperativo del actuar humano, por lo que se refuerza la fidelidad de la sociedad al cumplimiento de las normas, cohesión social que tiene al derecho como una pauta de comportamiento. Mientras que, la prevención general negativa tiene la intención de amedrentar con el castigo, ya sea con la amenaza de aplicación de la ley o con el ejemplo de la condena, de este modo la amenaza incorporada en la ley y la aplicación de la norma servirá para que quienes se sienten tentados al delito, desistan de la intención.

La prevención general está destinada a la sociedad en su conjunto, en tanto que la prevención especial está destinada al infractor. En su vertiente positiva la prevención especial busca la corrección del comportamiento del infractor mediante diversos programas o tratamientos, en esta teoría se engloban las finalidades de rehabilitación, resocialización, reinserción y/o reeducación, para prevenir que el infractor cometa nuevamente actos ilícitos.

Por su parte, la teoría de la prevención especial negativa busca a través del aislamiento del delincuente, de su separación temporal de la sociedad, evitar que éste se encuentre en posibilidad de cometer nuevos hechos delictivos. Esta teoría propicia la inocuidad del infractor, por lo que encuentra en el encierro e imposibilidad física la forma de evitar el delito.

Respecto a las teorías relativas Ferrajoli (1995) señala que el utilitarismo excluye las penas socialmente inútiles, lo que plantea límites al poder punitivo sobre la construcción contractualista de que la ley tiene por objetivo la felicidad de los ciudadanos, para lo cual el Derecho penal protege su vida y sus bienes fundamentales, encontrando aquí la justificación externa del castigo. Desde esta perspectiva el poder de castigo se cimenta en la necesidad social de protección de bienes fundamentales del ser humano para conseguir su bienestar, lo cual se traduce en la norma y su cumplimiento se exige a través del poder punitivo.

Las ideas utilitaristas se convierten en la base común del pensamiento penalista reformador en el siglo XVIII, en tanto se coincide en que las penas *“son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento*

de venganza” (Ferrajoli, 1995, p. 260). Estas concepciones encuentran en la prevención la utilidad primaria del castigo y en su carácter positivo añaden a la pena la función correctiva.

Otras teorías de la pena son aquellas denominadas mixtas, que plantean que no se puede ver a las penas desde una sola teoría (relativas o absolutas), en esta corriente se encuentran las teorías unitarias de la pena, que fundamentalmente consideran que el castigo implica siempre retribución, pero que ese castigo puede además admitir fines utilitarios.

Debemos referirnos también a las teorías funcionalistas, estas tienen su fundamento en los postulados de la sociología de sistemas desarrollada por Luhmann y Parsons, quienes señalan que la sociedad funciona en razón de varios subsistemas, siendo el Derecho el subsistema orientado a estabilizar el sistema social, estabilizar las expectativas y orientar las acciones, es decir que el Derecho determina lo que se puede y no hacer y lo que se espera ante su cumplimiento o incumplimiento (Rodríguez Magariños y Nistal Burón, 2015); en este sentido, el delito siempre afecta al sistema porque pone en discusión la validez de la norma.

Las teorías funcionalistas encuentran un punto medio y un extremo. El funcionalismo moderado o teleológico valorativo, que es expuesto por Roxin, señala que el sistema social a través del Derecho determina cuáles son los valores que pretende proteger y la forma en que lo hace, estableciendo como bienes jurídicos aquellos valores y expectativas que la sociedad considera fundamentales para el desarrollo del sujeto y de la sociedad, por ello su concepción material de lo injusto radica en la lesión de esos bienes jurídicos.

Como exponen Rodríguez Magariños y Nistal Burón (2015), Roxin señala que el delito siempre existirá, que las penas no son eficientes para prevenir la criminalidad y por ello se muestra contrario a las penas severas. En lo referente a la privación de libertad cuestiona su funcionalidad rehabilitadora, pues considera que no se puede reinsertar a una persona aislándola de la sociedad, pero reserva la prisión para casos graves en los que debe estar acompañada de terapia social de modo que no radique la pena solamente en encierro.

Por su parte Günter Jakobs plantea un funcionalismo radical o estratégico, para este autor el sistema social existe en tanto existen normas que lo determinan, encontrando en el Derecho penal el mecanismo de protección de estas normas y por tanto de la existencia misma de la sociedad (Cancio Melia y Feijoo Sánchez, 2008). La pena bajo este planteamiento tiene por finalidad ratificar la validez de la norma y proteger la existencia de la sociedad, no busca la prevención del delito, el Derecho penal es entonces un instrumento de protección de la sociedad.

Con los desarrollos teóricos expuestos, es necesaria la toma de posición de la que parte la investigación. Se considera que las teorías retributivas son insuficientes en la explicación del por qué prohibir, limitándose a señalar el castigo como compensación al delito, por lo que se

las rechaza. La toma de posición se decanta por las teorías relativas, considerando que el castigo debe tener una utilidad social, la cual radica en la protección de bienes jurídicos y en la protección del infractor ante la venganza, cuestiones que se adecuan a los desarrollos teóricos del garantismo penal, el cual es además fundamento válido de la SCP, por lo que es la base teórica de esta investigación, siendo necesario el análisis de sus principales planteamientos.

3.3. Garantismo penal

Ante las barbaries cometidas mediante el uso de la violencia estatal a través del Derecho penal se fueron postulando ideas para contener esta violencia, apostando por la construcción de un sistema de garantías penales y procesales que configuraron el fundamento del nuevo estado constitucional de derecho (Ferrajoli, 2010). Tras la II Guerra Mundial, se inició un nuevo constitucionalismo social, que en el aspecto punitivo se expresó en el garantismo penal, estableciendo limitaciones al poder punitivo bajo la premisa de *“menos derecho penal, mejor derecho penal”* (López Gastón, 2015, p. 15).

El garantismo penal aparece entonces como una necesidad de tutela y protección ante el poder punitivo, que cuestiona la aplicación práctica de la ley, pues si bien las constituciones y normas contenían garantías, en la práctica estas no era aplicadas; por lo que el garantismo ataca la consideración formal de la validez de la ley (Rafecas, 2006), desarrollándose la exigencia de la estricta legalidad, que considera válida la ley no solo por su vigencia, sino por su adecuación a los principios y garantías constitucionales.

Con estas consideraciones, siguiendo a Rafecas (2006), el garantismo penal es una corriente de pensamiento que *“a través de la crítica simultánea de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales inválidas, tiende a reducir la brecha entre el plano normativo y lo que acontece en la realidad... en el ámbito de la penalidad”* (p. 166). Por su parte Ferrajoli (2010) argumenta que el garantismo penal permite cuestionar el ser y el deber ser del Derecho penal, buscando justificación del por qué, cuándo y cómo castigar.

El jurista italiano en su libro *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, desarrolla una doctrina de justificación del castigo, para lo cual inicia por advertir que las teorías que han tratado de justificar el castigo incurren en problemas y confusiones epistemológicas y semánticas; por ello señala que se debe identificar el castigo en diferentes dimensiones, planteando el uso de tres términos: *“la palabra función para indicar sus usos descriptivos de tipo histórico o sociológico, la palabra motivación para indicar sus usos descriptivos de tipo jurídico, y la palabra fin para indicar sus usos normativos de tipo axiológico.”* (1995, p. 322).

Bajo el uso de estos términos señala que son teorías o explicaciones las que se refieren a las motivaciones y a las funciones del castigo, es decir las que señalan cómo se ha desarrollado el castigo histórica o sociológicamente y cómo éste ha sido planteado jurídicamente a lo largo de la historia. Por otra parte, son doctrinas axiológicas o de justificación, las respuestas a los aspectos filosóficos y éticos acerca de los fines del poder de castigo, el derecho penal y la pena, que buscan explicar en el plano valorativo por qué se castiga.

El autor en referencia analiza las teorías absolutas y relativas de la pena, encontrando las confusiones que antes se advirtieron, por lo que señala que estas teorías no pueden explicar adecuadamente la justificación del castigo, en tanto confunden cuestiones valorativas con cuestiones jurídicas y morales, confunden la justificación externa del castigo (doctrina) con la justificación interna (pena).

Partiendo de la crítica a las explicaciones de la finalidad del castigo, Ferrajoli (1995) analiza la configuración del poder punitivo para fundamentar una nueva doctrina. Al analizar el paso de la venganza privada a la venganza pública señala que la primera conlleva elementos de desigualdad, desproporción en la reacción y en definitiva violencia, por lo que identifica que el Derecho no es la continuación de dicha venganza, sino la negación de la misma, entonces el castigo no garantiza la venganza, sino que la impide. Esta consideración del nacimiento del Derecho justifica el poder de castigar como límite a la venganza privada.

Por otro lado, identifica como objetivo del castigo la prevención del delito, encontrando en ello la justificación de las prohibiciones y las penas, explicándolo como protección de los derechos fundamentales de la sociedad, protección que la entiende en dos vías: la primera de la mayoría de asociados que cumplen las normas, y la segunda protección dirigida a la minoría que incumple (desviados); en tal razón, señala que el derecho penal (castigo) tiene doble función preventiva: *“la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas.”* (Ferrajoli, 1995, p. 334).

El autor en referencia justifica su doctrina utilitaria en tanto el castigo y el derecho penal están orientados a la prevención de las penas severas, estableciendo límites, y a la prevención de los delitos, por lo que señala que se excluye de esta justificación la moral, pasando a una justificación del castigo que garantiza tanto el bienestar social como el bienestar del infractor. En tal sentido, las dos finalidades son distintas y concurrentes dentro de una justificación unitaria de tutela de derechos, por lo que se prohíbe para garantizar los derechos de todos y se castiga para garantizar los derechos de los infractores.

En cuanto a la pena como tutela de derechos, considera que esta es un mal justificable por que protege al infractor de una venganza mayor, reconociendo su carácter aflictivo y coercitivo, el cual dice: *“no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo”* (p. 337).

Con esta consideración de la pena se logra que la justificación del castigo que plantea no irrumpa con el principio kantiano metaético que postula que una persona no puede ser medio para un fin ajeno, pues la justificación se fundamenta en el interés de los demás en tanto prevención *ne peccetur*, y en el interés del reo, *ne punietur*. Si bien la justificación de la pena tiene un fundamento utilitario, éste responde a la satisfacción de intereses colectivos e individuales de protección de bienes jurídicos de la sociedad y del infractor.

Siguiendo la explicación de Ferrajoli (1995), el garantismo penal es:

“un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de <<estricta legalidad>> SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.” (pp. 851-852)

Las diversas acepciones del garantismo demandan un amplio esfuerzo para su exposición, cuestión que no se plantea en el presente trabajo, limitándolo a la expresión de las consideraciones principales que permitan entender el garantismo penal como fundamento teórico de un sistema alternativo a la prisión, por lo que siguiendo las explicaciones de Ferrajoli (1995) se han revisado las cuestiones centrales sobre el castigo y la pena.

3.4. La pena de prisión

La forma en la que se ha ejercido el poder punitivo ha cambiado a lo largo de la historia, existiendo diversas penas, de las cuales la privación de libertad es la que actualmente se aplica con mayor generalidad. El uso de la privación de libertad como medida penal es una práctica arraigada en la historia, primero como medida cautelar y luego como pena.

Cuando las penas eran corporales, la cárcel tenía únicamente un carácter cautelar, pues servía como lugar de custodia para el preso hasta el momento de la ejecución de su condena. En este aspecto García Valdés (1974) señala que en los derechos antiguos y medievales se establece la prisión como lugar de retención; por su parte Cervelló Donderis (2016) establece que *“Hasta el siglo XVII solamente unas limitadas excepciones tienen un contenido similar al de la pena de prisión moderna, ya que el encierro en general tenía la función cautelar de servir de retención hasta el momento del juicio o de la ejecución”* (p. 95).

Considerando lo señalado, en las sociedades antiguas y hasta el siglo XVIII se evidencia un uso generalizado de las penas corporales, como excepción en ocasiones se acude a penas de carácter pecuniario, multas y penas limitativas de derechos como el destierro; mientras que, la prisión cumplía una función cautelar, pero en ciertos casos se la aplicaba como pena y en otros como sustituto de penas corporales.

Existe consenso en identificar a las casas de trabajo que aparecen en Europa a finales del siglo XVI, como antecedente de la pena de prisión tal como la conocemos en la actualidad (Cervelló Donderis, 2016). Este hecho histórico responde principalmente a cuestiones económicas, pues la prisión tuvo una finalidad utilitaria y mercantilista que aprovechó la mano de obra de los presos en los primeros años del auge industrial, siendo también utilizada como instrumento de política social para aislar a los mendigos, vagos y delincuentes menores, lo que a su vez ocultaba la miseria (Rodríguez Magariños y Nistal Burón, 2015).

En el año 1552 aparecieron en Inglaterra las casas de asilo para mendigos y prostitutas, que serían imitadas en Alemania en 1558 y Holanda en 1595, dándose luego la adaptación en otros países de Europa. Foucault (2009) señala que el Rasphuis de Amsterdam (1597) puede considerarse como la figura base de la actual pena privativa de libertad, pues identifica en su funcionamiento tres principios: determinación de la duración de las penas, trabajo obligatorio y empleo estricto del tiempo, con lo que se crea el sistema pedagógico espiritual que fundamentaría las reformas del siglo XVIII.

El programa de *reforma* de la justicia penal integró diversas posiciones y respondía a distintos fundamentos que se tradujeron en una concepción utilitaria de la pena, asignándole una nueva función correctiva al castigo, por lo que la pena de prisión se transformó en un mecanismo adecuado para los fines utilitarios. Además, el pensamiento ilustrado miraba en la privación de libertad una pena más humana y racional, que permitía una medida proporcional entre delito y pena, de acuerdo con la gravedad que se asigne a la infracción (Mir Puig, 2005).

Si bien las propuestas de la reforma se centraban en la configuración de penas específicas, ajustadas y eficaces que respondan a la naturaleza y fuerza del delito, planteando un amplio catálogo de distintas penas, estas ideas fueron superadas rápidamente y en menos de 20 años la pena de prisión pasó a tener un papel central en el ejercicio del poder punitivo, fortalecido por la construcción de cárceles bajo criterios de seguridad y fortaleza institucional de encierro, por lo que para 1810 el Código Penal francés señalaba la prisión como pena generalizada (Foucault, 2009).

La concepción de la prisión como pena general tiene relación con la equivalencia igualitaria de la libertad, pues si hay algo que nos haga igual a todos los seres humanos es la

libertad de la gozamos, en tal razón, el castigo tiene el mismo valor para todos. Adicionalmente la privación de libertad puede cuantificarse en tiempo, lo que desde el plano económico se traduce en una forma-salario representada por el valor de la fuerza de trabajo de la persona, la cual se confisca. En este sentido, Foucault (2009) considera que *“Este doble fundamento - jurídico-económico, por una parte, técnico-disciplinario, por otra – ha hecho que la prisión aparezca como la forma más inmediata y más civilizada de todas las penas.”* (p. 267).

La aplicación generalizada de la pena de prisión permitió y exigió un constante desarrollo tecnológico de esta forma de castigo, que se evidencia en los distintos sistemas penitenciarios que se han planteado. Actualmente la generalidad de las prisiones aplica el denominado sistema progresivo, que data de 1870, el cual instrumentaliza la privación de libertad para la reinserción del delincuente, a través de una lógica pedagógica de reeducación, pues a los infractores hay que enseñarles a “ser buenos”. Este sistema participa de tres características principales: división del tratamiento en periodos, valoración de la conducta del recluso para su progresión o regresión y por último reinserción.

Durante los periodos de las *guerras mundiales* el uso de la prisión se extendió bajo ideas de prevención especial negativa. Los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo bajo criterios criminológicos biologicistas, racistas y de derecho penal de autor, conllevaron a una revisión de las ideas que habían permitido las brutalidades del régimen, revisión que se realizó a partir de 1948 en el marco de la defensa internacional de derechos humanos.

En este contexto internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU, 1948), estableció el derecho de todas las personas a la libertad, igualdad ante la ley, tutela efectiva, prohibición de detención arbitraria, presunción de inocencia y a no ser detenida ni procesada sino por hechos previstos en la ley vigente al momento de su comisión. Este conjunto de derechos implica que la privación de libertad sea restringida y orientada por criterios de humanidad para evitar abusos y arbitrariedades.

En el ámbito penitenciario la Organización de Naciones Unidas adoptó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en el año 1957, que en su primera parte establecen un modelo de funcionamiento del sistema penitenciario; y en la segunda parte, respecto de los fines de la pena el párrafo 58 determina que:

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

La comunidad internacional planteó a partir de 1957 que la finalidad de las penas de prisión es la protección social frente al delito, la defensa de la mayoría frente a los desviados; finalidad a la cual le asigna dos funciones: corrección del delincuente y capacitación para una vida alejada del delito. Se ratifica el carácter pedagógico y terapéutico de la pena de prisión, criterio aceptado en la mayoría de las legislaciones en el mundo, expresado en las denominadas teorías “*re*” (Zaffaroni, 2018): rehabilitación, reeducación, reinserción, resocialización.

Con el enfoque de derechos humanos se cuestionó el régimen progresivo en tanto era generalizador, pasando a una concepción de individualización científica que busca la adecuación de un tratamiento específico a las necesidades de cada privado de libertad, además se incorporó al tratamiento del delincuente la psicología y psiquiatría, y se busca la participación voluntaria en el tratamiento. Este sistema progresivo con individualización científica es el que se encuentra vigente en la mayoría de las legislaciones de los países occidentales, como en el caso de Ecuador, concibiendo la pena bajo criterios de prevención general y prevención especial positiva.

3.4.1. Críticas y crisis de la prisión

El desarrollo de la prisión desde inicios del siglo XIX se ha configurado en una permanente propuesta de reforma, así lo destaca Foucault (2009) al señalar que la “*reforma de la prisión es casi contemporánea a la prisión misma*” (p. 269). Desde inicios de esta pena han existido movimientos que han planteado la necesidad de mejoras, pero siempre desde su función correctiva y terapéutica, desde una postura que reconoce la validez y eficacia de la prisión.

Este discurso constante de reforma ha permitido la vigencia de la prisión, pues se reconoce desde ella misma sus falencias y necesidad de mejora, se muestra la idea de la prisión no como una cuestión acabada, sino en permanente construcción, lo que le permite ir amoldando su funcionamiento a las críticas, pero sin modificar su esencia correctiva y disciplinante.

Las primeras críticas a la prisión como pena generalizada se plantearon en el mismo proceso reformista del siglo XVIII, pues se consideraba que el encierro no era adecuado a la especificidad y variedad de los delitos, que su funcionamiento era costoso, que se mantiene a los internos en espacios en que pueden multiplicar sus vicios y que se expone a los condenados a la arbitrariedad de los guardianes (Foucault, 2009). Desde sus inicios se veía en la cárcel un lugar de contagio criminal y vulnerabilidad de los condenados.

Otras críticas se dirigían contra la duración de las penas de prisión y la posibilidad de que cumplan su objetivo rehabilitador, de la *Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs* (1773) de Vilan, Foucault (2009) destaca que las penas de seis meses se consideraban

demasiado cortas para corregir a los criminales y lograr que se apropien del espíritu de trabajo. Estas críticas se mantienen hasta la actualidad y son, como veremos más adelante, uno de los fundamentos de la suspensión de las penas.

Los efectos perjudiciales del encierro en la vida del privado de libertad fueron observados desde el inicio de la prisión, ello fue fundamento para el proceso de transformación de los sistemas penitenciarios, pues se evidenciaron los problemas de la desocialización generados por el encierro celular de Filadelfia y Auburn, llegando al planteamiento del sistema progresivo, que desde mediados del siglo XIX sigue vigente.

En este proceso reformador es importante destacar que los Congresos Internacionales Penitenciarios, que tuvieron lugar entre los años 1872 a 1895, posicionaron un intenso debate sobre los efectos criminógenos de la prisión, concibiendo a la cárcel como un factor para el delito (Araújo Neto, 2009), por lo que se planteó la búsqueda de alternativas a esta pena.

El estudio y las críticas a la prisión han provenido de diversas ramas del conocimiento, fundamentalmente del derecho, la sociología y la criminología, pero también existen aportes desde la psicología, la medicina y otras fuentes. A inicios del siglo XIX, con la incorporación de la sociología al estudio de la cuestión criminal, se incluyeron como factores del delito cuestiones sociales, lo que permitiría un nuevo enfoque crítico.

En la primera mitad del siglo XX los criterios criminológicos de base biologicista y racista tuvieron amplia aceptación en el Derecho penal, llegando a extremos como la esterilización forzada, la eugenesia y la prohibición de matrimonios mixtos. Durante regímenes autoritarios como el nacionalsocialista o el soviético se comprobó la funcionalidad política de la cárcel, pues bajo criterios enmarcados en la prevención especial, se privó de libertad a millones de personas, siendo este un periodo en el que la prisión no recibió mayores críticas.

En el periodo de la posguerra el Congreso de la Asociación Internacional de París de 1950 marcó un punto de referencia de las nuevas propuestas criminológicas que buscaban alejarse del paradigma etiológico del delincuente. En este momento de transición se estudiaron las causas sociales y económicas del delito, se desarrollaron críticas a la selectividad del poder punitivo, se criticó la explicación del delito a través del estudio de delincuentes condenados y se denunciaron los efectos negativos de la prisión (Zaffaroni, 2018).

A partir de la década de los sesenta se advierte un cambio de paradigma epistemológico en la criminología, que pasa a incorporar en su análisis al poder punitivo, criticando que la criminología anterior era incompleta y legitimaba al poder punitivo por omisión (Zaffaroni, 2018). Esta nueva criminología de la reacción social agregó al estudio del delito el análisis de cómo se comporta el sistema de justicia penal.

Esta criminología que incluye al poder punitivo profundizó en el estudio del carácter selectivo del derecho penal y en los efectos negativos de la prisión, al respecto Cesano (2003) señala que los aportes de las investigaciones en el marco del interaccionismo simbólico han demostrado que la prisión no solo que no socializa, sino que por el contrario desocializa a la persona. A partir de estos nuevos desarrollos teóricos se realizaron con mayor énfasis críticas a la prisión y avanzaron en la propuesta de alternativas.

Erving Goffman en su obra *Internados*, publicada en 1961, analiza el funcionamiento de las denominadas instituciones totales, siendo una de ellas la prisión, señala que el internamiento en estas instituciones aleja al individuo de la sociedad y le asigna un rol en la institución, de manera que pierde las habilidades sociales para la vida normal. Este proceso se da por etapas en las que se produce una “*carrera moral*” que plantea: despojo del rol social anterior, limitación de contacto exterior, degradación, profanaciones verbales, y limitación de la voluntad y autonomía.

El internamiento produciría cambios significativos en el aspecto personal como pérdida de seguridad, pérdida de intimidad, contaminación del espacio personal y, pérdida de individualidad y autonomía, pues la persona es privada de la elección voluntaria de actos en todos los aspectos de la vida a través del establecimiento de horarios rígidos y de la disciplina total (Zaffaroni, 2018). Goffman (2001) llega a la conclusión de que las instituciones totales son un híbrido entre comunidad residencial y organización formal, en las que se busca cambiar a las personas, pero lo que se logra es una desculturación o desentrenamiento.

Otro importante aporte en el estudio de los efectos de la prisión fue el desarrollado por Donald Clemmer (1940), quien utilizó el término *prisionización* para referirse al proceso por el cual la persona privada de libertad asimila y adopta conductas propias del medio penitenciario; su estudio consideró este proceso como un mecanismo semejante a la asimilación que un inmigrante realiza de los patrones culturales del lugar al que llega a vivir, en tal razón, el condenado asimila los valores y normas de la prisión.

Clemmer identifica que esta asimilación depende de factores individuales del privado de libertad, por lo que diferencia niveles de prisionización que corresponden a la interacción personal con valores y normas de la prisión. Sus efectos se generalizan en: dependencia hacia la institucionalidad, hipervigilancia que genera desconfianza de los otros internos, retiro social, pérdida de autoestima, y consideración negativa de uno mismo (Crespo Pérez, 2017).

Con el desarrollo de estas pautas de comportamiento se identifica la generación de una subcultura carcelaria (Crespo Pérez, 2007), que presupone que el grupo no asume los valores de la cultura dominante, por lo que se genera una fricción que se evidencia en comportamientos

no adecuados al sistema disciplinario de la prisión y el reforzamiento de conductas violentas. En este aspecto la teoría de la deprivación explica la formación de la conducta carcelaria violenta, señalando como posibles causas al padecimiento que sufre la persona en privación de libertad y las limitaciones de su autonomía e independencia (Trajtenberg y Sánchez de Ribera, 2019; Sanhueza, Smith y Valenzuela, 2015).

La prisionización incide en la generación de un comportamiento carcelario violento, pues el privado de libertad está expuesto a un medio hostil en el que debe aprender esas pautas de violencia para poder “sobrevivir”, entonces la adquisición de este comportamiento y la disposición al aprendizaje y conocimiento de conductas delictivas se configuran en un factor criminógeno, que junto a la desocialización provocada por el encierro generan graves problemas en la personalidad del privado de libertad y en su posterior vida fuera de la cárcel.

En la línea del interaccionismo simbólico y del etiquetamiento el autor más conocido es Howard Becker con su obra denominada *Outsiders* (2014), que parte de la identificación de la desviación no en el sentido común de la consecuencia ante la vulneración de la norma, sino que identifica la desviación como el acto de asignar la etiqueta de desviado al individuo, es decir que si bien la norma está determinada, no todos los que la infringen son “desviados”, sino solamente aquellos a quienes la justicia penal les impone tal etiqueta.

Con esta perspectiva de la desviación, su asignación no es una cuestión automática sino de política o de poder, quien tiene el poder de asignarla (sistema de justicia penal) decide a quien impone o no la etiqueta. Al explicar la carrera desviada Becker (2014), señala que: “*Uno de los pasos más cruciales en el proceso de construcción de un patrón estable de comportamiento desviado quizá sea la experiencia de haber sido identificado y etiquetado públicamente como desviado*” (p. 50).

El aporte de la teoría del etiquetamiento es fundamental para cuestionar el ejercicio del poder punitivo, pues descubre su funcionamiento selectivo motivado por intereses de conservación de poder, en este sentido la crítica a la cárcel y a la pena en general radica en que esta se convierte en un instrumento discriminatorio, que encierra a quienes el poder decide y deja las otras desviaciones en la impunidad, lo que además confirma el carácter clasista de la justicia en la sociedad capitalista.

El desarrollo de estos estudios fortaleció la crítica a la prisión en los años sesenta, lo que provocó la creación de movimientos y organizaciones en defensa de los derechos de las personas privadas de libertad; primero fueron los movimientos escandinavos a partir de 1965 y luego siguieron otros movimientos en Europa y América (Zaffaroni, 2018), que no eran

homogéneos, pues algunos buscaban la abolición de la prisión mientras que otros pretendían su reforma, pero con estos movimientos las propuestas alternativas a la prisión tomaron fuerza.

En el marco de la crítica a la prisión se identifica en la década de los setenta la denominada “*crisis de la prisión*”, que a decir de Cesano (2003), se produjo por cinco razones fundamentales: reconocimiento del carácter desocializador de la cárcel; consideración de la prisión como un perjuicio para el privado de libertad y su familia, fundamentalmente por la pérdida de la fuente de ingresos; menor interés de la víctima por la respuesta carcelaria en criminalidad no grave, impulsando otros mecanismos como la reparación; falta de interés social en problemas de las prisiones; y, cuestionamiento a la ideología del tratamiento.

El tratamiento penitenciario fue criticado por fundamentarse en consideraciones conductistas de recompensa y castigo, y ser aplicado de forma autoritaria y obligatoria por los Estados, sin considerar la voluntad del sentenciado. En este aspecto Cesano (2003) destaca un informe producido por el Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito de 1978 que llevaba por título “*Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*”, en el que se señala que la crítica al carácter rehabilitador de la prisión no se opone a la existencia de programas terapéuticos y de ayuda social, sino que no considera justificable fundamentar la intervención penal en la supuesta necesidad de tratamiento.

Greco (2010) coincide con Cesano (2003) en identificar la falta de compromiso del Estado y la sociedad en el tema carcelario como un factor determinante de la crisis de la prisión, a lo cual añade el control ineficiente del sistema penitenciario, hacinamiento, falta de programas de resocialización, falta de recursos para atención de las necesidades básicas de la población penitenciaria, escasez de funcionarios y falta de capacitación especializada.

Estos factores de crisis actúan de forma dinámica, pues si no existe interés político y social en la cuestión carcelaria, no se destinarán los fondos suficientes para su cabal funcionamiento, con repercusiones en falta de programas, infraestructura y personal calificado, lo que provoca incapacidad del sistema e incumplimiento de sus objetivos, todo lo cual finalmente ratifica el desinterés político y social por la cárcel.

Esta dinámica de crisis, a decir de Benito Durá (2009), generó un consenso en identificar a la pena de prisión como un mal necesario, constatando que no cumple sus fines de rehabilitación y resocialización, que su uso no disminuye la criminalidad, sino que por el contrario convierte a la cárcel en una *universidad del crimen* y en foco de enfermedades infectocontagiosas, lo que planteó el cuestionamiento de su funcionalidad, su costo y beneficio.

Ante la verificación del funcionamiento real de la prisión se generaron dos posturas claramente diferenciadas, una rehabilitadora y otra de la incapacitación. La primera mantiene

el fundamento de la prisión en torno a la prevención especial positiva, viendo a la pena como un mecanismo para la reeducación y resocialización del infractor, proponiendo reformas y alternativas a la prisión. Por otro lado, se desarrolló la teoría de la incapacitación, que concibe la prisión bajo criterios de prevención especial negativa, teniendo el encierro la función de impedir al infractor el cometimiento de nuevos hechos delictivos mediante su asilamiento.

En este aspecto es necesario advertir que, si bien las legislaciones en su mayoría contemplan la prevención general y la prevención especial positiva como fundamento de la pena, en la práctica podría evidenciarse actuaciones tanto desde la óptica de la rehabilitación como de la incapacitación, ante ello se ha denunciado la existencia de un fenómeno de *cárcel-depósito* (Sozzo, 2014), en el que las prisiones sirven solamente como lugar de encierro, disminuyendo o eliminando las posibilidades de tratamiento voluntario y de actividades para los privados de libertad.

Sin perjuicio de las críticas que ha recibido la prisión, los sistemas penitenciarios siguen fundamentados en su función correctiva y terapéutica, por lo que su funcionamiento demanda políticas, leyes y medidas para la consecución de esas finalidades, y de manera básica para que las cárceles sean lugares en los que se respete la vida, dignidad e integridad de las personas privadas de libertad. Lo cierto es que la realidad de las cárceles, sobre todo en sociedades menos desarrolladas como las de Latinoamérica, distan mucho de este modelo de prisión, existiendo una crisis permanente de los sistemas penitenciarios.

3.4.2. Efectos negativos de la prisión.

La prisión teórica y jurídicamente es concebida como un espacio en el que el sentenciado tendrá la posibilidad de contar con programas de capacitación, ayuda psicológica y ayuda social, que le permitan mientras cumple su sentencia, desarrollar habilidades y capacidades para que en su posterior vida en libertad pueda respetar la norma y alejarse del delito.

Pero la realidad de la cárcel es distinta, esa imagen simbólica de la prisión se desvanece con la constatación de su funcionamiento, pues generalmente carecen de infraestructura adecuada para albergar la creciente población penitenciaria, la violencia es la norma de relacionamiento, los programas son insuficientes y sus resultados no son verificables; por lo que desarrollar habilidades y capacidades del infractor deja de ser la función de la prisión y se convierte en un reto.

Aun cuando pensemos en el funcionamiento adecuado de la prisión, el encierro genera serios problemas en el aspecto psicológico de la persona, los cuales han sido estudiados en el marco de la desocialización y la prisionización. A estos problemas debemos sumar los

generados por el funcionamiento deficiente de la cárcel y que se expresan principalmente en problemas físicos y sociales del privado de libertad.

Ríos Martín, Rodríguez Sáez y Pascual Rodríguez (2015) señalan que existen dos versiones de la prisión, la versión de la sociedad que mira la cárcel como el lugar de castigo y corrección, que sin conocer su funcionamiento da por sentado que efectivamente sirve para rehabilitar; y la otra versión es la del privado de libertad, que conoce y sufre la realidad de la cárcel. Para caracterizar las consecuencias que genera la prisión parten de que esta pena no solamente limita el derecho a la libertad, sino que también se ven afectados la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

El estudio planteado por Ríos Martín et al (2015) se basa en dos investigaciones realizadas en prisiones de España publicadas en los años 2003 y 2011, en las cuales se encuestó a personas privadas de libertad, funcionarios penitenciarios, jueces de vigilancia y abogados. Se analizaron cuestiones relacionadas con las condiciones de vida, infraestructura penitenciaria, traslados entre cárceles, intimidad personal del privado de libertad y violencia carcelaria.

Este estudio describe de forma general como efectos de la privación de libertad: pérdida de vínculos familiares, padecimiento de enfermedad mental, desnutrición, decaimiento general de la salud, disposición alta a riesgo de contagio de enfermedades como el VIH, tuberculosis o hepatitis, y limitación del plan de vida. En cuanto a problemas de habitabilidad se refiere condiciones inhumanas de vida, espacio insuficiente en las celdas, hacinamiento, falta de espacios abiertos y comunes (patios), y lugares inadecuados para recibir la visita de familiares, lo que conlleva vulneración del derecho a la intimidad personal y en ocasiones tratos inhumanos o degradantes. Estas condiciones de vida pueden generar problemas de convivencia que inciden en el desarrollo de violencia carcelaria.

En el aspecto psicológico se describe la generación de una sensación de permanente peligro por miedo a sanciones, violencia y contagio de enfermedades; sentimiento de desconfianza ante los otros internos y los funcionarios penitenciarios como sistema de supervivencia; intenso sentimiento de indefensión ante el poder absoluto de la administración, lo que puede generar depresión y tendencia al suicidio; formación y exacerbación de sentimiento de odio; y, prisionización.

La prisión representa una doble penalización para el infractor, primero se lo penaliza mediante la imposición de la pena determinada legalmente, y luego el padecimiento de los efectos perjudiciales del encierro se convierten en un segundo castigo informal, que somete a la persona a altos niveles de violencia, carencias, condiciones inhumanas de vida, exposición a contagio de enfermedades, entre otras afectaciones; por lo que a decir de Crespo Pérez y

Bolaños González (2009), la prisión constituye un castigo “material” más grave que el castigo formal de imposición de la pena, la cárcel deja de ser el lugar de cumplimiento de la pena para ser un castigo en sí misma.

En el contexto latinoamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad (2011), destaca como los problemas más graves de la región: hacinamiento y sobrepoblación, deficiencia en condiciones físicas de las cárceles, falta de provisión de servicios básicos, violencia carcelaria, empleo de tortura en la investigación, uso excesivo de fuerza por los cuerpos de seguridad, uso excesivo de prisión preventiva, falta de programas laborales y educativos, corrupción y falta de transparencia en la administración penitenciaria.

La CIDH observa que uno de los problemas que repercuten en la situación crítica de la prisión en Latinoamérica es la falta de políticas públicas orientadas a la rehabilitación y readaptación de las personas privadas de libertad, lo que lleva a considerar “*imposible cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación*” (CIDH, 2011, p. 230), por lo que se convierte en necesaria y urgente la provisión de condiciones adecuadas de espacio, alimentación, higiene, atención médica y programas de rehabilitación.

¿Y al salir de prisión? Cuando la persona sale de prisión debe lidiar primero con la superación de los efectos de la desocialización y la prisionización, por lo que debe reaprender cómo comportarse en la sociedad, dejando de lado las pautas aprendidas en prisión y que no son aceptables en libertad. El liberado se enfrenta al estigma, a cuestionarse siempre si el resto notará que estuvo en prisión, debe lidiar con la baja autoestima y con la dificultad de conseguir una actividad lícita para procurarse ingresos (Manzanos Bilbao, 1998).

Manzanos Bilbao (1998) señala que son condiciones positivas para evitar que una persona liberada reincida y vuelva a prisión las siguientes: necesidad de trabajo, generar o fortalecer lazos sentimentales, tener pareja, tener capacidad económica, apoyo familiar, evitar consumo de tóxicos, cambio de grupo de relaciones primarias, y reconstrucción de su proyecto de vida. Mientras mayor sea el número de necesidades a cubrir, mayor será la dificultad de reinserción, por lo que la probabilidad de que la persona vuelva a prisión podría ser más alta.

La identificación de estas condiciones exigidas da muestra de la dificultad real de lograr los objetivos rehabilitadores de la prisión, pues para la “re-incorporación” del sujeto a la sociedad se requiere una serie de factores sociales, económicos, familiares y laborales que no dependen del liberado, y que más bien son limitados y restringidos socialmente por prejuicios, y por el propio sistema que lo etiqueta con el estigma de haber estado en prisión.

Identificados los problemas que genera la prisión, se puede considerar que su objetivo rehabilitador queda solamente en planteamiento teórico, y lo que si se logra es desocializar al infractor. Por lógica es una contradicción preparar a un hombre para el comportamiento “ordenado” en la sociedad, abstrayéndolo de esa misma sociedad, en palabras de García Valdés (1982): “*resulta inútil preparar para la libertad al hombre en un ambiente hermético, opresor y agresivo cual es el cásico de los establecimientos cerrados, y pese a ello se mantiene profusamente tal manera de actuar, represiva y reprimente*” (p. 87).

3.5. Alternativas a la prisión.

La crítica a la pena de prisión es un cuestionamiento al poder de castigar y la forma en la que se lo ejercita. Los cuestionamientos presuponen la necesidad de planteamientos alternativos, pero estos no se enmarcan en una sola línea de pensamiento, por la finalidad que persiguen podemos identificar tres corrientes: reformista, abolicionista y minimalista, que en distinta medida proponen alternativas o eliminación de la prisión.

Las ideas abolicionistas cuestionan la existencia de la prisión y en sí del poder punitivo, planteando la necesidad de nuevas formas de gestión del conflicto que no impliquen el uso del poder punitivo. La corriente minimalista cuestiona la existencia de la cárcel y del poder punitivo como mecanismo de gestión de una amplia variedad de conflictos, por lo que propone un uso mínimo del Derecho penal reservado para casos graves, buscando mecanismos de gestión de conflictos distintos al derecho penal o distintos a la prisión para los casos no graves. Por su parte, las críticas reformistas, que como hemos visto no son nuevas, no cuestionan la existencia de la cárcel y tampoco su función correctiva y terapéutica, sino que reconocen sus dificultades y efectos negativos, proponiendo mejoras y límites, pero siempre desde su visión rehabilitadora.

Los planteamientos alternativos a la prisión desarrollados en la década de los años sesenta buscaban no solamente reducir el tiempo de prisión, sino evitar el ingreso de personas a la cárcel, por lo que se proponían penas distintas. Las críticas se orientaban fundamentalmente a las penas cortas de prisión, pero también se cuestionaba la severidad de las penas y el carácter inhumano de la cárcel (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997). Este impulso de las alternativas propició la adecuación de nuevas formas de castigo, siendo incluidas la compensación, el trabajo comunitario, el arresto domiciliario, entre otras.

En la década de los ochenta en Estados Unidos de América se incorporaron sanciones sustitutivas a la prisión, por lo que se suman a la *probation*, la supervisión intensiva, el arresto domiciliario, los servicios comunitarios y la multa diaria (Muñiz, 1992). Así mismo, en el sistema anglosajón se promovió el movimiento conocido como *just desert*, que proponía la

existencia de penas intermedias entre la *probation* y la prisión, adaptándolas a criterios de proporcionalidad de acuerdo con la gravedad del delito. Para los años noventa se propusieron los denominados *castigos intermedios*, que consideraban necesaria la reducción de la prisión, pero guardando en las penas ciertos rasgos punitivos.

En el contexto internacional, en el año 1990 la Organización de Naciones Unidas, ONU, aprobó las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad, denominadas Reglas de Tokio. En el preámbulo de la Resolución se determina que los problemas de los sistemas penitenciarios dificultan el cumplimiento del objetivo rehabilitador de la prisión, por lo que se reconoce la necesidad de elaborar métodos y estrategias para el tratamiento no institucional del delincuente, teniendo como objetivo primordial su reintegración a la sociedad; en tal sentido, se expresa convencimiento de que las medidas alternativas pueden ser un medio eficaz para el tratamiento del delincuente, vinculando a la comunidad.

Son objetivos de las Reglas de Tokio (ONU, 1990): impulsar la adopción de medidas no privativas de libertad, reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, con fundamento en el principio de mínima intervención penal. Este instrumento internacional propone diversas medidas aplicables en el proceso penal, en la fase de sentencia y en el cumplimiento de la pena, entre las cuales constan: libertad condicional, penas privativas o limitativas de derechos, penas pecuniarias, incautación o comiso, reparación a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, régimen de prueba y vigilancia judicial, trabajo comunitario, arresto domiciliario, entre otras.

Con estos antecedentes, dependiendo de diversos factores propios de cada sociedad, fueron adecuándose a las legislaciones “nuevas” sanciones penales. Si bien existen alternativas comunes en los distintos ordenamientos, cada legislación tiene ciertas particularidades que pueden variar sustancialmente la naturaleza o funcionamiento de determinada medida, por lo que corresponde a modo introductorio una breve revisión de las cuestiones más generales de los sistemas de penas alternativas.

Para Cid Moliné y Larrauri Pijoan (1997) si bien el desarrollo de las alternativas a la prisión ha sido motivado por la consideración de que los sistemas penales hacen un uso excesivo de ella, señalan que la razón más acogida para la defensa de las alternativas es su asumida capacidad de conseguir la rehabilitación del infractor sin la privación de libertad. Este planteamiento da cuenta del mantenimiento del interés correctivo de la pena, pero excluyendo a la prisión como el mecanismo más idóneo para todos los casos.

Por su parte Mir Puig (2005) considera que un factor importante en la evolución de los sistemas penales es la determinación de mecanismos para evitar las penas de prisión que no son

absolutamente necesarias, especialmente las penas cortas, pues se mira en estas penas que es mayor la afectación por la desocialización que el pretendido objetivo resocializador, además de que son penas previstas para delitos no graves, en los cuales no serían necesarias penas tan traumáticas como la prisión.

Estos argumentos en torno al fundamento de las alternativas a la prisión permiten considerar que estas responden a las corrientes minimalista y reformista, que en algunos casos eliminan la pena de prisión por no ser necesaria, y en otros casos la sustituyen por otros mecanismos con los que se esperan mejores resultados de prevención del delito. Para Mir Puig (2005) la suspensión de la ejecución de las penas es una posibilidad intermedia entre la eliminación y la sustitución.

Por lo señalado, las alternativas se adecuan a una política criminal reduccionista, bajo la premisa de que el mayor nivel de desarrollo de una sociedad se refleja en el menor uso de mecanismos punitivos y coactivos para resolver los conflictos sociales y un despliegue mayor de políticas sociales encaminadas a la disminución de la criminalidad. Esta política criminal reduccionista se expresa en: descriminalización, despenalización, descarceración y limitación de la severidad de las penas (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997)

La descriminalización se refiere a dejar de sancionar ciertas acciones; la despenalización tiene relación con eliminar del catálogo penal ciertos actos típicos, para que sean gestionados a través del derecho civil o el derecho administrativo; la descarceración se refiere al uso de penas alternativas a la prisión; y, la limitación de la severidad de las penas está encaminada a la fijación de penas más cortas o medidas de cumplimiento anticipado de condena.

En las alternativas, Sánchez Escobar (2010) considera que una cuestión importante es resolver quién determina cuándo procede o no su imposición, en tal sentido identifica que en el modelo anglosajón se brinda mayor capacidad al juez, puesto que la norma limita solo la pena máxima, permitiendo al juzgador una amplia libertad para decidir la sanción. El autor referido señala que, en Inglaterra identificado el carácter reduccionista que ha tenido la aplicación del sistema de penas alternativo, la *Criminal Justice Act de 1991* estableció una especie de directiva para que los juzgadores decidan la aplicación de la pena bajo criterios de proporcionalidad; por su parte Estados Unidos mediante el *Act Code punity* ha tratado de establecer una guía penológica para limitar la discrecionalidad y aumentar la predeterminación de la pena.

En el modelo continental, la ley determina la pena a imponer en cada tipo penal, dejando al juzgador la posibilidad de decidir la sustitución o suspensión de la pena en aquellos casos expresamente señalados. Esta limitación en la aplicación de alternativas suele incluir además

requisitos relacionados con peligrosidad, habitualidad y reincidencia, lo que disminuye su posible aplicación (Sánchez Escobar, 2010).

Otro punto central en el análisis de los sistemas de penas alternativas es la justificación que se les atribuye, en este aspecto Cid Moliné y Larrauri Pijoan (1997) parten del estudio de cómo teóricamente se ha abordado esta temática, identificando tres corrientes o modelos: individualista, restauradora y proporcionalista.

En el modelo individualista, fundamentado en la función rehabilitadora de la pena, se parte de que la concesión de la alternativa no depende de criterios de proporcionalidad, sino más bien de las necesidades del infractor y la posibilidad de conseguir su rehabilitación. El ejemplo más práctico de este modelo es la *probation* anglosajona, que valora su concesión en los casos en que las medidas dispuestas puedan lograr que el infractor no vuelva a delinquir.

Este primer modelo no permite explicar aquellas alternativas que no tienen una finalidad claramente rehabilitadora como la multa o limitación de derechos. Así mismo es compleja la determinación de programas o medidas que tengan una capacidad rehabilitadora con eficacia general, por lo que los juzgadores ante la falta de certeza optarían por escoger la prisión. Adicionalmente este modelo tiende a ocuparse solo de las penas cortas de prisión, bajo criterios de que el tiempo de privación de libertad en esos casos no es suficiente para desarrollar un tratamiento adecuado, lo que legitima y reconoce la capacidad rehabilitadora de la prisión.

Por su parte, el modelo restaurador se fundamenta en procesos de justicia restaurativa, que se configuran en la posibilidad de gestionar el conflicto mediante el encuentro de la víctima y el victimario, y la asunción de una solución reparadora. Este modelo presupone la reducción del ejercicio del poder punitivo, devolviendo a la víctima la posibilidad de resolver su conflicto mediante mecanismos como la conciliación o mediación penal, permitida en ciertos delitos de acuerdo con cada legislación y exigiendo la voluntad de agresor y víctima. Precisamente la mayor dificultad en este modelo radica en la voluntad de los participantes y en la supervisión del cumplimiento del acuerdo.

El tercer modelo es el proporcionalista, desarrollado principalmente por Wasik y Von Hirsch, plantea que la prisión solamente es adecuada para infracciones de máxima gravedad, por lo que para el resto de los delitos deben determinarse sanciones alternativas de acuerdo con criterios de proporcionalidad. La propuesta de estos autores contempla de forma ascendente las siguientes sanciones: antecedentes, amonestación, multa leve, días multa baja, sustituible por trabajo comunitario; días multa alta, sustituible por supervisión o trabajo comunitario; prisión intermitente, y prisión (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997).

Para Cid Moliné y Larrauri Pijoan (1997) este modelo proporcionalista es el que en mayor medida puede contribuir a la disminución del uso de la cárcel, siempre y cuando las alternativas sean determinadas como penas principales, de manera que el juzgador esté obligado por la ley a imponer determinada pena y no como un sustituto. Pero el modelo también presenta problemas, fundamentalmente relacionados con la participación activa del infractor, capacidad personal de cumplimiento de las penas alternativas, y que generalmente para garantizar el cumplimiento de la pena alternativa se recurre a la amenaza de prisión.

En la identificación de un sistema eficiente de penas alternativas, Sánchez Escobar (2010) señala que éste debe tener por finalidad la reducción de la prisión sin dejar de lado los fines de la eficacia formal del Derecho penal en la prevención general y especial. Así mismo, identifica la necesidad de que este responda adecuadamente a la exigencia de los principios del Derecho penal liberal, por lo que debe considerar criterios de igualdad, humanidad, eficacia de la pena en su sentido utilitario y disuasorio, y proporcionalidad, en tal sentido, mira en el derecho penal mínimo su posible fundamento.

Otro elemento que se debe considerar en un modelo de alternativas a la prisión es su aceptación social, debiendo confrontar la aceptación que tiene la prisión. En este sentido Benito Durá (2009), al analizar el apoyo social a la prisión menciona que la percepción de inseguridad genera una demanda social de mayor control y castigo, lo que se traduce en la exigencia de la reacción punitiva configurada en más cárcel y penas más severas. Con esta realidad, la aceptación de un sistema de penas alternativas encuentra poco apoyo social, ante lo cual el autor señala que existe relación entre el nivel de conocimiento de las alternativas y la posición favorable a estas, mientras más conoce la ciudadanía las alternativas, mayor apoyo reciben.

3.5.1. Clasificación de las alternativas a la prisión

La adecuación de alternativas a la prisión en cada ordenamiento jurídico tiene sus características particulares, que se identifican también en el uso de los términos, en razón de ello Villacampa Estiarte, Torres Rosell y Luque Reina (2006) señalan que suelen usarse los términos: alternativas a la prisión, sustitutivos penales, o sanciones y medidas aplicables en comunidad, para referirse a un conjunto heterogéneo de mecanismos que tienen en común la finalidad de evitar o reducir la pena de prisión, pero que no operan de la misma manera e incluso son de diversa naturaleza.

En los diversos ordenamientos jurídicos se han adoptado muy variadas alternativas a la prisión, que por lo general tienen como ámbito de aplicación penas cortas de prisión vinculadas a delitos leves o menores. Las alternativas que con mayor frecuencia se encuentran son: trabajos

en beneficio de la comunidad, probation en el contexto anglosajón, sursis o condena condicional, multa, inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos, libertad vigilada, arresto domiciliario, arresto nocturno, localización permanente, indulto, mediación o conciliación, pena de días-multa, reparación; y, uso de dispositivos de vigilancia electrónica (Rodríguez Magariños y Nistal Burón, 2015; Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997; Ríos Martín et al., 2015).

En la literatura especializada de acuerdo con diversos criterios se han propuesto distintas clasificaciones de las alternativas a la prisión; en la presente investigación se toma la clasificación que considera la naturaleza jurídica de las alternativas, criterio según el cual Villacampa Estiarte et al (2006) plantean tres grupos: alternativas político-criminales a la prisión, sanciones alternativas a la prisión y sanciones sustitutivas de la prisión.

Se considera que la clasificación más adecuada es la que se realiza en función de la naturaleza jurídica de las medidas, pues recurre a criterios excluyentes entre uno y otro grupo, de manera que un mecanismo de política criminal no puede ser una pena alternativa y viceversa. En este sentido la SCP forma parte del primer grupo, es una alternativa político criminal. Es necesario señalar que el término “alternativas a la prisión” no es sinónimo de penas alternativas, el primero de estos términos es más amplio e incluye los mecanismos de política criminal.

3.5.2. Crítica a las alternativas a la prisión.

El desarrollo de las alternativas a la prisión ha supuesto críticas, los primeros trabajos que analizaron y cuestionaron su funcionamiento fueron los desarrollados por Scull en 1977 y Cohen, Austin y Krisberg en 1981 (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997; Cesano, 2003), los cuales identifican que la aplicación de alternativas no logró el resultado esperado de reducción del uso de prisión y que por el contrario expanden el ámbito de aplicación de la norma penal.

Para Cid Moliné y Larrauri Pijoan (1997), la constatación de que el uso de alternativas no estaba disminuyendo la prisión se verifica en que las alternativas eran impuestas a infractores que tampoco hubieran sido sancionados con prisión, que las nuevas alternativas se usaban en forma añadida a las ya existentes anteriormente y que el incumplimiento de las alternativas era sancionado con prisión.

Así mismo, Larrauri Pijoan (1991) señala que la disminución momentánea de encarcelamientos significaba espacio en la cárcel y por lo tanto los jueces vuelven a sancionar con cárcel, y el fracaso en caso de los “delincuentes duros” legitimaba la prisión como única opción. Estas razones implican que la cárcel no disminuía y “*las alternativas iban dirigidas a sectores (jóvenes, delincuente por primera vez, delincuentes de cuello blanco) que tampoco*

eran tradicionalmente condenados a la cárcel. Las alternativas se configuraban como alternativas a la puesta en libertad” (Larrauri Pijoan, 1991, p. 140 - 141).

El funcionamiento del sistema de alternativas a decir de Ashworth, citado por Cid Moliné y Larrauri Pijoan (1997), permitió comprobar la teoría de Cohen de que la cárcel no disminuye y las alternativas crecen a la par, por lo que se amplía la red de control del Derecho penal, fenómeno conocido como *net widening*, con el cual el control penal abandona los muros de la prisión y pasa a la ciudad, mediante mecanismos de vigilancia, control y disciplina.

Larrauri Pijoan (1991) considera que el ímpetu con el que los Estados habían asumido las propuestas de alternativas a partir de la década de los setenta, creó una desconfianza que llevó a cuestionar las verdaderas razones del surgimiento de las alternativas, teorizando la respuesta en torno a la crisis del estado de bienestar, necesidad de eficacia en el sistema penal, interés de aumento del control social, entre otras; siendo éstos *“motivos más esclarecedores que los alegados acerca de la presunta humanidad, eficacia y economía de las alternativas”* (p. 140), lo que citando a Garland denomina como *“hermenéutica de la sospecha”*.

Respecto de la constatación práctica del funcionamiento de las alternativas a la prisión, Benito Durá (2009) citando a Zaffaroni señala que la incorporación de alternativas puede tener tres resultados: que estén en el Código y no se apliquen; que estén en el Código y se apliquen, reduciendo el ámbito de la pena de prisión; y, que estén en el Código, se apliquen pero no reduzcan el uso de la prisión sino que más bien aumenten el número de personas controladas.

De acuerdo con Cesano (2003), el efecto de las críticas a la prisión ha sido fundamentalmente el pasar de la crítica a la cárcel, a la crítica al castigo penal, buscando alternativas al castigo en general, para lo cual señala como mecanismos idóneos para la gestión de conflictos penales los programas de mediación y la aplicación del principio de oportunidad.

Las críticas a las alternativas han permitido la constatación de un fenómeno punitivo expansivo, lo que plantea la necesidad de estudiar la forma en que se utilizan y los casos en que se aplican las alternativas, para advertir sus efectos negativos y tomar los correctivos necesarios. En este sentido, siguiendo a Foucault (2009), no se debe analizar las alternativas solamente en comparación con la prisión, por su pretendida humanidad, sino que se debe considerarlas como penas en sí mismas para no descuidar sus efectos perjudiciales.

3.6. Suspensión condicional de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena como la conocemos en la actualidad responde a un proceso que conjuga elementos del sursis belga, derecho penal continental, y la *probation* anglosajona (Villacampa Estiarte, et al., 2006; Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997),

constituyendo un mecanismo alternativo que consiste en la decisión judicial de no ejecutar la pena de prisión impuesta. Esta conjunción de normas de los dos sistemas jurídicos hace necesaria la identificación de su desarrollo histórico para su mejor comprensión.

3.6.1. Antecedentes

Maqueda Abreu (1985) señala que, de acuerdo con algunos autores existen antecedentes de instituciones similares a la suspensión de la pena en el derecho romano, en el *common law* y en la Iglesia, pero advierte que estos antecedentes tienen en común un carácter caritativo, bondadoso o de gracia, que mostraban indulgencia ante el condenado bajo la condición de no cometer nuevas infracciones. Siguiendo a Guichot y Barrera, considera que en el orden jurídico continental se puede hablar de suspensión de la pena a partir de la exigencia de tres elementos: existencia de la prisión como pena, fracaso de la prisión o una razón que justifique prescindir de su aplicación, y pretexto suficiente que justifique y legitime la suspensión de la condena.

Respecto de la primera exigencia, hay que situarse a finales del siglo XVIII o inicios del siglo XIX como momento histórico en el que la pena de prisión existe con carácter general. El Derecho penal liberal mira la pena bajo criterios de utilidad y disuasión, siendo la prevención general su finalidad principal, además de que el positivismo permitió un sistema normativo rígido, con muy reducida posibilidad de interpretación o discreción judicial.

La determinación de la prisión como pena generalizada había sido criticada desde sus inicios, principalmente se cuestionó que esta forma de castigo no era eficaz, sobre todo en las penas de corta duración, los altos costos que representaba su funcionamiento, y que la cárcel era un lugar de contagio criminal. Estos planteamientos posicionaron la idea de fracaso de la prisión, lo que motivó el desarrollo de nuevas teorías, reformas y alternativas, configurándose el segundo elemento para la creación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Como tercer elemento se requería una justificación que legitime la suspensión de las penas, encontrando argumentos en los desarrollos de la criminología positivista y la creación del concepto de peligrosidad criminal (Maqueda Abreu, 1985), lo cual permitió defender que en los casos en que la peligrosidad del infractor sea menor, se pueda dejar de ejecutar la pena de prisión, pues era preferible evitarle al infractor los perjuicios de la prisión.

La confluencia de estos tres elementos generó una nueva ideología que incorporó cuestiones antropológicas, sociales y jurídicas en el estudio de la criminalidad (Maqueda Abreu, 1985); esta nueva ideología promovió la búsqueda de alternativas a la prisión, por lo que los teóricos de finales del siglo XIX giraron su mirada a una institución anglosajona que se adecuaba a sus nuevas ideas, la *probation*.

Para comprender el grado de asimilación de la *probation* en el sistema continental es necesario entender su origen. Siguiendo la exposición de Maqueda Abreu (1985), esta institución jurídica anglosajona responde a un desarrollo jurisprudencial del common law que tiene en las figuras de la *recognizance o binding over*, el *bail*, y el *provisional filing of cases* sus antecedentes, que luego confluían en su determinación legal en la *Probation Act* de Massachusetts de 1878 y en Inglaterra en 1887.

En estos dos países a partir de 1841 se evidenció una práctica común por la que los jueces, motivados por la preocupación de evitar el ingreso en prisión de determinados delincuentes, los dejaban en libertad bajo la condición de someterse a una vigilancia especial, práctica que fue impulsada por la participación ciudadana en la supervisión del cumplimiento de esas condiciones orientadas a la rehabilitación del infractor, éste sería el germen de los *probation officers* (Maqueda Abreu, 1985).

Entre los factores que llevaron a la consagración de la *probation* se identifican cuestiones religiosas, económicas, de control y disciplina. Las ideas de ayuda al infractor y evitar su ingreso en prisión se desarrollaron sobre la concepción religiosa protestante de “vida ordenada y honrada de trabajo”, que a su vez se acoplaban a las exigencias del sistema capitalista de producción, considerando al trabajo un factor correctivo y de utilidad económica. Por su parte la configuración de una sociedad disciplinante permitía la consideración de esta medida de “asistencia social y tutela” como un mecanismo de control, vigilancia y disciplina.

La *probation* se configura como un mecanismo nuevo de tratamiento del delincuente, que deja de lado el uso de la prisión, para evitar los efectos negativos del encierro y buscar la corrección mediante el trabajo y los buenos hábitos, mediante el control, tutela y disciplina del Derecho penal, con la amenaza siempre presente de la cárcel. Se creó un sistema de vigilancia que actúa durante el periodo de prueba, brindado apoyo al infractor en el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juzgador, las cuales serán verificadas al término del periodo de prueba y se archivará el expediente.

Maqueda Abreu (1985) considera que la adopción de la suspensión de la pena en el sistema continental no asumió toda la lógica de funcionamiento de la *probation*, señalando que, si bien esta sirvió de fundamento, el único punto de enlace entre las dos figuras era su finalidad común de evitar los perjuicios de la prisión en penas cortas y a cierto tipo de delincuentes, siendo beneficiarios los delincuentes primarios que habían cometido delitos de escasa gravedad.

En el proceso de adaptación de la *probation* al sistema continental, al fundamento ideológico se sumó la situación de las cárceles a fines del siglo XIX, que registraron crecimiento de la población penitenciaria, hacinamiento e incremento de su costo. Teniendo en cuenta estas

razones, Maqueda Abreu (1985) reflexiona que el fin utilitario de reducir costos y evitar el hacinamiento fueron el fundamento principal para incorporar la figura de la suspensión, dejando en segundo plano las consideraciones de rehabilitación.

Mientras en el contexto anglosajón se implementó un sistema de vigilancia y tutela para la gestión de la criminalidad mediante la *probation*, en el sistema continental su asimilación inicial fue parcial, pues si bien la suspensión evita el ingreso en prisión, no se desarrolló un sistema de vigilancia, siendo la única condición que se exigía para suspender la pena, el no cometer nuevos actos delictivos.

En 1888 en Bélgica se incorporó a la legislación la suspensión de la ejecución de la pena, bajo el nombre de *sursis*; tres años después en Francia se incluyó también esta figura jurídica, la cual de acuerdo con Berenger, que fue uno de sus promotores, tenía los objetivos de evitar al infractor los rigores y consecuencias de la encarcelación, y evitar a la sociedad la reincidencia como consecuencia frecuente del contagio criminal en prisión, considerando como sujetos de aplicación de esta medida a los delincuentes “cuya moralidad no ha sido menoscabada” y a quienes la amenaza de la pena pueda ser eficaz (Maqueda Abreu, 1895).

De lo dicho se puede verificar que la configuración de esta figura jurídica históricamente responde a tres parámetros fundamentales: pretende evitar los efectos perjudiciales de la prisión, se dirige a delincuentes primarios, y su ámbito de aplicación son las penas cortas de prisión. Con dichos fundamentos esta medida fue incorporándose a las legislaciones de diversos países como Italia (1904), España (1908), Chile (1906), Colombia (1915), Ecuador (1938), entre otros, siendo modulados de acuerdo con razones político-criminales propias de cada sociedad, lo que en mayor o menor medida varía su aplicación y naturaleza.

3.6.2. Desarrollo

En el desarrollo de la suspensión de la ejecución de la pena se identifica tres figuras relevantes y distintas, que en orden como fueron surgiendo son: la *probation* anglosajona, *sursis belga* y *sursis avec mise à l'épreuve*. Las ideas iniciales de suspensión de la condena fueron tomadas de la *probation* y trasladadas al derecho continental mediante la *sursis*, que luego tendría cambios sustanciales, apareciendo la tercera de las mencionadas figuras.

El funcionamiento de estas figuras es distinto, en la *probation* el juzgador luego de determinar la responsabilidad penal no dicta condena, sino que somete al acusado a obligaciones de carácter educativo y rehabilitador que deben ser cumplidas por un tiempo determinado, siendo ayudado por el *probation officer*; al finalizar el periodo de prueba el acusado comparece ante el juez y de acuerdo con el cumplimiento de las obligaciones, se decide

la imposición de la pena o se deja sin efecto el procedimiento. Si no se dicta condena no se mantiene registro del proceso y no se generan antecedentes (Villacampa Estiarte, et al., 2006).

La *sursis simple* implica que el juez luego de determinar la responsabilidad penal dicte la condena e imponga la pena, pasando a suspender su ejecución, es decir que la pena no se cumple, bajo exigencia de buen comportamiento y no cometer nuevos hechos delictivos por un tiempo determinado, luego de lo cual, verificado el cumplimiento de las condiciones, se extingue la pena o caso contrario se revoca la suspensión y se ordena su cumplimiento. A diferencia de la *probation* esta figura no exige el cumplimiento de más obligaciones y dictada la condena queda registro de ella a efecto de antecedentes penales.

Por su parte la figura del *sursis avec mise à l'épreuve*, que se considera como una figura mixta (Villacampa Estiarte et al, 2006; González Zorrilla, 1997), actúa como el *sursis simple* y se le agregan condiciones como en la *probation*, entonces el juzgador dicta condena y decide la suspensión de la pena, imponiendo al infractor distintas obligaciones o condiciones que debe cumplir durante el periodo de suspensión, luego de lo cual se extinguirá la pena en caso de cumplimiento, o se revocará la suspensión en caso de incumplir, ordenando la ejecución de la pena. En esta figura también se registra la condena y genera antecedentes penales.

3.6.3. Naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena

Esta figura jurídica ha motivado un importante debate alrededor de su naturaleza, el cual no ha sido aun cerrado, pues se mira esta figura desde distintas ópticas, además que su configuración y aplicación depende de lo establecido por cada ordenamiento jurídico, por ello para Jescheck y Weigend (2002, p. 899) “*No existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de la suspensión condicional de la pena*”.

A decir de Maqueda Abreu (1985), para algunos autores es una extensión del derecho de gracia, mientras que otros la distancian del derecho de gracia por cuanto su aplicación es asignada al poder judicial y no opera por criterios de gracia sino de política criminal; por otra parte, en Italia se propuso considerarla como causa de extinción del delito, y también existen posturas que la identifican como causa de extinción de la pena.

Así mismo, han existido desarrollos doctrinales que explican la naturaleza de esta figura considerando los efectos de advertencia e intimidación que se genera sobre el infractor durante el periodo de prueba, en esta línea se identifica la suspensión como pena psicológica, amenaza condicional, sanción moral o pena de amenaza. Para Rojas y Moreno, referidos por Maqueda Abreu (1985, p. 47), la suspensión como pena de amenaza busca la “*defensa de la sociedad, la*

expiación individual, la reafirmación del derecho negado por el delito y la corrección o, al menos, evitar la corrupción mayor del reo así como que pierda el temor de la pena”.

Otros autores han realizado explicaciones considerándola como una medida de corrección, medida preventivo especial de resocialización, “experimento pragmático de sentido antipenal y espíritu asegurador”; y como una tercera vía del Derecho penal. Esta última opción fue desarrollada por autores como Welzel, Baumann, Zipp, Horn, Jescheck, Dreher/Trondle, señalándola como “*medio de punición de orden especial*”, “*reacción autónoma o tercera vía*”, “*clase especial de medio sancionatorio*”, “*medio de reacción político criminal de especial naturaleza*”, “*medio autónomo de reacción jurídico penal*” (Maqueda Abreu, 1985, p. 48).

Araújo Neto (2009) refiere la existencia de otras ideas sobre la naturaleza de esta figura, para algunos autores es un derecho subjetivo del sentenciado, pues le corresponde la solicitud de forma exclusiva; otros la consideran condición resolutive, pues somete la pena a condiciones exigibles para la resolución de su remisión o ejecución; así también existe una tendencia que la mira como una medida penal de naturaleza restrictiva de libertad, negando que sea un beneficio; y, también existen criterios que la identifican como pena autónoma o pena de sustitución.

Las diversas explicaciones han tenido en la doctrina distinto recibimiento, la tendencia que la identifica como causa de extinción de la pena ha sido sustentada en la doctrina española por Yañez Román, para quién la suspensión es una causa de extinción de la responsabilidad penal y una simple modificación de la pena; en este sentido Maqueda Abreu señala :

“el pronunciamiento de la suspensión únicamente evita la entrada en prisión o el pago de la multa... pero existe y subsiste, en todo caso la condena previa a pena privativa de libertad o pecuniaria.... Por consiguiente, la suspensión condicional no sustituye a la pena sino que se limita a modificar su forma de cumplimiento.” (1985, p, 48)

La naturaleza de la figura jurídica objeto de la presente investigación es una cuestión compleja, que no puede responder a un solo criterio de análisis, sino que debe abarcar sus elementos esenciales para lograr una completa descripción, en este sentido se considera que Jescheck y Weigend (2002) realizan una descripción más completa, señalando:

“Desde un punto de visto político-criminal la suspensión se presenta como una sanción penal autónoma que, de acuerdo con su configuración en el caso concreto, puede suponer una acentuación del carácter de una renuncia a la pena (si se limita a la imposición de un periodo de prueba), de una pena (por ejemplo, si se imponen condiciones fuertemente gravosas), de una medida de seguridad (vid. Las reglas de conducta...) o de una combinación entre pena y medida de seguridad. La ventaja de la suspensión de la pena reside precisamente en la posibilidad de adaptar la sanción a las circunstancias y necesidades del autor. No obstante, desde una perspectiva sistemática este instituto presupone la imposición de una pena de prisión y por ello no supone más que una dispensa condicional de la ejecución de la pena.” (p. 899)

En la descripción transcrita se advierte la explicación de que la naturaleza de la suspensión corresponderá a cada caso concreto, pudiendo ser pena, sustitutivo penal, medida de seguridad o renuncia de la pena. Esta diversidad impide asignarle una naturaleza general, por lo que los autores comentados terminan por señalar que, en un análisis sistemático del Derecho penal, la suspensión es la disculpa de la pena bajo la exigencia de condiciones.

Ensayando una explicación a la naturaleza de la suspensión de la pena, tomando como referencia los diversos desarrollos teóricos mencionados y considerando la complejidad de hacer una explicación generalizada, es necesario partir de que es un mecanismo legal de política criminal alternativo a la prisión, por el cual el legislador faculta al juez decidir la abstención del uso de la prisión como sanción penal, exigiendo el cumplimiento de condiciones.

Para explicar su naturaleza se propone el análisis de cada momento de incidencia de esta figura. Cuando el legislador la incorpora a la ley no es un beneficio para el infractor, es una decisión política criminal del Estado que considera no necesaria la ejecución de las penas de prisión en ciertos casos, determinando su ámbito de aplicación bajo presupuestos de delincuencia primaria, ineficacia de penas cortas y efectos criminógenos de la cárcel, entonces el Estado decide no encarcelar para evitar los efectos negativos de la privación de libertad.

Incorporada al ordenamiento jurídico, esta figura se inserta en el Derecho penal sustantivo, pues afecta la pena, suspendiéndola temporal y condicionalmente, y luego extinguiéndola. Por otra parte, la suspensión se configura como un derecho subjetivo del infractor, pues la ley faculta exclusivamente a él la posibilidad de solicitarla.

En el momento de la decisión judicial, de acuerdo con cada ordenamiento jurídico, el juzgador en el estudio del caso concreto decide la necesidad de ejecución de la pena de prisión, por lo que realiza un ejercicio concreto e individualizado de política criminal, analizando al infractor y considerando si su no ingreso a prisión es más beneficioso que su privación de libertad, teniendo en cuenta los ámbitos social e individual. El juez tiene el poder de decidir el mecanismo que considere más adecuado para la prevención general y especial del delito.

En caso de aceptación de la suspensión, el juzgador determinará las condiciones que estime necesarias, por lo que esta figura asume la forma de una medida temporal de vigilancia, tutela, rehabilitación y/o reparación, de acuerdo con las condiciones impuestas. Ante el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas, la suspensión aplica sus efectos de condición resolutive, de manera que en caso de incumplimiento se resolverá la revocatoria de la suspensión y la ejecución de la pena, mientras que, en caso de cumplimiento, la suspensión asume su calidad de causa de extinción de la pena.

Esta breve explicación trata de abarcar los diversos planteamientos que se han realizado, ordenándolas secuencialmente para evidenciar su naturaleza temporal y variable. Se considera que esta figura no sustituye ni modifica la pena y su cumplimiento, pues durante la suspensión la pena mantiene su existencia y calidad. Plantear que la pena es modificada o sustituida por la suspensión conllevaría un serio problema de agravamiento de la pena, pues durante el periodo de prueba el infractor estaría cumpliendo la pena modificada o sustituida, y en caso de revocatoria de la suspensión, esa pena sería agravada con el cumplimiento de la inicial pena impuesta, por lo que podría considerarse la existencia de una doble punición.

3.6.4. La suspensión de la ejecución de la pena en el derecho comparado

Determinado el desarrollo histórico, así como las explicaciones de la naturaleza jurídica de esta figura, es necesario realizar una breve revisión de su situación en las diversas legislaciones, en un ejercicio muy limitado de derecho comparado, revisando la forma en la que actualmente está prevista la suspensión de la pena en los países hispano hablantes de América del Sur, Brasil y España.

Para esta revisión se mirarán 4 variables principales: a) ámbito de aplicación, que se refiere a las penas que pueden ser objeto de suspensión, b) la existencia de requisitos subjetivos, que tiene relación con la exigencia de criterios criminológicos en la valoración judicial y la necesidad de contar con informes especializados para la decisión, c) imposición de obligaciones o condiciones, y d) consecuencia del incumplimiento de las condiciones.

En todos los países estudiados existe la suspensión de ejecución de la pena, teniendo diversas denominaciones, pero guardando los elementos esenciales que caracterizan a esta figura. En 9 de los 11 países está incorporada en los códigos penales, mientras que en el caso de Chile se encuentra en la Ley 18216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, y en el caso de Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal, en el segundo libro que corresponde al procedimiento penal.

Tabla 2. Configuración general de la suspensión condicional en el derecho comparado

País	Norma	Denominación	Ámbito aplicación	Periodo de prueba
Argentina	Art. 26. Código Penal	Condena condicional	3 años	2 y 4 años
Brasil	Art. 77. Código Penal	Suspensión condicional de la pena	2 años	2 y 4 años
Bolivia	Art. 59. Código Penal	Suspensión condicional de la pena	3 años	2 y 5 años

Chile	Art. 4 Ley que establece penas sustitutivas	Remisión condicional	3 años	1 y 3 años*
Colombia	Art. 63. Código Penal	Suspensión condicional de la ejecución de la pena	3 años	2 y 5 años
Paraguay	Art. 44. Código Penal	Suspensión a prueba de la ejecución de la pena	2 años	2 y 5 años*
Perú	Art. 57. Código Penal	Suspensión de la ejecución de la pena	4 años	1 y 3 años
Uruguay	Art. 126. Código Penal	Suspensión condicional de la pena	2 años y multa*	5 años
Venezuela	Art. 482. Código Orgánico Procesal Penal	Suspensión condicional de la ejecución de la pena	5 años	1 y 3 años
España	Art. 80. Código Penal	Suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad	2 años y Otros*	6 meses y 5 años*
Ecuador	Art. 630. Código Orgánico Integral Penal	Suspensión condicional de la pena	5 años	Decisión judicial

Nota. Elaboración propia con base en la revisión de las leyes que contienen la figura de la suspensión de la ejecución de la pena en los distintos países, vigentes a abril de 2020. Los * representan la existencia de condiciones especiales que son explicadas en las siguientes líneas.

En lo referente al ámbito de aplicación todas las legislaciones determinan un límite máximo de las penas que pueden ser objeto de suspensión. En la mayoría de los casos se prevé esta figura para penas cortas de prisión que llegan hasta los 5 años. En el caso de España el Código penal en su artículo 80 y siguientes determina varios presupuestos para la suspensión de la ejecución de las penas, existe una suspensión genérica para delitos sancionados con penas de hasta 2 años y además otros casos: si el sentenciado padece enfermedad muy grave se puede suspender la pena sin importar su quantum; y, si el sentenciado presenta dependencia a sustancias tóxicas, se pueden suspender penas de hasta 5 años (Código Penal, 1995).

En cuanto al periodo de prueba o suspensión, en Chile existe un plazo mínimo de un año y máximo de tres, pero nunca será inferior a la duración de la pena impuesta. Por su parte Paraguay establece un periodo de entre dos y cinco años, el cual puede ser modificado por el juzgador antes de su finalización, reduciéndolo al mínimo o ampliándolo al máximo. El Código Penal español diferencia tres casos, para penas no superiores a dos años el plazo será de entre dos y cinco años, en penas leves será de tres meses a un año, y en el caso de que el infractor haya cometido el hecho delictivo a causa de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos o análogos, el plazo de suspensión será de tres a cinco años.

En la mayoría de las legislaciones el periodo de suspensión es un umbral establecido en la ley, quedando su determinación específica a criterio del juzgador dentro de esos márgenes, pudiendo incluso ser más prolongado que la pena impuesta. En Uruguay existe un periodo determinado para todos los casos, por lo que sin importar el delito y pena el periodo de “prueba”

será de cinco años. En el caso de Ecuador la ley no señala expresamente la duración del periodo de suspensión, por lo que su determinación corresponde al juzgador.

Una de las características esenciales de la suspensión de la pena es que está orientada a infractores no habituales o reincidentes, de los que se espera que la suspensión sea suficiente para evitar que vuelvan a cometer hechos delictivos, en este sentido, cada legislación contempla criterios para valorar la necesidad de la pena, los cuales son ampliamente subjetivos y se enmarcan en el aspecto criminológico del infractor y el hecho

De forma general todas las legislaciones valoran la personalidad del infractor, sus antecedentes, actitud posterior al delito, naturaleza, modalidad del hecho, y gravedad de la conducta. En el caso de Argentina, Bolivia y Chile se analiza los móviles que llevaron a cometer el delito, por otro lado, Bolivia y España valoran también la predisposición o esfuerzo por reparar el daño causado. Colombia, Ecuador y España miran además las circunstancias y antecedentes familiares y sociales del infractor.

La valoración de estos elementos es un análisis subjetivo, que en la mayoría de los países estudiados se encarga exclusivamente al juzgador, sin necesidad de requerir informes especializados. En el caso de Bolivia se determina que se debe contar con informes previos para la decisión de la suspensión y en Venezuela se requiere de un pronóstico de clasificación de mínima seguridad emitido por un equipo técnico.

Respecto de este ejercicio de valoración, desde los inicios de esta figura existieron inconvenientes, pues como señala Maqueda Abreu (1985), en el sistema continental se apostó por depositar el éxito de la suspensión en el “buen hacer” de los tribunales, *“en su espontánea intuición, prescindiendo de los bagajes más costosos pero también más eficientes... encuestas preliminares, vigilancia, asistencia... El juez, en el... otorgamiento de la suspensión, era al mismo tiempo, médico, psicólogo, criminólogo, policía y asistente social.”* (p. 57).

Entre otras cuestiones generales, todas las legislaciones prevén que la comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba tiene como consecuencia la revocatoria de la suspensión. Por su parte el incumplimiento de las condiciones impuestas, en algunos casos significa la revocatoria, mientras que en otros se determinan medidas progresivas que incluyen la imposición de nuevas obligaciones o la extensión del periodo de prueba.

En lo referente a las condiciones a ser impuestas, en la mayoría de los ordenamientos están determinadas legalmente, pudiendo el juez escoger entre varias condiciones las que se adecuen a las necesidades de cada caso. Solamente en el caso de Paraguay no existe un señalamiento taxativo de las condiciones que el juzgador puede imponer, pero se hace mención de que se podrá imponer obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba.

4. Criminalidad y sistema de justicia penal

Para realizar un estudio detallado de la incidencia de la SCP es necesario comprender factores económicos, sociales, culturales y de política criminal de la sociedad a estudiar, lo que permitirá conocer el contexto de gestión de la criminalidad; en este capítulo se revisan aspectos socio económicos, delincuencia denunciada y registrada, aspectos normativos de la pena y caracterización del sistema de justicia penal y del sistema penitenciario ecuatoriano.

4.1. Situación socioeconómica del Ecuador

En el estudio de la criminalidad diversas teorías y con distinto enfoque han tratado de explicar la conducta delictiva y su etiología. Redondo Illescas (2008) señala que las explicaciones y teorías de la delincuencia se han formulado con énfasis en tres ámbitos: mecanismos personales, mecanismos sociales, y oportunidades delictivas; así mismo reconoce que la actual discusión admite que en los tres ámbitos señalados existen factores que se entrelazan y hacen más probable la conducta delictiva.

La integración de factores sociales al estudio de la criminalidad pretendió la explicación del delito a través de los procesos de interacción social, ampliando el objeto de estudio de la criminología y generando nuevas teorías. Entre los factores sociales explicativos del delito se encuentra la pobreza, marginación, desorganización social, anomía, subculturas, entre otras (Redondo Illescas, 2008), que han tenido distinto recibimiento en los desarrollos teóricos.

La investigación criminológica ha verificado la existencia de correlación entre la inequidad de la distribución de ingresos y la criminalidad. Carranza (2009) analiza las cifras de encarcelamiento y aumento de la prisión considerando los ingresos económicos de los países, evidenciando que en países de bajos y medianos ingresos de América Latina y el Caribe *“encerramos en gran desproporción a personas de nuestros grupos poblacionales excluidos y de clase baja”* (p. 491), mientras que en Europa Occidental y Estados Unidos migrantes de países de ingresos medianos y bajos tienen mayor probabilidad de ser encarcelados.

La explicación de la criminalidad en Latinoamérica no es una cuestión fácil. A decir de Kliksberg (2002), uno de los factores de deterioro social más influyentes es la desigualdad, siendo esta región considerada como la más desigual del planeta, a lo que suma el desempleo juvenil, desintegración familiar y bajos niveles educativos. Este entorno social y económico configura un ambiente en que existe mayor probabilidad de desarrollo de conductas delictivas.

Si bien la criminalidad no puede explicarse solamente a partir de los mecanismos sociales, el conocimiento de estos aspectos es fundamental para poder contextualizar el marco

normativo y de política criminal de una sociedad, por lo que en las siguientes líneas se exponen los principales indicadores del país obtenidos de información oficial publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador, INEC.

En lo referente a pobreza, teniendo por fuente la Encuesta de condiciones de vida 2013-2014 (INEC, 2015), el 31.5% de la población ecuatoriana está en situación de pobreza por consumo, es decir que viven con menos de 2.81 dólares de los Estados Unidos de América (USD) diarios por persona. Mientras que, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo, ENEMDU (INEC, 2019a), la pobreza por ingresos llega a 33.9%.

En cuanto a nivel de desigualdad, conforme la encuesta ENEMDU (INEC, 2019a), el índice de coeficiente de Gini para el 2019 fue de 0.47, en tanto que para diciembre del año 2018 había sido de 0.46. Este coeficiente es medido entre 0 y 1, en donde 0 es perfecta igualdad y 1 es perfecta desigualdad, por lo que se verifica que existe un alto índice de desigualdad.

Siguiendo la misma encuesta, las cifras de empleo señalan que existe un 3.84% de desempleo; si bien esta cifra se puede considerar baja, en la población con empleo se incluye empleo adecuado, subempleo, empleo no remunerado, otro empleo no pleno y empleo no clasificado, debiendo señalar que el empleo adecuado llega solamente al 38.8%. En otro indicador, la tasa de empleo bruto llegó al 62.8%, que representa todas las personas ocupadas de la población en edad de trabajar.

En cuanto al ámbito educativo, de acuerdo con la encuesta ENEMDU (INEC, 2019a), para el mes de diciembre de 2017 los años promedio de escolaridad a nivel nacional fueron 10.17 años. En el año 2011 el INEC realizó la Encuesta de Estratificación del Nivel Socioeconómico NSE, en la que se clasifican cinco niveles, identificando que los niveles C- y D, que representan el 64.2% de la población estudiada, no tenía educación secundaria completa

En el aspecto social, la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, ENVIGMU (INEC, 2019b), da cuenta de que a lo largo de la vida el 64.9% de mujeres ha sufrido al menos un hecho de violencia, pudiendo ser psicológica, física, sexual o patrimonial, mientras que el 31.6% de mujeres ha sufrido violencia en el último año.

Esta información permite identificar la sociedad ecuatoriana tiene un alto índice de desigualdad y problemas de desempleo, educación y violencia, situación social y económica que presenta los factores que se han estudiado para explicar la violencia y criminalidad en Latinoamérica: bajos niveles educativos, desintegración familiar, desempleo y desigualdad.

4.2 Criminalidad en Ecuador

La medición de la criminalidad es una cuestión compleja, pues siempre existirá una “cifra negra” de delincuencia no registrada. Para alcanzar una medición válida se han desarrollado mecanismos que acuden a distintas fuentes de información del fenómeno delictivo, siendo fuentes aceptadas en consenso: estadística oficial, encuestas de victimización y encuestas de delincuencia auto revelada (Pérez Cepeda y Benito Sánchez, 2013). En el presente caso se expone una medición que se basa en estadística oficial y encuestas de victimización.

Para identificar el nivel de criminalidad en Ecuador iniciamos por ubicar al país en un mapa comparativo, recurriendo para ello a la tasa anual de homicidios por cada 100.000 habitantes, indicador que es uno de los más referidos, confiables y utilizados para estimar el nivel de violencia y delincuencia de una sociedad (Buvinic, et al., 2005; ONUDD, 2013).

El Resumen Ejecutivo del Informe Global sobre Homicidio (2019), publicado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito, de acuerdo con información del año 2017 señala que la región de las Américas presenta la tasa más alta de homicidios, situándose en 17.2 homicidios por cada 100.000 habitantes, mientras que la media mundial es de 6.1. En Ecuador la tasa de homicidios registrada para el año 2017 fue de 5.8, por lo que se encuentra por debajo del promedio mundial.

Con base en la información de Estadísticas de Seguridad Integral (INEC, 2020b), la tasa de homicidios intencionales en Ecuador para el año 2014 fue de 8.18 homicidios por cada 100.000 habitantes, para el año 2015 de 6.46, en el año 2017 se registró una tasa de 5.79, en 2018 fue de 5.82, mientras que para el año 2019 se registra un incremento a 6.85 homicidios.

La información sobre la tasa de homicidios intencionales permite tener una visión de la dimensión de violencia en el país, identificando que Ecuador se encuentra entre los países con tasas más bajas en América Latina, y por debajo del promedio mundial. Esta información no dice que la criminalidad sea baja, refiere que la violencia en la sociedad no tiene índices alarmantes, lo cual debería reflejarse en la tipología de delincuencia.

4.2.1. Encuestas de victimización.

Este tipo de encuestas permite tener un panorama más amplio que la delincuencia registrada, pues identifican hechos delictivos que no han sido denunciados, acudiendo a encuestas sobre la experiencia de victimización de la población. En el año 2011 se realizó la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Inseguridad (INEC, 2011a), que es la última encuesta de este tipo realizado por instituciones del Estado, en la que se indaga sobre la prevalencia de delitos como robo a personas, estafa, fraude, intimidación, amenaza, heridas,

lesiones y secuestro en el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y agosto de 2011. La prevalencia registrada fue de 17.2, lo que significa que en el periodo de un año 17 de cada 100 personas fueron víctima de alguno de los delitos mencionados.

Respecto de las personas que realizaron denuncias, la tasa más alta se encuentra en robo de automotores, llegando al 84.4% de denuncias, seguido por secuestro con 48.9% y los más bajos son el robo a personas y estafa o fraude, con tasa de 15% de denuncias. Estas cifras permiten identificar respecto del delito de robo que, mientras mayor es la afectación patrimonial mayor es la tasa de denuncia, y en sentido inverso cuando la afectación patrimonial disminuye, las víctimas omiten denunciar el delito.

Al ser cuestionados sobre la razón por la que no denunciaron el último delito, se refiere como el principal motivo la desconfianza en el sistema judicial con 29.9%, desconfianza en la policía 18.5%, y entre otras razones se registran: falta de tiempo, delito de poca importancia, miedo a represalias, falta de interés, desconocer el procedimiento, entre otros. En cuanto a la percepción de seguridad, la encuesta refleja que el 50.2% de la población considera que su barrio es inseguro, el 83.1% considera que la ciudad es insegura y un 77.3% cree que la delincuencia aumentó en el último año en su ciudad.

En lo referente a las causas de la delincuencia los encuestados refieren con mayor incidencia el desempleo, llegando a un 23%, seguido por drogas con 18.6% y 9.64% de encuestados lo vincula con falta de seguridad policial. Otras razones expuestas como causa de la delincuencia son pobreza, alcohol, corrupción, desintegración familiar, educación inadecuada, migración, maltrato en hogares, justicia y policía ineficientes.

Los datos reflejados por la Encuesta Nacional de Victimización permiten considerar tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, la tasa de victimización de 17.2% es indicativo de una alta incidencia de los delitos consultados. Un segundo elemento que destacar es la baja tasa de denuncia de hechos delictivos, lo que permite considerar la existencia de una amplia cifra negra. Por último, las razones para no denunciar los delitos fundamentalmente dan cuenta de desconfianza en el sistema de justicia penal, cuestión que, junto a la percepción de inseguridad, podría configurar un ambiente propicio para el desarrollo de propuestas de mayor severidad punitiva en perjuicio de las alternativas a la prisión.

Desde el año 2011 no se han repetido encuestas de victimización desarrolladas por instituciones estatales, pero la Corporación Latinobarómetro, organización no gubernamental sin fines de lucro, desde el año 1995 viene realizando encuestas de opinión en las que se incorpora temáticas de delincuencia y temor de victimización, por lo que se revisan los resultados existentes para los últimos años.

En estas encuestas, ante la pregunta *¿Cuál considera Ud. que es el problema más importante en el país?* se incluye la opción de delincuencia y/o seguridad pública, teniendo que para el año 2015 el 12.4% de los encuestados consideró a la delincuencia como el problema más importante, para el año 2016 la cifra fue de 7.17%, en el año 2017 fue de 14% y en el año 2018 descendió a 12.2%. Entre los años señalados existe un promedio de 11.4% de encuestados que considera que la delincuencia es el principal problema del país.

En otros aspectos se consulta si el encuestado o algún pariente ha sido víctima de algún delito en el último año y la frecuencia con la que se preocupa de ser víctima de algún delito con violencia, cuyos resultados para el periodo de 2015 a 2018 se presentan en la Tabla 3.

Tabla 3. Victimización y temor al delito

Pregunta	Variable	2015	2016	2017	2018
¿Ha sido Ud. (1) o algún pariente (2) asaltado, agredido, o víctima de un delito en los últimos doce meses?	Usted	7.67	9	4.70	5.42
	Pariente	18.7	15.5	7.80	8.67
	Ambos	9.42	3.75	3	7.92
	No	63.6	71.08	83.1	72.2
	No sabe	0.42	0.67	1.20	1.67
¿Con qué frecuencia se preocupa Ud. de que pueda llegar a ser víctima de un delito con violencia?	No contesta	0.08		0.20	4.08
	Todo o casi todo el tiempo	30.4	35.1	45.7	48.7
	Algunas veces	38.08	38.9	32.3	23.08
	Ocasionalmente	17.08	18.1	14.3	18.4
	Nunca	13.5	7.33	7.60	9.58
	No sabe/no responde	0.92	0.42	0.10	0.17

Nota. Explica los porcentajes de respuesta de los encuestados en función de la información disponible en los informes de cada año de la encuesta aplicada por Latinobarómetro en Ecuador.

La cantidad de personas que dicen no haber sido víctima de delitos en el último año desde el 2015 muestra un considerable aumento hasta el año 2017, año en que se registra la tasa más alta (83.1%), mientras que hay descenso en el año 2018. Por otro lado, la suma de las respuestas que muestran victimización, que contempla las tres primeras variables de la primera pregunta, en el año 2015 llegó a 35.8%, para el 2016 fue de 28.2%, en el 2017 se registra 15.5%, y en el año 2018 fue de 22%. Con esta información se percibe que el delito muestra disminución entre el 2015 y 2017, registrando un incremento de casi siete puntos porcentuales en el 2018.

En lo referente al temor al delito, en el año 2018 se muestra que casi el 50% de encuestados dijo tener preocupación por ser víctima de delito todo el tiempo o casi todo el tiempo, mientras que en el año 2015 se muestra la cifra más alta de personas que dijeron nunca haberse preocupado por ser víctimas, con 13.5%. En el periodo analizado el temor “permanente” al delito ha incrementado en casi 20 puntos porcentuales.

4.2.2. Delincuencia registrada

En este tipo de información se recurre principalmente a datos de denuncias presentadas ante la Fiscalía General del Estado, institución que en Ecuador tiene la atribución exclusiva de persecución del delito (CRE, 2008, Art. 195). Se observa información sobre el registro de denuncias en el periodo 2015-2019 a nivel nacional y del cantón Quito, para luego pasar a un detalle específico de la delincuencia registrada en el año 2019.

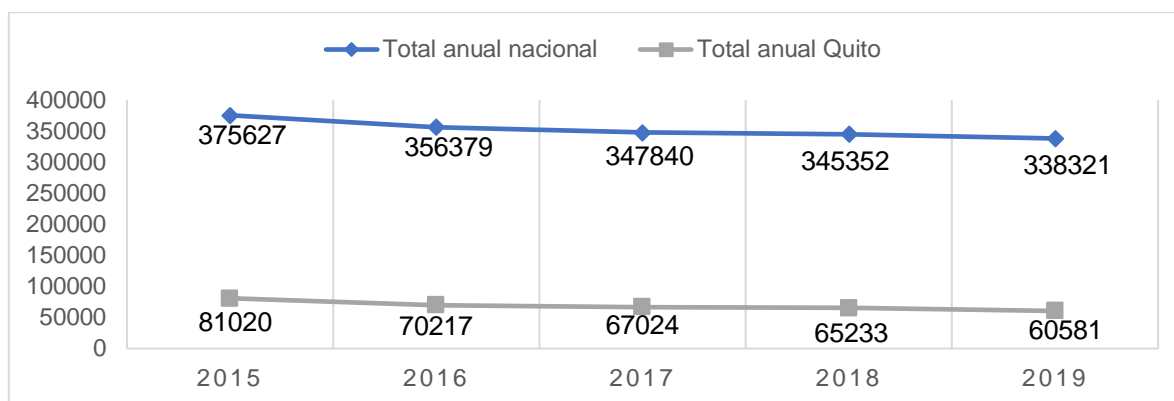


Figura 2. Denuncias registradas en la Fiscalía General del Estado por año. Muestra todas las noticias de delito que se han recibido desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de cada año, por todos los delitos de acción pública previstos en la legislación.

En el periodo analizado se evidencia una constante disminución de denuncias, comparando el año 2015 con el año 2019 se tienen 36.306 denuncias menos a nivel nacional, es decir un 10% menos; y en el cantón Quito disminuyeron más de 20.000 denuncias en el periodo de estudio, lo que corresponde a un 25%. Para indagar a mayor detalle por tipo de delitos denunciados nos referimos en adelante a cifras registradas en el año 2019.

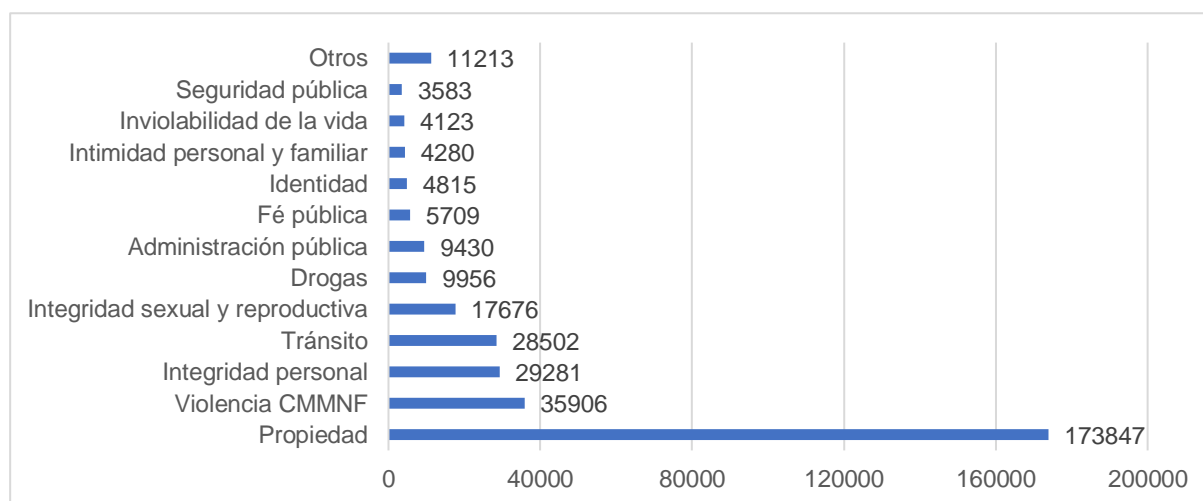


Figura 3. Identifica la cantidad de denuncias registradas por Fiscalía General del Estado a nivel nacional desde el 01 de enero al 31 de diciembre del 2019, agrupando varios delitos conforme las secciones determinadas en el COIP, clasificación que responde al bien jurídico tutelado por los tipos penales.

En el año 2019 se registraron a nivel nacional 338.321 denuncias por todos los delitos de acción pública previstos en la legislación. El 51.3% de casos corresponde a delitos contra la propiedad, seguido de 10.6% de delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, luego 8.65% son denuncias por hechos contra la integridad personal, 8.42% por tránsito y 5.22% corresponde a delitos contra la integridad sexual y reproductiva; y los otros delitos corresponden al 3.31%. Ahora pasamos a revisar los delitos con mayor incidencia.

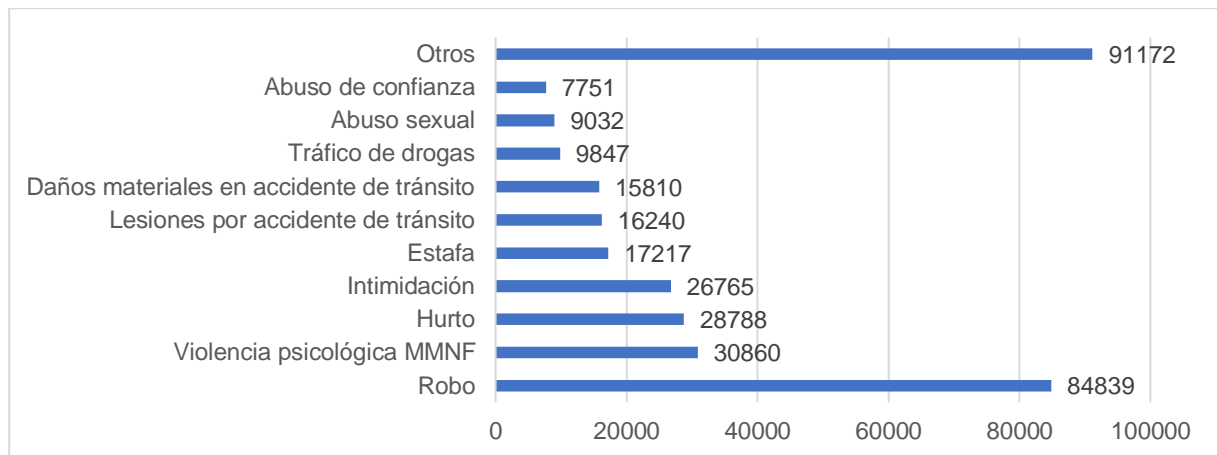


Figura 4. Delitos que con mayor frecuencia se denunciaron en el año 2019. Se presentan los 10 delitos que tuvieron mayor incidencia a nivel nacional en denuncias ante FGE.

Delincuencia registrada en el cantón Quito. La delimitación espacial de la investigación tiene al cantón Quito como su ámbito de estudio, siendo la ciudad más poblada del país y la capital de la República, por lo que se pasa al análisis de la información disponible por cantón, comparando los cantones con mayor cantidad de denuncias durante el periodo 2015 y 2019, y luego se revisa la información del año 2019 para Quito.

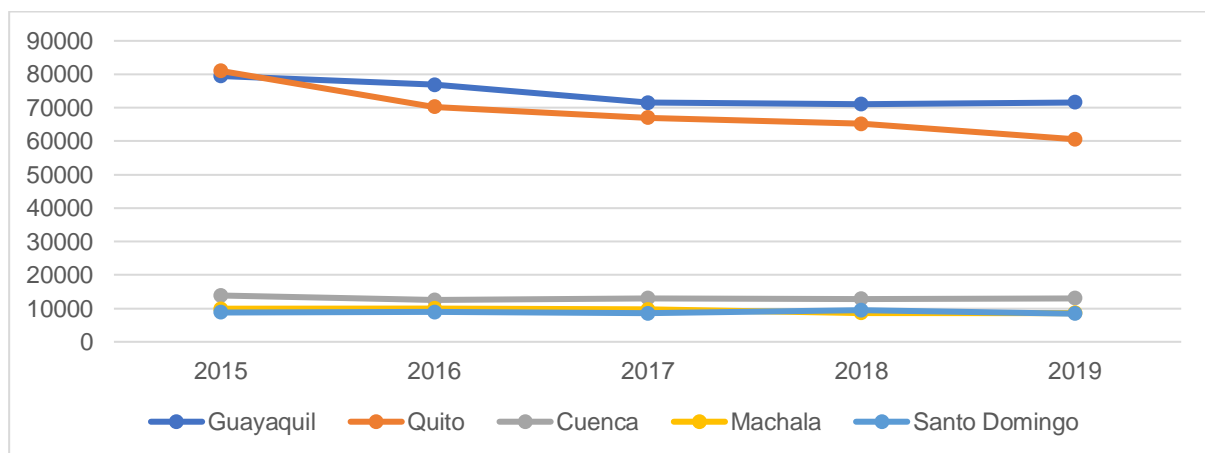


Figura 5. Evolución de denuncias recibidas en la FGE por cantón durante el periodo 2015-2019. Muestra los cinco cantones con mayor cantidad de denuncias. En el año 2019 el cantón Ambato superó a Santo Domingo de los Colorados, pero no se considera en este gráfico por cuanto en años anteriores se mantiene Santo Domingo en quinto lugar.

Las líneas muestran la tendencia de denuncias por cada año para los cinco cantones con mayor incidencia. En el caso de Quito y Guayaquil superan los 60.000 casos en todos los años, por lo que se distancian de los otros tres cantones que no superan las 14.000 denuncias anuales; sólo en el año 2015 Quito superó en denuncias a Guayaquil mientras que en los otros años se sitúa en segundo lugar. Para el año 2019 en Quito se registraron 60.581 denuncias, que representan el 17.9% del total nacional.

En el comparativo anual el descenso más marcado por cantón se evidencia en Quito, que en el año 2015 registraba 81.020 denuncias y para 2019 registró 60.581, lo que significa una reducción de 25% en el periodo comparado. En la variación anual se registra entre 2015 y 2016 disminución de 13.3%, entre 2016 y 2017 fue de 4.54%, para el período 2017-2018 de 2.67%, y en entre el año 2018 y 2019 la disminución fue de 7.13%.

Tabla 4. Delitos con mayor incidencia en el cantón Quito

Delito	2015	2016	2017	2018	2019
Robo	30.708	21.048	18.919	17.753	18.899
Hurto	10.083	8.004	6.939	6.703	6.190
Violencia Psicológica CMMNF	7.712	7.203	7.458	6.945	3.517
Intimidación	4.489	4.270	4.308	3.883	3.610
Estafa	3.589	4.280	3.822	3.591	4.383
Otros	24.439	25.412	25.578	26.358	23.982
Total	81.020	70.217	67.024	65.233	60.581

Nota. Muestra el total de denuncias recibidas por FGE para los delitos que tienen mayor frecuencia en el periodo de estudio, los cuales se mantienen en todos los años, variando su posición en algunos casos.

El registro de denuncias en Quito es similar al comportamiento nacional, siendo los cinco delitos referidos los que más se denuncian, de los cuales tres son contra la propiedad (hurto, robo, estafa). Comparando los dos últimos años, en el 2019 se identifica que aumentó la cifra de los delitos de robo y estafa, en tanto que hurto, intimidación y violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar disminuyeron, registrando la mayor reducción las denuncias por violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La delincuencia registrada muestra constante disminución de denuncias a nivel nacional y en el cantón Quito en el periodo estudiado. Así también se verifica que los delitos con mayor incidencia son contra la propiedad, representando la mitad de las denuncias registradas. Esta información permite comprender que la aplicación de alternativas a la prisión puede ser amplio, considerando que una gran cantidad de delitos denunciados son de aquellos que se pueden denominar no graves o leves, que prevén penas de prisión menor a cinco años.

4.3. La pena en la legislación ecuatoriana

En el año 2014 se expidió el Código Orgánico Integral Penal, COIP, codificación que integra la normativa sustantiva, adjetiva y de ejecución penal, remplazando al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código de Ejecución de Penas, que databan de 1971, 2000 y 2006, respectivamente. En la exposición de motivos el legislador señala la necesidad de actualizar la normativa, adecuarla a exigencias constitucionales, recibir los avances de la doctrina, adecuar la norma a compromisos internacionales, e integrar de forma sistemática las normas relativas a la ejecución de penas.

En el análisis propuesto debemos iniciar por la finalidad asignada a la pena, que es la forma como se legitima el sistema de justicia penal. El COIP en su artículo 52 señala que son fines de la pena la “prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona condenada, así como la reparación del derecho de la víctima”. En cuanto a la pena de prisión la Constitución de la República señala como fines del sistema de rehabilitación social: *“la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas a la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y garantía de sus derechos”* (CRE, 2008, art. 201).

Siguiendo el garantismo penal se observa que la Constitución de la República plantea como fin de la pena la protección de la sociedad y del infractor, por lo que se reconoce esta doble finalidad preventiva del Derecho penal, asignándole a la pena una función correctiva o rehabilitadora. Adicionalmente el COIP señala como finalidad de la pena la reparación de los derechos de la víctima y se determina expresamente la prohibición de que la pena sea utilizada como mecanismo de aislamiento o neutralización del infractor.

En cuanto a la definición de la pena el artículo 51 del COIP señala que esta es una *“restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles”*; mientras que el artículo 58 ibidem la clasifica por su carácter en principal o accesoria y por su tipo: privativa de libertad, no privativa de libertad y restrictiva de los derechos de propiedad.

Como aspectos generales de las penas privativas de libertad, todas conllevan la declaratoria de interdicción del infractor, limitando la capacidad de disponer de sus bienes (COIP, art. 56); el marco de penalidad va desde la pena de prisión de 1 a 5 días, hasta la pena de 30 años, sin embargo, por acumulación las penas de prisión pueden llegar hasta un máximo de 40 años (COIP, art. 55). En el caso ecuatoriano existe una denominación genérica de “pena privativa de libertad”, que en este documento se la refiere como pena de prisión, aclaración necesaria debido a que en distintas legislaciones existen diversas denominaciones.

El catálogo penal contempla 289 infracciones, de las cuales 269 corresponden a delitos y 20 establecen las diversas contravenciones. En el caso de los delitos, casi su totalidad prevén la imposición de pena de prisión, siendo excepción solamente dos delitos, mientras que las contravenciones tienen diversas formas de sanción.

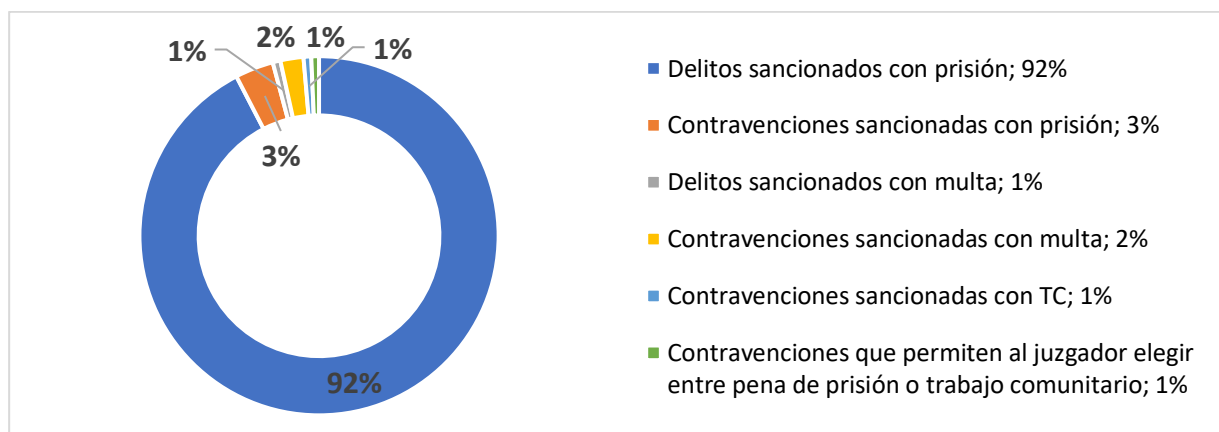


Figura 6. Representación de los porcentajes de infracciones de acuerdo con su tipo de sanción, conforme la tipificación establecida en el COIP, vigente al año 2019.

En la configuración de la penalidad en la legislación ecuatoriana se identifica un uso extendido y prioritario de la pena de prisión, que es la sanción prevista para el 95% de infracciones, por lo que la cárcel es la primordial respuesta al delito. Las no privativas de libertad son previstas como penas principales en pocos casos de contravenciones y como penas accesorias en muchos otros, teniendo este tipo de penas una aplicación residual.

4.3.1. Penas alternativas a la prisión

El COIP en su artículo 60 determina taxativamente las penas no privativas de libertad, las cuales pueden ser impuestas como penas accesorias a las determinadas en cada tipo penal, es decir que serán adicionales, no existiendo la posibilidad de utilizarlas como sustitutos de la pena principal. Por su naturaleza se pueden clasificar en cinco clases.

Tabla 5. Clasificación de las penas no privativas de libertad

Tipo de pena	Penas previstas
Rehabilitación	(1) Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
Limitativas de derechos	(4) Suspensión de la autorización o licencia para conducir.
	(5) Prohibición de ejercer patria potestad o guardas en general.
	(6) Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
	(9) Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
	(13) Pérdida de los derechos de participación.
	(14) Inhabilitación para contratar con el Estado.

Prohibitivas	(7) Prohibición de salir del domicilio o de lugar determinado. (10) Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, o las personas determinadas en sentencia. (11) Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares. (12) Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
Trabajo comunitario	(2) Obligación de prestar un servicio comunitario.
Medida de control	(3) Comparecencia periódica y personal ante la autoridad. (8) Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.

Nota. Contempla todas las penas no privativas de libertad previstas en el artículo 60 del COIP, sin considerar otras específicas que están incorporadas en cada tipo penal como penas accesorias. El número que precede a cada una corresponde al numeral con el que se encuentra en la ley.

Las penas de rehabilitación incorporan aquellas destinadas a la “corrección” o “reinserción”, se determina la posibilidad de imponer tratamiento médico, psicológico y realizar actividades de capacitación o educativas. La imposición de estas penas se hará por el tiempo que el juzgador determine con base en exámenes periciales (COIP, 2014, art. 62).

Las penas limitativas de derechos restringen parcial o totalmente el ejercicio de ciertos derechos durante un tiempo determinado. En los casos señalados en la ley se limitan los derechos al ejercicio de la patria potestad, ejercicio de profesión, empleo u oficio, porte o tenencia de armas, participación política y el derecho de contratación con el Estado.

En cuanto a las penas prohibitivas, estas determinan judicialmente la incapacidad del infractor para realizar acciones como concurrir a ciertos lugares, frecuentar y contactar personas y limitaciones de residencia. En este tipo de penas se demanda del juzgador una expresión detallada de la prohibición y de la advertencia de las consecuencias de su incumplimiento.

En las penas prohibitivas es necesario referirnos a la prohibición de salir de domicilio o lugar determinado, pues conforme lo señala el artículo 66 del COIP, esta pena obliga al sentenciado a permanecer en un determinado lugar bajo condiciones impuestas por el juez, por lo que se limita el derecho de libertad ambulatoria, en tal sentido, no sería una pena “no privativa de libertad”, sino que es una especie de arresto domiciliario.

La naturaleza del trabajo o servicio comunitario no permite que se la incluya en ninguno de los otros tipos de pena, por lo que la doctrina suele asignarla como una pena específica (Cid Moliné y Larrauri Pijoan, 1997), pues no constituye prohibición o limitación de derechos, como tampoco es una medida de control ni un programa de rehabilitación. El artículo 63 del COIP lo define como “trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia”.

La regulación del trabajo comunitario establece como tiempo máximo de servicio 240 horas, para las penas sancionadas con prisión de hasta 6 meses la duración máxima será de 180

horas y para los casos de contravención no podrá superar las 120 horas. Además, se determina que deberá ser realizado como mecanismo de reparación a la víctima o en beneficio a la comunidad, sin que pueda ser aplicado para generar utilidad económica; se exige que su ejecución no interrumpa las actividades de subsistencia del infractor, que no supere 3 horas diarias ni 15 a la semana y que sea acorde a las aptitudes y capacidades del infractor.

Por último, dos penas son incluidas en la categoría denominada “medida de control”, pues no se adecuan a ninguna de las otras categorías y comportan acciones de vigilancia. En el caso de comparecencia ante autoridad, esta pena implica que el infractor acuda ante el juzgador con la periodicidad y por el lapso determinado en la sentencia, lo que supone una actividad de vigilancia y supervisión; mientras que la pérdida de puntos en la licencia de conducir se incluye en esta categoría, considerando que el sistema de puntos constituye un mecanismo de control de la habilitación para la conducción de vehículos, por lo que su reducción implica una medida de control que en determinado momento puede restringe la posibilidad de conducir vehículos.

Las penas no privativas de libertad tienen un uso residual, pues solamente dos contravenciones prevén como pena principal el trabajo comunitario, mientras que otras dos contravenciones dejan a elección del juez la imposición de una pena de prisión o trabajo comunitario; las otras penas no privativas de libertad tienen carácter eminentemente accesorio.

Esta calidad accesorio permite considerar que este tipo de penas sigue la suerte de la pena principal, de manera que estarán vigentes y serán exigibles mientras el infractor cumpla la privación de libertad, salvo casos en que expresamente se refiera otro periodo de vigencia, como el determinado en el artículo 68 del COIP, el cual señala que la limitación de los derechos de participación política durará el tiempo establecido en cada tipo penal, contabilizado a partir de finalizado el cumplimiento de la pena de prisión.

Las penas pecuniarias o restrictivas de los derechos de propiedad son de tres tipos: multa, comiso y destrucción de instrumentos o efectos utilizados en la infracción. El artículo 70 del COIP establece la cuantía de multa a ser impuesta en los delitos que prevén pena privativa de libertad, mientras que en caso de no existir pena de prisión cada tipo penal incorpora la multa correspondiente. Las multas se calculan en salarios básicos unificados del trabajador en general (SBU) y van desde el 5% hasta 1500 SBU, considerando que para el 2019 el SBU fue de 394 dólares de los Estados Unidos de América (USD), las multas van desde 19,70 a 591.000 dólares. En seis casos las contravenciones tienen como pena principal la multa, mientras que en delitos solamente dos la prevén como pena principal.

Por otra parte, el comiso es una pena aplicable a todos los casos dolosos y se utiliza sobre aquellos bienes que sean instrumento, producto o rédito de la comisión del delito, ya sean

bienes muebles o inmuebles, fondos, activos o valores. De acuerdo con la legislación se podrá comisar inclusive los ingresos o beneficios derivados de bienes provenientes de la infracción, y en caso de no poder comisar los bienes, el juzgador deberá disponer el pago de multa de idéntico valor, adicional a la multa prevista para el tipo penal. Para los delitos señalados en el artículo 69 *ibidem*, si los bienes relacionados con el delito no se pueden comisar, se podrá comisar otros bienes del sentenciado por un valor equivalente.

Por último, la destrucción de instrumentos y efectos de la infracción también es pena restrictiva de derechos de propiedad, que se aplica en todos los casos que, de acuerdo con su naturaleza, requieran la destrucción de los efectos producidos por la infracción y de los bienes utilizados en su ejecución. Si los bienes pueden ser de utilidad, el juez está facultado para declararlos de beneficios social o interés público y autorizar su uso.

4.3.2 Mecanismos para modular y evitar la pena

La legislación ecuatoriana prevé distintos mecanismos para modular o evitar la pena, los cuales responden a diversa naturaleza jurídica y son aplicables en distintos momentos procesales o de la investigación. En las siguientes líneas se hace una exposición resumida de estos mecanismos, entre los cuales se encuentra la suspensión condicional de la pena.

La pretensión punitiva puede ser limitada en un primer momento por aplicación del principio de oportunidad. Este mecanismo de política criminal permite al Fiscal abstenerse de continuar con la investigación o desistir de la ya iniciada en los delitos con pena de prisión que no supere los cinco años y en las infracciones culposas en que el infractor sufre daño físico grave; se exceptúan las infracciones determinadas en el artículo 412 del COIP.

En el caso de aplicación del principio de oportunidad el Estado, a través de la institución que tiene la atribución exclusiva de la persecución penal, desiste de ejercer su poder punitivo, considerando primordialmente que dicha intervención punitiva no es necesaria en el marco de un sistema de justicia penal orientado por la mínima intervención; este mecanismo de política criminal es ejercido por el fiscal y autorizado por el juzgador.

Otro mecanismo aplicable en la fase de investigación e incluso en la fase procesal hasta antes de la finalización de la instrucción fiscal es la conciliación penal, previsto como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Es aplicable en delitos sancionados con pena de prisión prevista de máximo cinco años, delitos de tránsito que no tengan como resultado muerte ni lesiones graves que causen incapacidad permanente o pérdida de algún órgano, y delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda 30 salarios básicos unificados (SBU). De la aplicación de esta figura se excluyen varias infracciones determinadas en el artículo 663 del COIP.

La aplicación de este mecanismo exige el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el agresor, y se expresa en un acuerdo que deberá contener obligaciones razonables, proporcionables y ejecutables. Si el acuerdo es realizado en la investigación previa el fiscal suspenderá su actuación hasta su el cumplimiento del acuerdo, con lo cual se declarará el archivo de la investigación, si no se cumple el acuerdo se continua con la investigación. Si el acuerdo fue establecido en instrucción fiscal, el juez suspende el procedimiento hasta que se verifique el cumplimiento de este, con lo cual se extingue la acción penal, mientras que, si el es incumplido puede ser revocado y se continuará con el proceso (COIP, 2014, art. 665).

La conciliación penal constituye una medida que privilegia un modelo de justicia restaurativa, en el cual víctima y agresor buscan un acuerdo para gestionar la infracción, evitando la intervención punitiva. Se considera que su previsión normativa determina un amplio ámbito de aplicación, sobre todo en los delitos de propiedad, que representan más del 50% de la criminalidad registrada en el año 2019. Este mecanismo permite una intervención no punitiva previa, sin dejar de lado la posibilidad de ejercicio de la acción penal, lo que refuerza la obligación de cumplimiento de los acuerdos.

En el aspecto procesal existen dos figuras que permiten la modificación de la pena, que son el procedimiento abreviado y la cooperación eficaz, las cuales parten de una raíz común de “colaboración” con la administración de justicia, logrando la reducción de la pena y su fijación de común acuerdo entre Fiscalía y el procesado, existiendo límites legales a ser observados.

La cooperación eficaz está prevista en el artículo 491 del COIP como una técnica especial de investigación y la define como:

“el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad.”

En esta figura para la reducción de la pena el Fiscal deberá expresar la eficacia de la colaboración y el acuerdo alcanzado, el cual se aplicará luego de la individualización de la pena considerando circunstancias agravantes y atenuantes. La propuesta no podrá ser inferior al 20% de la pena impuesta, salvo los casos de alta relevancia social y cuando la colaboración permita procesar a los integrantes de la cúpula de una organización delictiva, en cuyo caso la propuesta no será inferior al 10% de la pena a imponer (COIP, 2014, art. 492 y 493).

Por su parte, el procedimiento abreviado es aplicable en infracciones cuya pena prevista no exceda de 10 años, puede ser propuesto al juzgador desde la formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, presupone la aceptación voluntaria de su

aplicación por parte del procesado, aceptación de la calificación jurídica del hecho, admisión de la responsabilidad en los hechos juzgados y acuerdo sobre la pena a ser impuesta.

En este procedimiento especial, que reduce la duración del proceso y sus fases, el acuerdo sobre la pena no puede ser menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal, considerando circunstancias atenuantes y agravantes, por ejemplo, si la pena que correspondía aplicar era de 3 a 5 años, la pena acordada no podrá ser menor a 1 año, que es el tercio de la pena mínima; en este sentido la Resolución 9-2018 de la Corte Nacional de Justicia aclara y expresa la forma de realizar el cálculo de la pena a imponer.

La calificación de circunstancias atenuantes y agravantes constituye otro mecanismo de modulación de la pena, los artículos 45 y 47 del COIP determinan qué se considera como circunstancias agravantes y atenuantes no constitutivas de la infracción, mientras que el artículo 44 ibidem establece su forma de aplicación. Cuando concurren al menos dos atenuantes, se impondrá la pena mínima prevista reducida en un tercio, siempre que no existan agravantes; mientras que, ante la existencia de al menos un agravante se impondrá el máximo de la pena prevista aumentada en un tercio.

En caso de que al imponer la condena no se determine la existencia de atenuantes o agravantes, el juez debe imponer la pena dentro del rango previsto por cada tipo penal, para lo cual realiza un ejercicio discrecional que debe observar las reglas de individualización de la pena (COIP, 2014, art. 54), por lo que esta es también una forma de modular la sanción.

Otro mecanismo de modulación de la pena es la existencia de atenuante trascendental, que opera cuando la persona procesada suministra datos o información precisa, verdadera, comprobable y confiable para la investigación, en cuyo caso si no existen agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá una pena de un tercio de la que correspondía (COIP, 2014, art. 46).

Ante la imposición de la pena existe la posibilidad de suspender su ejecución, para lo cual el legislador ha determinado como límite las penas previstas que no exceda de cinco años, excluyendo los delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar. Este mecanismo de política criminal además requiere la valoración de elementos subjetivos como la peligrosidad criminal y la necesidad de ejecución de la pena, elementos que son estudiados en el apartado 5.

La ejecución de las penas de prisión también prevé la posibilidad de modificar su forma de cumplimiento, prevista como cambio de régimen de rehabilitación social, por lo cual al cumplimiento del 60% de la pena el sentenciado puede acceder al régimen semi abierto, que implica la realización de actividades fuera del centro de rehabilitación social, bajo el control

del Organismo Técnico; y al cumplimiento del 80% de la pena, el sentenciado puede acceder al régimen abierto, que consiste en la realización de actividades de reinserción e inclusión en libertad, con la supervisión del Organismo Técnico (COIP, 2014, art. 698 y 699).

4.3.3. Reformas al Código Orgánico Integral Penal

El presente trabajo de investigación ha sido realizado de conformidad con la legislación vigente para el año 2019, la cual era aplicable a todos los casos de estudio. Es necesario advertir que con fecha 19 de diciembre de 2019 la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó la Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, en adelante LOR-COIP, siendo publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 17 de 24 de diciembre de 2019. De acuerdo con su disposición final, esta Ley entrará en vigencia en ciento ochenta días a partir de su publicación, es decir que su vigencia será efectiva a partir del 24 de junio de 2020.

La referida Ley constituye la reforma más amplia que se ha realizado al COIP desde su promulgación en el año 2014, incorpora la modificación de cuestiones sustantivas, adjetivas y de ejecución. Si bien la norma no tiene incidencia para los casos de estudio, la proximidad de su entrada en vigor y la necesidad de un estudio actual de la SCP, exigen que se analicen brevemente las cuestiones que pueden incidir en la aplicación de esta figura jurídica.

En cuestiones generales se identifica un cambio en la consideración del dolo, la inclusión expresa de figuras como el error de tipo, el error de prohibición, la modificación de ciertos aspectos de las penas no privativas de libertad y la variación de las penas en ciertos delitos, que en su mayoría está orientada al agravamiento de las penas. Por otro lado, se evidencia la intención del legislador de fortalecer el cumplimiento y la exigencia de las medidas de reparación integral dispuesta en sentencias condenatorias.

En lo referente a cuestiones que pueden tener incidencia en la suspensión de las penas, el artículo 12 de la LOR-COIP añade como circunstancia agravante de la infracción la siguiente: *“Registrar la o el autor una o más aprehensiones previas en delito flagrante calificado, cuando se trate del mismo delito o atente contra el mismo bien jurídico protegido”*. La redacción de esta disposición vulnera la presunción de inocencia, pues se agrava la situación del infractor mediante la consideración de una “reincidencia administrativa”.

En otros aspectos relacionados con la reincidencia, el artículo 74 de la LOR-COIP determina que no se podrá aplicar el principio de oportunidad cuando el autor del hecho ha reincidido en la conducta delictiva, además se restringe la aplicación de este mecanismo en los delitos contra la libertad personal. Por su parte, el artículo 89 *ibidem* determina la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en los casos de reincidencia.

Específicamente en cuanto a la suspensión de la pena existen dos modificaciones. El artículo 96 LOR-COIP determina que ante la falta de presentación de requisitos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 630 del COIP, el sentenciado puede en “cualquier momento” completarlos mediante una nueva solicitud. En tanto que, el artículo 103 LOR-COIP establece que la decisión de suspensión de la pena puede ser objeto de recurso de apelación. Estas reformas, que tienen relación con lo dispuesto en la sentencia 7-16-CN/19 de la Corte Constitucional (2019), plantean una aplicación más garantista de la SCP, pues permite un tiempo más amplio para completar la solicitud y reconoce la garantía de recurrir el fallo.

En general las disposiciones de la LOR-COIP dan muestra de un reforzamiento punitivo en casos de reincidencia delictiva, lo que preliminarmente permite considerar que el legislador ratifica la funcionalidad de la prisión para este tipo de casos, cuestión que podría influir en crecimiento de la población penitenciaria, lo cual es preocupante sobre todo en el caso de aplicación de prisión preventiva y en la consideración de una “reincidencia administrativa” como sucede con las aprehensiones en delito flagrante calificado.

4.4. ¿Cómo actúa el sistema de justicia penal en Ecuador?

Para la respuesta acudimos a estadística del Consejo de la Judicatura para el año 2019, revisando todas las sentencias de materia penal dictadas en primera instancia a nivel nacional, los datos existentes sobre aplicación del principio de oportunidad, conciliación penal y SCP. Esta información permite tener un panorama de la actuación judicial en el periodo señalado, evidenciando el comportamiento del poder punitivo.

Tabla 6. Sentencias penales de primera instancia dictadas en el año 2019 a nivel nacional

Tipo de infracción	Materia	Judicatura	Inocencia	Condena	S/I	Total	%
Contravención	Tránsito	Unidad penal	24.281	27.270	33	51.584	50.6
	Penal	Unidad penal	11.777	13.704	126	25.607	25.1
Delito	Tránsito	Unidad penal	463	1.554	2	2.019	1.98
	Penal	Unidad penal	3.126	13.856	56	17.038	16.7
		Tribunal penal	1.704	3.483	7	5.194	5.10
Ejercicio privado de la acción penal	Penal	Unidad penal	299	116	5	420	0.41

Nota. Se muestran los totales de sentencias penales dictadas en el año 2019 a nivel nacional, la columna S/I se refiere a casos en que la variable de sentencia no expresa si es de condena o inocencia. Elaboración propia con base en información del Consejo de la Judicatura.

Para facilitar el manejo de la información se clasifica las infracciones en tres grupos: contravenciones, delitos de acción pública y delitos de ejercicio privado. La segunda columna clasifica las infracciones por materia, diferenciando las de tránsito de aquellas otras que corresponden a otros delitos y contravenciones. La tercera columna diferencia el juzgador que dictó sentencia, pudiendo ser unidad judicial o tribunal de garantías penales. Diferenciados los grupos se verifica si la sentencia es condenatoria o ratificatoria de inocencia.

En el año 2019 a nivel nacional se dictaron 101.862 sentencias en materia penal, de las cuales el 50.6% corresponde a contravenciones de tránsito y el 25.1% a contravenciones “penales”, de estas últimas, 20.683 resoluciones corresponden a violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. En lo referente a delitos, 2.019 resoluciones fueron dictadas en materia de tránsito y 22.232 en el resto de los delitos de acción pública, sumando un 23.8%, mientras que los delitos de acción penal privada representan el 0.41% con 420 resoluciones.

Analizando las cifras de los delitos de acción pública excepto tránsito, de 22.232 sentencias el 76.6% han sido dictadas por jueces de garantías penales (Unidades penales), lo que permite deducir que en estos casos se han aplicado procedimientos distintos al ordinario, es decir que han sido resueltos en procedimiento directo o abreviado; en tanto que el 23.3% de sentencias fueron dictadas por tribunales de garantías penales en procedimiento ordinario.

En cuanto a la aplicación de mecanismos alternativos a la prisión se cuenta con información entregada por el Consejo de la Judicatura (2020). Se registran 171 resoluciones sobre principio de oportunidad, las cuales corresponden a 133 en materia de tránsito y 38 en el resto de los delitos de acción pública; de la totalidad, 115 casos fueron aprobados y 56 negados, lo que da muestra de la baja aplicación de este mecanismo, identificando mayor apertura en delitos de tránsito. Respecto de conciliación penal los datos se muestran en la Figura 7.

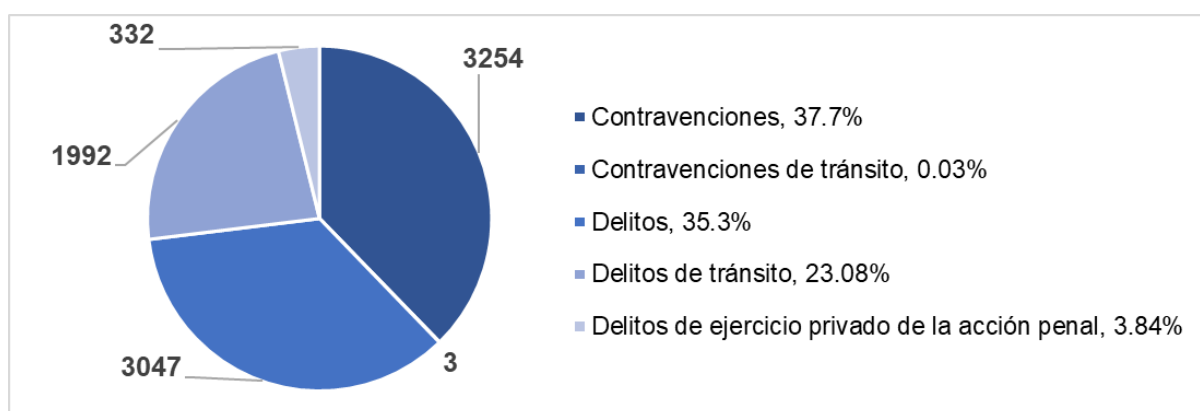


Figura 7. Representa la totalidad de casos en que se llegaron a acuerdos de conciliación a nivel nacional en el año 2019, diferenciados por tipo de infracción y materia.

La aplicación de conciliación penal muestra un importante número de acuerdos alcanzados en el año 2019, llegando a un total de 8.628. De los delitos de acción pública que no son de tránsito, en los que mayor cantidad de acuerdos existe son: robo (1.088), hurto (376), receptación (379), daño a bien ajeno (375) y abuso de confianza (146), que en total suman 2.364 acuerdos en estos delitos contra la propiedad, lo que evidencia un importante uso de este mecanismo para este tipo de delincuencia.

Es importante advertir que los datos de conciliación penal corresponden a aquellos casos que se sometieron a este mecanismo en instrucción fiscal y que por tanto son aprobados por los jueces competentes, no considerando las conciliaciones que se han realizado ante la Fiscalía en la fase de investigación previa, que son casos que no llegan a conocimiento de jueces de garantías penales, sino hasta el momento de archivo de la investigación (COIP, 2014, art. 665).

Tabla 7. Mecanismos de gestión de la criminalidad a nivel nacional en el año 2019

Tipo de infracción	Materia	Condena	Conciliación	P. Oportunidad	Total
Contravención	Tránsito	27.270	3		27.273
	Penal	13.704	3.254		16.958
Delito	Tránsito	1.554	1.992	111	3.657
	Penal	17.339	3.047	4	20.390
Ejercicio privado de la acción penal	Penal	116	332		448
Total		59.983	8.628	115	68.726

Nota. Resolución de casos de acuerdo con el tipo de infracción, materia y mecanismo utilizado, conforme información proporcionada por el Consejo de la Judicatura sobre sentencias y resoluciones dictadas a nivel nacional durante el año 2019. No se cuenta con información nacional sobre SCP.

En el caso de contravenciones y ejercicio privado de la acción penal no se aplica el principio de oportunidad, pues este mecanismo es la renuncia de la Fiscalía a la persecución de un delito de acción pública. En la gestión de contravenciones el 92.6% de casos han sido resueltos a través de la imposición de penas y el 7.36% mediante conciliación. En delitos de ejercicio privado de la acción penal, el 74.1% de resoluciones son adoptadas mediante conciliación penal, mientras que el 25.9% lo son a través de la imposición de penas.

En cuanto a los delitos de tránsito, el uso de mecanismos alternativos a la pena es mayor que el uso de sanciones penales, reflejando que un 54.4% de casos ha sido resuelto mediante conciliación, mientras que el 3.03% corresponde a principio de oportunidad y el 42.4% a sentencias de condena que imponen las distintas penas para cada delito. En lo relacionado con el resto de los delitos de acción pública, el 85% son resueltos mediante la imposición de las penas, sumando 17.339 casos, mientras que aproximadamente el 15% son resueltos mediante conciliación penal, y en cuatro casos se aplicó el principio de oportunidad.

Esta información permite considerar que en aquellos casos en que son aplicables mecanismos alternativos con mayor amplitud, como delitos de acción privada y delitos de tránsito, su uso representa un porcentaje mayoritario al uso de la justicia penal “ordinaria”, lo que permite identificar una predisposición del sistema y de las partes procesales a mecanismos no punitivos de solución de conflictos, disminuyendo el uso de la prisión.

En lo referente al resto de delitos de acción pública es necesario considerar que el ámbito de aplicación de mecanismos alternativos es más reducido, pues el principio de oportunidad, conciliación penal y suspensión de la pena son restringidos a los delitos cuya pena prevista no supere los cinco años, a más de otras restricciones propias de cada mecanismo. Sin perjuicio de ello, se identifica un importante porcentaje de conciliación penal, que llega casi al 15%, lo que permite identificar que existe aceptación por este mecanismo alternativo.

Respecto de la SCP los datos proporcionados por el Consejo de la Judicatura no permiten identificar su incidencia a nivel nacional, pues no existen registros totales ni detallados sobre su aplicación. Para el caso del cantón Quito se procedió con una revisión detallada, lo que permite contar con información fiable sobre la suspensión de la pena, por lo que pasamos a la revisión de información del año 2019 para este cantón.

Tabla 8. Sentencias penales de primera instancia dictadas en Quito durante el año 2019

Tipo de infracción	Materia	Judicatura	Inocencia	Condena	Sin. Inf.	Total
Contravención	Tránsito	Unidad penal	1915	2924	1	4840
	Penal	Unidad penal	1851	1035	4	2890
Delito	Tránsito	Unidad penal	33	218		251
	Penal	Unidad penal	404	1671	9	2084
		Tribunal penal	175	510	1	686
Ejercicio privado de la acción penal	Penal	Unidad penal	31	12		43

Nota. La columna S/I se refiere a casos en que la variable de sentencia no expresa si es de condena o inocencia. Elaboración propia con base en información entregada por el Consejo de la Judicatura.

Durante el año de estudio se dictaron 10.794 sentencias de primera instancia en materia penal en el cantón Quito. El 40.8% son sentencias ratificadoras de inocencia, el 59.8% son sentencias condenatorias, y existen 15 casos en los que no se registra información del sentido de la sentencia. Es importante destacar que, el 77.3% de delitos han sido resueltos en unidades judiciales de garantías penales, lo que implica que se haya aplicado procedimiento directo o procedimiento abreviado, mientras que menos de la cuarta parte, han sido resueltos en procedimiento ordinario ante tribunales de garantías penales.

Tabla 9. Mecanismos de gestión de la criminalidad en el cantón Quito en el año 2019

Tipo de infracción	Materia	Condena	Conciliación	P. Oportunidad	SCP	Total
Contravención	Tránsito	2.924				2.924
	Penal	1.035	467			1.502
Delito	Tránsito	176	316	8	42	542
	Penal	2.020	548		161	2.729
Ejercicio privado de la acción penal	Penal	12	37			49
Total		6.167	1.368	8	203	7.746

Nota. Identifica la resolución de infracciones penales de acuerdo con el mecanismo utilizado. La columna SCP corresponde a suspensión condicional de la pena. La cantidad de SCP se reduce de la cifra de condena para evitar duplicidad de registros.

En lo referente a contravenciones de tránsito no se identifica aplicación de mecanismos alternativos, por lo que las 2.924 resoluciones corresponden a sentencias condenatorias. En cuanto a las “contravenciones penales” el 68% son resueltas mediante sentencia condenatoria y el 32% mediante conciliación. Para los delitos de ejercicio privado de la acción penal el 75.5% de resoluciones corresponde a conciliación, mientras que el 25.5% a sentencias condenatorias. En contravenciones y delitos de acción privada no corresponde la aplicación de principio de oportunidad ni la SCP.

Para el caso de delitos de tránsito las sentencias condenatorias representan el 32.47%, la conciliación el 58.3%, la SCP el 7.75% y el principio de oportunidad con 8 casos significa el 1.47%. En el resto delitos de acción pública el mecanismo más utilizado es la “justicia ordinaria” pues la cifra de sentencias condenatorias representa el 74%, la conciliación el 20%, la SCP 6% y no existen casos de aplicación del principio de oportunidad.

La información sobre de gestión de la criminalidad en el cantón Quito da muestra de un amplio uso de mecanismos alternativos a la prisión en los delitos de tránsito, pues casi el 70% de casos son resueltos a través de conciliación, principio de oportunidad y SCP. En los otros delitos de acción pública la aplicación de mecanismos alternativos es más restringida, lo que se refleja en el alto uso de la “justicia ordinaria”, sin embargo, la aplicación de mecanismos alternativos se verifica en el 26% de casos resueltos.

4.5. Situación penitenciaria

La pena en Ecuador está justificada por su función preventiva general y especial positiva, en tal sentido, la Constitución de la República determina como finalidad del sistema de rehabilitación social la reinserción de la persona sentenciada y la protección de sus derechos (2008, art. 201), encargando la administración de este sistema a un Organismo Técnico que

debe evaluar la eficacia de las políticas, administrar los centros de privación de libertad y fijar estándares del cumplimiento de los fines del sistema (COIP, art. 675). Este organismo actúa mediante una institución central encargada de las atribuciones penitenciarias, que conforme el Decreto Ejecutivo 560 (2018), es el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, SNAI.

En este marco de organización administrativa, el sistema de rehabilitación social se rige por la progresividad y el cumplimiento de un plan individualizado de la pena, contando con tres regímenes: cerrado que implica el cumplimiento de la pena en uno de los centros de privación de libertad (CPL); semiabierto, que consiste en el cumplimiento de actividades fuera del CPL bajo el control del sistema; y, régimen abierto, que consiste en la realización de actividades en libertad bajo la supervisión del sistema (COIP, 2014, art. 692, 695 y 696).

El sistema de rehabilitación está conformado por 52 CPL que están distribuidos en 20 de las 24 provincias del país, de acuerdo con información proporcionada por el SNAI (2020), el sistema cuenta con una capacidad instalada de 29.463 plazas, mientras que para el mes de diciembre de 2019 la población penitenciaria fue de 39.723 personas, por lo que se identifica una tasa de hacinamiento de 34.8%.

En el estudio de la población penitenciaria la tasa de personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes es un indicador que permite identificar el uso de la prisión que realiza un Estado; por otro lado, la tasa de hacinamiento informa sobre la situación del sistema penitenciario, pues esta cuestión es indicativa de disminución de condiciones de habitabilidad, disminución de la capacidad del sistema para cumplir sus objetivos, elevado índice de encarcelamiento y posibilidad de incremento de violencia carcelaria. Dada la importancia de estos indicadores, se revisan las cifras disponibles para los últimos años.

Tabla 10. Sistema penitenciario ecuatoriano en cifras

Indicador	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Población penitenciaria	23.531	26.421	30.656	35.967	37.802	39.723
Tasa de encarcelamiento por 100.000 habitantes	148	147	166	215	221	228
Hacinamiento	0.24	1.72	22.4	42	38.6	34.8

Nota. Comparativo de tasa de hacinamiento, encarcelamiento y población penitenciaria. Elaboración propia a partir de SNAI (2019), SNAI (2020) y Ávila Santamaría (2018).

Desde el año 2014 se evidencia un constante crecimiento de la población penitenciaria, que en el periodo analizado incrementa en un 68.8%, comparando el año 2014 con el año 2019,

pues existe un aumento de 16.192 internos. Este incremento a su vez se refleja en la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 personas, pues pasa de 148 en 2014 a 228 en el año 2019.

En lo referente al hacinamiento, en el año 2014 se registró el porcentaje más bajo, que corresponde a 0.24%, lo cual se debe fundamentalmente a la construcción de los tres centros de privación de libertad regionales, que juntos aportaron una capacidad de 11.000 plazas nuevas, por lo que el hacinamiento casi fue eliminado. Para los años siguientes se identifica constante aumento del hacinamiento, llegando al 38.6% en el año 2018, y para el año 2019 se identifica un descenso de cuatro puntos porcentuales a pesar del crecimiento de la población penitenciaria, lo que podría explicarse por la habilitación de más plazas de encarcelamiento.

De conformidad con el informe *World Prison Population List* (Institute for Criminal Policy Research, 2018), el promedio de la tasa de encarcelamiento para América del Sur en 2018 fue de 234 privados de libertad por cada 100.000 habitantes, por lo que Ecuador se encuentra bajo este promedio. Sin perjuicio de ello, es necesario advertir que el crecimiento de la población penitenciaria en Ecuador en las últimas décadas ha sido muy acelerado, con base en el señalado informe, la tasa de encarcelamiento en Ecuador para el año 2000 fue de 64 personas por cada 100.000 habitantes, para el 2006 subió a 87, en el 2010 se registró una tasa de 79, en el 2014 la tasa fue de 162 y para el 2018 de 221.

En las últimas décadas la tasa de encarcelamiento casi se ha cuadruplicado, pasando la población penitenciaria de 8.029 personas en el año 2000 a 39.631 en el 2019, una variación del 393%, mientras que la población total nacional ha tenido una variación de 34% en dicho periodo. El estudio de las causas del crecimiento de la población penitenciaria es una cuestión que sobrepasa el esquema de la presente investigación, pero estos datos reflejan que el uso de la prisión se encuentra en acelerado crecimiento, siendo la principal respuesta al delito.

Para identificar la situación del Sistema Nacional de Rehabilitación Social recurrimos a información publicada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador, institución que en el marco del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura realiza visitas a los CPL, en tal sentido se ha consultado el Informe No. DPE-MNPT-2018-024-I, que recoge información de 140 visitas realizadas desde el año 2013.

En cuanto a la infraestructura penitenciaria se identifica como una de las principales problemáticas su falta de capacidad para albergar la creciente población penitenciaria, cuestión que provoca hacinamiento, evidenciado en falta de mobiliario y reducción de espacios destinados a talleres o actividades recreativas, problemas que generan un desgaste acelerado de las instalaciones, afectando su mantenimiento, habitabilidad y las condiciones higiénicas de los

lugares de privación de libertad. Por otro lado, existe insatisfacción general de la población penitenciaria respecto del servicio de alimentación y falta de acceso a servicios básicos.

Entre otras problemáticas constan la insuficiencia de actividades recreativas o de ocupación, dificultades en el cumplimiento de las visitas familiares, falta de acceso a servicios de salud, incumplimiento de las disposiciones de separación y clasificación, malos tratos recibidos por parte de agentes de seguridad penitenciaria, uso desproporcionado de fuerza, y uso de celdas de aislamiento como sanción administrativa.

En lo referente a la violencia carcelaria, el *Informe sobre situaciones violentas registradas en casos de privación de libertad* (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2019), concluye que en Ecuador las deficiencias del Sistema Nacional de Rehabilitación Social “han generado una problemática estructural que afecta el ejercicio de derechos de las personas privadas de libertad” (p. 28). Esta crisis estructural influye a su vez en el aumento de violencia carcelaria motivada por problemas de convivencia y disputas por el control de los espacios y actividades ilícitas al interior de los CPL, violencia que en el año 2019 generó 32 homicidios intencionales en los CPL (Campoverde Sánchez, 2019).

En cuanto a la tipología de delitos por los que las personas privadas de libertad (PPL) cumplen penas, la Tabla 11 identifica como está configurada la población penitenciaria.

Tabla 11. Delitos con mayor cantidad de personas privadas de libertad en el año 2019

Infracción	Cantidad PPL	Porcentaje
Tráfico de sustancias sujetas a fiscalización	10.536	26.5
Robo	9.560	24.07
Violación sexual	4.533	11.4
Asesinato	3.852	9.70
Abuso sexual	1.241	3.12
Tenencia y porte de armas	995	2.50
Delincuencia organizada	985	2.48
Asociación ilícita	982	2.47
Homicidio	784	1.97
Incumplimiento de decisiones de autoridad competente	421	1.06
Otros delitos	5.834	14.6
Total	39.723	100

Nota. Se identifican los 10 delitos con mayor incidencia por los que se encuentran cumpliendo penas las PPL, con corte al mes de diciembre de 2019, de acuerdo con información entregada por SNAI (2020).

El delito que muestra mayor cantidad de PPL es el tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, que corresponde al 26.5% de la totalidad, seguido por el delito de robo con 24.07%, entre estos dos delitos se suma el 50.5% de la población penitenciaria. Otros delitos que superan la cantidad de 3.000 PPL son la violación sexual y el asesinato. Entre los 10 delitos con mayor incidencia se suma el 85.3% de población penitenciaria.

La información señalada da muestra de una alta cantidad de PPL por delitos relacionados con tráfico de drogas y delitos contra la propiedad, sin embargo, es importante la cantidad de PPL que cumplen penas por delitos contra la vida e integridad sexual, pues entre los delitos de violación, asesinato, homicidio y abuso sexual se suma 10.410 PPL, lo que representa el 26% de la población penitenciaria, debiendo considerar que esta población cumple penas de mayor duración.

La caracterización de la población penitenciaria indica que existe una alta cantidad de PPL que han sido sentenciados por delitos en que es susceptible la suspensión de la pena, por lo que este mecanismo jurídico puede convertirse en una herramienta importante de política criminal para reducir la población penitenciaria y el hacinamiento, cuestión que resulta fundamental para mejorar la gestión de un sistema penitenciario en crisis.

5. La suspensión condicional de la pena en Ecuador

En el presente capítulo se analiza cómo la legislación penal ecuatoriana ha previsto esta figura jurídica, para lo cual se realiza una revisión esquemática que permite su estudio completo. A partir de los antecedentes y fundamentos de este mecanismo alternativo se analiza y explica la normativa, recurriendo además a cuestiones jurisprudenciales y doctrinales.

5.1. Antecedentes y generalidades

El Código Penal ecuatoriano de 1938 en su artículo 86 incorporó por primera vez a la legislación la suspensión de ejecución de la pena, bajo la denominación de condena condicional. Esta figura facultaba a los jueces ordenar que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, siempre que el infractor sea condenado por primera vez y que el delito no tenga una pena prevista mayor a seis meses de prisión correccional o que sea un delito sancionado solo con multa. La norma en referencia exigía que la decisión se fundamente en la valoración y el criterio sobre la personalidad integral del condenado, así como en la naturaleza y circunstancias del delito, para lo cual el juez podía recabar la información que considere necesaria. Se exceptuaba de la condena condicional los delitos de peculado, revelación de secreto profesional, quebrantamiento de condena y la infracción que constituía el no llevar libros de préstamos.

El plazo de prueba o suspensión consideraba el tiempo de prescripción de la pena más dos años, imponiéndose como única condición el no delinquir a futuro. Si el sentenciado observaba el cumplimiento de la condición la condena se tenía como no impuesta, por lo que no generaba antecedentes penales; mientras que, ante la comisión de un nuevo delito la suspensión era revocada y se ordenaba el cumplimiento de la pena. Adicionalmente la ley determinaba que la condena condicional no suspendía la reparación de daños y perjuicios, pago de costas procesales, ni el comiso.

En el año 1971 el legislador ecuatoriano promulgó una nueva codificación del Código Penal, que fue publicada en el Registro Oficial del 22 de enero del señalado año. En lo referente a la condena condicional se eliminó la exclusión que se hacía de los delitos antes señalados, por lo que esta figura pasa a ser aplicable en todas las infracciones sancionadas con penas de prisión correccional de hasta seis meses y con multa, situación que se extendería hasta el año 2014.

La Asamblea Nacional en el año 2014 aprobó el COIP, señalando como uno de sus motivos la necesidad de actualizar la legislación penal a los avances doctrinarios, en este sentido, expresamente se hace referencia que el auge del *constitucionalismo* ha provocado una renovación teórica y conceptual que ha sido asumida en diversas figuras, entre ellas la SCP.

La intención del legislador y por tanto el espíritu de la ley respecto de las modificaciones de la SCP fue la actualización a avances doctrinarios y jurisprudenciales, cuestión que se considera necesaria en tanto la figura de la condena condicional no había sido modificada sustancialmente desde 1938, mientras que en el derecho comparado y la doctrina su avance, evolución e incidencia han sido notables. En el caso español la suspensión de la pena tuvo un importante cambio a partir del año 1995 (Mir Puig, 2005; Salinero, Morales y Castro, 2017).

El COIP cambió la denominación de esta figura jurídica, establece un ámbito de aplicación más amplio, incorpora nuevos requisitos, establece la exclusión de ciertas infracciones, modifica el periodo de prueba, establece nuevas condiciones exigibles y varía la consecuencia de su adopción en cuanto al registro de la condena, pues ahora queda registro de la sentencia como antecedente penal. Estas modificaciones están encaminadas a reforzar este mecanismo alternativo a la prisión bajo una concepción garantista.

El artículo 630 del COIP establece una suerte de concepto de la SCP, señalando sus requisitos, los cuales determinan su ámbito de aplicación, criterios de procedencia y cuestiones procesales, por lo que es necesario transcribir su tenor literal:

“Art. 630.- Suspensión condicional de la pena.- La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.*
- 2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.*
- 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.*
- 4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.”

El texto transcrito corresponde a la redacción aprobada en el año 2014, la cual no fue reformada sino hasta el mes de noviembre del 2019 por la declaratoria de constitucionalidad condicionada realizada por la Corte Constitucional en Sentencia 7-16-CN/19, en la que dispuso la incorporación del siguiente inciso: *“La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud.”*

Esta reforma está orientada a la actividad probatoria de los requisitos exigidos para la SCP, permitiendo al infractor la presentación de una nueva petición en aquellos casos en que

no le haya sido posible presentarlos. En atención a la declaratoria de constitucionalidad condicionada, la LOR-COIP, en su artículo 96 dispone que se agregue en el artículo 630 del COIP como párrafo final el texto establecido por la Corte Constitucional.

La “renovación” de la SCP producida a partir del año 2014 ha significado que esta figura cuente con mayor interés. De conformidad con el estudio de casos que se expone en el capítulo 6, para algunos juzgadores esta figura apareció en Ecuador recién en el año 2014, cuestión que permite dimensionar el desconocimiento y la posibilidad de una problemática aplicación. Con esta visión histórica y general de la SCP, procedemos a analizar sus cuestiones fundamentales.

5.2. Ámbito de aplicación (Requisitos numerales 1 y 4)

Históricamente la SCP ha sido una figura con un limitado ámbito de aplicación, restringido a infracciones sancionadas con penas cortas de prisión, como un mecanismo orientado a que en delitos leves o menores y en casos de delincuentes primarios o no habituales se evite los efectos negativos de la cárcel y se busque mejores opciones de “rehabilitación”.

De conformidad con el artículo 630 del COIP, se puede suspender únicamente la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que las penas no privativas de libertad y penas pecuniarias no pueden ser suspendidas. Cuando se suspende la pena de prisión, se mantienen y son ejecutables las penas accesorias como la multa, el comiso, la suspensión de derechos políticos u otras sanciones impuestas en sentencia.

El numeral 1 del referido artículo determina como ámbito de aplicación los delitos cuya pena de prisión prevista (pena en abstracto), no supere los cinco años, excluyéndose los delitos señalados en el numeral 4 ibidem, esto es, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. La pena que se debe considerar para la aplicación de la SCP es un aspecto que generó confusión, por lo que se requirió de la interpretación de la Corte Nacional de Justicia.

La Corte en absolución de consulta constante en el Oficio No. 1001-P-CNJ-2019, señala que en forma reiterada se ha manifestado que se debe considerar la pena en abstracto. En la consulta resuelve una inquietud sobre la aplicación de la SCP a un sentenciado declarado cómplice de un delito sancionado con pena prevista mayor a 5 años, determinando la inaplicabilidad de la SCP, pues esta no analiza la pena concreta, en donde sí se valora el grado de participación y la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes.

Siguiendo el criterio de la Corte, en los casos en que se califican agravantes y la penalidad se modifica, siempre que el tipo penal tenga una pena prevista de hasta 5 años, es aplicable la SCP; por ejemplo, si un delito es sancionado con pena de prisión de tres a cinco

años pero se ha verificado una circunstancia agravante y ninguna atenuante, la pena a imponer será la del máximo previsto más un tercio, pasando a 6 años y 8 meses. Si bien la pena impuesta supera los 5 años, la pena en abstracto permite la aplicación de la SCP.

Del razonamiento de la Corte y los fundamentos teóricos de esta figura jurídica se puede inferir que la limitación del ámbito de aplicación tiene relación con la gravedad del delito considerada por el legislador al momento de establecer la pena en abstracto, entendiendo que los delitos sancionados con penas menores a 5 años no representan una alta gravedad, pudiendo ser asimilados como delitos leves o menores, por lo que las penas por estas infracciones pueden ser suspendidas, siempre que concurren los requisitos normativos.

Al limitar la aplicación de la SCP en las infracciones de naturaleza sexual, violencia de género y violencia intrafamiliar, el legislador considera este tipo de delitos como de mayor gravedad, por lo que las penas deben ejecutarse, cuestión que podría encontrar justificación en una pretensión de mayor protección de los bienes jurídicos tutelados por estos tipos penales, priorizando criterios de prevención general.

Estas restricciones tienen relación con el hecho de que la SCP se encuentra en un conflictivo debate sobre los fines y función de la pena (Cardenal Montraveta, 2015; Salinero et al., 2017), pues la decisión de aplicar mecanismos alternativos a la prisión privilegia criterios de prevención especial positiva, provocando una posible reducción de los efectos preventivos generales de la pena, cuestión que genera distintos posicionamientos en la doctrina y en la jurisprudencia. En el apartado 5.5. se amplía el análisis de este aspecto.

Sin perjuicio de la exclusión de las referidas infracciones, el ámbito de aplicación de la SCP en la legislación ecuatoriana es amplio, superando el promedio existente en América del Sur y España. De acuerdo con el marco de penalidad del COIP, de un total de 289 infracciones, 277 prevén penas privativas de libertad, de las cuales 141 infracciones prevén penas máximas de hasta cinco años y no están excluidas, por lo que son susceptibles de suspenderse. Por otro lado, 32 infracciones tienen diversas escalas de penas, permitiéndose en algunas modalidades delictivas la suspensión, por ejemplo, el delito de robo tiene penas que van de 3 a 26 años, pudiendo suspenderse en los casos del inciso segundo del artículo 189 (COIP, 2014), que establece la pena de tres a cinco años. Siguiendo este análisis, en el 62.4% de las infracciones penales existe la posibilidad de suspender las penas.

La delimitación normativa de la SCP permite un amplio uso de este mecanismo alternativo a la prisión, sin embargo, la Corte Nacional de Justicia ha restringido su aplicación en casos de penas impuestas en procedimiento abreviado y ha señalado límites a su aplicación en penas impuestas por delitos de ejercicio privado de la acción penal y contravenciones,

reduciendo el ámbito de aplicación. La fundamentación de estas restricciones es analizada en los siguientes apartados.

5.2.1. Prohibición de suspender penas impuestas en procedimiento abreviado

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), tiene como una de sus atribuciones expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de la ley, las que serán generales y obligatorias mientras la ley no disponga lo contrario. Esta función de interpretación obligatoria se ejerce mediante un procedimiento administrativo motivado por consulta de los jueces y tribunales sobre aspectos normativos que no sean claros o que representen duda para su aplicación.

Varios jueces penales del Azuay plantearon a la Corte Nacional de Justicia consultas referentes a la posibilidad de aplicar la SCP en casos en resueltos mediante el procedimiento abreviado, argumentando que no existe unidad de criterio en los juzgadores. Los criterios a favor de la aplicación de la SCP señalaban que esta figura procede con el solo cumplimiento de los requisitos legales establecidos; mientras que los criterios en contra se fundamentaban en que en el procedimiento abreviado no existe audiencia de juicio, y que éste implica un acuerdo sobre la pena, el cual debe ser cumplido por el sentenciado.

Ante la consulta planteada, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia dictó la Resolución No. 02-2016, la cual realiza un análisis motivado, partiendo de la consideración de que toda actividad jurisdiccional debe respetar el principio de legalidad, el debido proceso y la seguridad jurídica, pasando luego a analizar las figuras del procedimiento abreviado y la SCP, señalando que son instituciones jurídicas *“relativamente nuevas en nuestro sistema penal y que responden a las modernas corrientes doctrinales asumidas por el pensamiento jurídico”* (CNJ, 2016).

La Resolución considera al procedimiento abreviado como un procedimiento especial con sustento en la necesidad de respuesta ágil de la justicia penal, mediante una prosecución y solución distinta a la ordinaria en delitos de baja penalidad o menos graves, teniendo como característica principal que las partes (Fiscalía y procesado) llegan a un acuerdo sobre la pena a ser impuesta, luego de la admisión del hecho punible.

En cuanto a la SCP, se refiere que es un mecanismo aplicable en el procedimiento ordinario, que puede solicitarse luego de la audiencia de juicio o en la primera sentencia de condena, mediante la cual se suspende el cumplimiento de la pena, siempre y cuando se reúnan los requisitos determinados en la ley, en casos en que la peligrosidad del sentenciado no revista riesgo alguno para la sociedad, con la objetivo de que *“puedan ser reeducados, sometidos a exámenes médicos y psicológicos, mientras mantienen una profesión u oficio, o realizan tareas*

comunitarias; todo ello con la finalidad de que puedan reintegrarse a la sociedad, y luego de que se haya reparado a la víctima.” (CNJ, 2016, p. 8).

Definidas las figuras jurídicas que se analizan en la Resolución, la Corte plantea cuatro argumentos para su decisión: 1) la SCP es una institución propia del proceso ordinario, por lo que no podría aplicarse en el procedimiento abreviado; 2) en el procedimiento abreviado no existe audiencia de juicio, por lo que no existiría el momento procesal para solicitar la SCP; 3) la pena impuesta en procedimiento abreviado es negociada y acordada por las partes, por lo que debe cumplirse, caso contrario el acuerdo se estaría irrespetando; y, 4) la pena en procedimiento abreviado es menor a la pena prevista para el delito, siendo un beneficio para el sentenciado, por lo que la SCP se convertiría en un “doble beneficio”, situación que se considera como alejada del espíritu del legislador y que provoca impunidad.

Con los señalados argumentos la Corte considera que no es procedente la SCP en las penas impuestas en procedimiento abreviado, pues ello violentaría la naturaleza de este tipo de procedimiento, atentando contra los fines de la pena y provocando impunidad, por lo que decide que: *“En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional.”* (CNJ, 2016, p. 13). Ante esta decisión que limita el ámbito de aplicación de la SCP corresponde analizar sus argumentos y la incidencia práctica.

Los dos primeros argumentos se basan en la interpretación del primer inciso del artículo 630 del COIP, el cual en su parte pertinente señala: *“la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio”*. La Corte considera que el legislador al referirse literalmente a audiencia de juicio pretende que la SCP sea aplicable solamente en procedimientos en que se cumpla tal audiencia, siendo éste el momento procesal para solicitar la suspensión.

Lo cierto es que el legislador al determinar el ámbito de aplicación de la SCP no considera como requisito que la pena haya sido impuesta en algún procedimiento específico, por lo que podría ser aplicable en todos los procedimientos. La norma determina que la SCP se solicita en audiencia de juicio, sin que ello sea indicativo de excluir la posibilidad de que las penas impuestas en procedimiento abreviado puedan suspenderse.

Si bien el procedimiento abreviado es de naturaleza especial, puesto que responde a la aceptación de la calificación jurídica del hecho y la pena por parte del sentenciado, es el juzgador quien finalmente tiene la atribución de aceptar o negar el acuerdo alcanzado por las partes, siendo una actividad jurisdiccional mediante la cual “formalmente” se juzga una conducta delictiva y se impone una pena. Aun cuando la audiencia se denomina de “aceptación del procedimiento abreviado”, es en realidad una audiencia de juzgamiento, en la que se

conocen los hechos constitutivos de la infracción, la calificación jurídica y el acuerdo alcanzado por las partes, en base a los cuales el juez impone la pena acordada. Con estas consideraciones, esta audiencia sería el momento procesal oportuno para solicitar la SCP.

El tercer y cuarto argumento planteados por la Corte tienen relación con la naturaleza y efectos del procedimiento abreviado. Es necesario partir de que este procedimiento especial es un beneficio para ambas partes, para el sentenciado por que es sujeto de una pena reducida y para la administración de justicia por que sanciona un acto delictivo con menor desgaste de recursos y mayor celeridad. Los objetivos principales del procedimiento abreviado serían la sanción para evitar impunidad y la reducción de gasto de recursos para mejorar la eficiencia, lo cual consigue el sistema de justicia ofertando una pena reducida al infractor.

Es claro que la suspensión de una pena impuesta en procedimiento abreviado significa el no cumplir la pena acordada, pero esta circunstancia no desnaturaliza este procedimiento especial, pues sus objetivos primordiales se mantienen, en tanto que existe la sanción y la justicia se vio beneficiada de la cooperación del infractor; por lo que no existiría un irrespeto del acuerdo alcanzado, toda vez que este no es solamente respecto de la pena.

En cuanto a la consideración de que existiría un “doble beneficio” en caso de suspender penas impuestas en procedimiento abreviado, se debe recordar que este procedimiento especial es un beneficio compartido por las partes, y que su imposición no responde a criterios criminológicos que valoren la personalidad del infractor, sino a cuestiones procedimentales basadas en otorgar mayor importancia a la celeridad de la justicia que a la extensión de la pena. Por otro lado, la SCP analiza fundamentalmente cuestiones personales del infractor para evitar su ingreso en prisión, por lo que no existe identidad en la naturaleza jurídica, fundamento y justificación de estas dos figuras, no existiendo duplicidad de beneficio.

El sistema de justicia penal ecuatoriano no prohíbe ni limita que un sentenciado pueda beneficiarse de varias formas ante la misma pena, por ejemplo, una persona que comete un delito en el que se haya calificado atenuante se beneficia de la imposición de la pena mínima reducida en un tercio, luego, si el delito es de aquellos que pueden ser objeto de SCP, se puede beneficiar también de ello; y, en caso de que el delito se elimine del catálogo penal, por favorabilidad se beneficia también de la extinción de la pena.

La justicia penal en Ecuador está orientada por la mínima intervención penal, el principio de favorabilidad y el *in dubio pro reo*, en virtud de los cuales ante una sanción penal siempre se atenderá a la situación que sea más beneficiosa al reo, siendo éste el marco sistémico de funcionamiento de la administración de justicia, por lo que no podría negarse la aplicación de la SCP bajo el argumento de que es un doble beneficio para el sentenciado.

Finalmente, es importante señalar que la Corte destaca que la aplicación de la SCP en casos resueltos en procedimiento abreviado puede provocar impunidad. Este criterio está vinculado a la consideración de que la SCP no es un mecanismo adecuado para la gestión de la criminalidad, partiendo de que el suspender las penas implica que el Derecho pierda vigencia y se perciba impunidad ante los hechos delictivos, lo cual fundamentan además en el supuesto incumplimiento de las finalidades de la pena, disminución de los efectos de prevención general.

Se considera que el argumento de la impunidad es la razón determinante para que la Corte Nacional de Justicia haya decidido limitar el ámbito de aplicación de la SCP. Este criterio da muestra de una orientación punitiva de los juzgadores nacionales, pues consideran como prioritario para evitar la impunidad, que se cumplan las penas de prisión, sin reflexionar sobre los fundamentos de la SCP como mecanismo alternativo a la prisión que busca la gestión del delito sin recurrir a la privación de libertad, arbitrando “condiciones” para el control, supervisión y rehabilitación del sentenciado.

Esta limitación del ámbito de aplicación de la SCP reduce considerablemente el uso de este mecanismo de política criminal. Durante el año 2019 en el cantón Quito se emitieron 1155 sentencias condenatorias en delitos que podían ser susceptibles de SCP; sin embargo, 846 casos fueron resueltos mediante procedimiento abreviado, por lo que la posibilidad de suspender penas se limita a 309 casos, es decir que la Resolución 02-2016 representó para el año 2019 la reducción del 73.16% del ámbito de aplicación de la SCP, casi las tres cuartas partes de sentencias condenatorias.

En este aspecto es necesario señalar que las penas que se imponen en procedimiento abreviado son generalmente cortas, por lo que se genera una gran cantidad de personas privadas de libertad que cumplen breves periodos de encierro, los cuales no aportan ningún beneficio a la prevención especial positiva del sentenciado, siendo más bien mecanismos de aislamiento e inocuización que provocan desocialización, prisionización y contagio criminal.

El amplio uso del procedimiento abreviado y la restricción de la SCP generan que el sistema de justicia se convierta en una máquina de encarcelar sin dejar opción a evitar el ingreso en prisión, por lo que se desvanece la intención del legislador de adecuar la SCP a los avances doctrinarios y jurisprudenciales; esta realidad plantea la necesidad de que la Corte reconsidere la aplicación de la SCP en procedimiento abreviado.

5.2.2. Suspensión condicional de la pena en contravenciones y delitos de acción privada

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 126 y 129 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y juezas tienen la facultad de realizar consultas

sobre la inteligencia de leyes a la Corte Nacional de Justicia, las cuales de acuerdo con el procedimiento administrativo establecido en la Resolución 03-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, son resueltas y aprobadas por las salas especializadas y comunicadas mediante la Presidencia de la Corte, sin que estas absoluciones de consulta tengan carácter general ni obligatorio, no siendo vinculantes.

En el marco de esta absolución de consultas uno de los jueces penales de la provincia de Pichincha planteó su inquietud respecto de la posibilidad de suspender las penas de prisión impuestas en contravenciones. En la consulta se señala que considerando que no existe prohibición expresa para suspender dichas penas, podrían suspenderse siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 630 de COIP, además de que argumenta que el COIP concibe a la SCP como una actualización doctrinaria de la legislación.

Mediante Oficio No. 1103-P-CNJ-2018, la Presidencia de la Corte comunica la respuesta dada a la referida consulta, señalando que el Pleno de la Corte en sesiones de 11, 25 de febrero y 11 de marzo de 2015, absolvió una consulta en el mismo sentido, contenida en el oficio No. 667-15-SG-CNJ, que considera que la SCP no cabe en las contravenciones. Los argumentos detallados en una corta motivación señalan que la SCP es una figura que humaniza el sistema punitivo, y que tal finalidad no existe en los casos de ejercicio privado de la acción penal, puesto que en ellos se puede poner fin al proceso por vía de remisión.

Si bien la absolución de consultas no es de carácter vinculante, es decir que los jueces no están obligados a aplicar la ley en el sentido de absolución, se genera una línea jurisprudencial acorde al criterio del máximo órgano judicial, por la cual los juzgadores no admiten la suspensión de penas impuestas en contravenciones y delitos de acción privada, reduciendo el ámbito de aplicación de la SCP. Todo ello sin considerar que no existe prohibición expresa, y que el artículo 630 del COIP no diferencia si la pena impuesta corresponde a contravenciones o delitos. En estos casos las penas en su mayoría son muy cortas, incluso de pocos días de prisión, por lo que no se entiende que estas penas tengan una finalidad de resocialización o rehabilitación, siendo por tanto meros castigos.

En consideración de la funcionalidad práctica de estas penas, no existe imposibilidad legal para su suspensión, siendo más bien pertinente avanzar a la eliminación de penas cortas que no encuentran sentido, pudiendo ser sustituidas por penas pecuniarias o no privativas de libertad. Por lo expuesto, los juzgadores estarían en capacidad de suspender las penas en los casos señalados, verificando el cumplimiento de requisitos legales y haciendo uso de este mecanismo de política criminal como elemento de reducción de la prisión.

5.3 Beneficiarios (Requisito numeral 2)

Los antecedentes y desarrollos legislativos de los diversos ordenamientos prevén como posibles beneficiarios de la SCP principalmente a delincuentes primarios o no habituales de quienes se espera que no exista reincidencia. En el caso de Ecuador el artículo 630 del COIP en su numeral 2 determina los criterios de procedibilidad, sin que se pueda configurar una idea clara de a quienes está orientada esta figura.

Para comprender quiénes pueden beneficiarse de este mecanismo alternativo, iniciamos por identificar varios términos que permitirán diferenciar las distintas situaciones o circunstancias de los infractores. Con el término delincuente primario nos referimos a aquella persona que por primera vez ha recibido una sentencia condenatoria ejecutoriada, sin perjuicio de que haya sido sujeto de otras detenciones, investigaciones o procesos penales.

Por otro lado, como habitualidad delictiva se entenderá el que una persona haya recibido varias sentencias condenatorias por distintas infracciones, sin considerar el tipo penal ni el bien jurídico protegido, con este término criminológico se hace relación a aquellos individuos que presentan una continuada y diversa actividad delictiva.

El término reincidencia tiene una doble dimensión. La primera, reincidencia legal, generalmente es definida por los códigos penales y en nuestro caso el COIP señala que consiste en la *“comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada”* y procede solamente en delitos que cuenten con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa (COIP, 2014, art. 57). Es necesario señalar que la LOR-COIP en su artículo 14 reforma este concepto ampliando el espectro de la reincidencia, estableciendo que *“procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido”*.

La segunda dimensión corresponde a la reincidencia administrativa, con la que se hace relación a múltiples detenciones, investigaciones o procesos de una persona, sin que haya sido sentenciada. Por ejemplo, una persona puede tener dos detenciones, pero haber sido sobreseída, en este caso no existe sentencia por lo que no se la considera como delincuente. Este término se utiliza para comprender una posible vinculación habitual de la persona con la actividad delictiva, pero no puede ser criterio para decisiones judiciales, pues ello vulneraría la presunción de inocencia, además que puede implicar actuaciones arbitrarias y discriminatorias.

El numeral 2 del artículo 630 del COIP establece tres exigencias de procedibilidad relacionadas con la primariedad, habitualidad y reincidencia. La norma dispone que no es posible suspender las penas cuando el sentenciado tiene otra sentencia vigente, se encuentra en otro proceso en curso o ha sido beneficiado con una salida alternativa en otra causa.

La primera exigencia, relacionada con la existencia de otra sentencia, establece la condición de que esta se encuentre vigente. La vigencia de una sentencia en materia penal se extiende desde el momento en que se encuentra ejecutoriada hasta la extinción de la pena, en tal sentido, si una persona es reincidente o delincuente habitual, siempre que la o las sentencias anteriores no se encuentren vigentes, puede ser beneficiario de la SCP. En este aspecto esta figura jurídica no se restringe solamente a los delincuentes primarios.

Para un análisis más amplio de esta cuestión, en la legislación comparada recurrimos al Código Penal español (1995), que en su artículo 80 determina como requisito que el condenado haya delinquirido por primera vez, para lo cual no se tendrán en cuenta condenas anteriores por delitos imprudentes o leves, ni los antecedentes que hayan sido cancelados o debieran serlo, así como los antecedentes de delitos que por su naturaleza o circunstancia, carezcan de relevancia para el riesgo de reincidencia.

La prescripción de la referida norma permite considerar que la SCP es prevista como una figura que no discrimina de forma automática por la existencia de antecedentes penales, sino que valora la real incidencia de estos, desvirtuando aquellos que por el paso del tiempo puedan ser cancelados, así como los que no son relevantes de acuerdo con la conducta delictiva y la personalidad del infractor. Al respecto de la cancelación de antecedentes, Salinero y otros (2017) señalan que esta circunstancia busca equiparar al “rehabilitado” como delincuente primario. Entonces la cancelación de antecedentes tiene como fundamento el considerar que el sistema de justicia penal realmente “rehabilita”.

Siguiendo el criterio de relevancia de la conducta delictiva, podemos considerar que se encuentra en esta línea la absolucón de consulta realizada por la Corte Nacional de Justicia constante en el Oficio No. 953-P-CNJ-2019, en la cual se determina que la conciliación en caso de contravenciones y delitos de acción penal privada no se debe tomar en cuenta para efectos del numeral 2 del artículo 630, siendo procedente la SCP. Este análisis considera que la SCP es aplicable a delitos de acción penal pública, por lo que la existencia de sentencia, proceso o salida alternativa en contravenciones o delitos de acción privada no afectaría a su aplicación.

La segunda exigencia tiene relación con que el sentenciado no tenga vigente otro proceso en curso, cuestión que se vincula con la reincidencia administrativa. En este sentido el legislador prevé que si el sentenciado tiene otro proceso penal que se esté desarrollando no podría ser beneficiario de la SCP, limitando el derecho a solicitar este mecanismo bajo criterios discriminatorios, vulnerando la presunción de inocencia. Sin perjuicio de la consideración de que esta exigencia deviene en inconstitucional, es necesario destacar que el proceso penal inicia

con la formulación de cargos (COIP, 2014, art. 589, 591), por lo que no podría considerarse la existencia de investigaciones previas como limitante para la procedencia de la SCP.

La tercera exigencia para que proceda la SCP establece que el sentenciado no debe haber sido beneficiado por una salida alternativa en otra causa. Este elemento recurre a la habitualidad y/o reincidencia para negar la posibilidad de que se suspenda la pena a quien haya sido anteriormente sancionado con pena no privativa de libertad, se le haya aplicado el principio de oportunidad, conciliación penal o haya recibido anteriormente la suspensión de otra pena.

Claramente el legislador ha previsto que el sistema de justicia penal solamente le otorga una vez al sentenciado la posibilidad de evitar la pena de prisión. Al no determinar un periodo de cancelación de estos antecedentes de “salidas alternativas”, se entiende que esta limitación se mantendrá definitivamente, contrario a lo que sucede con la “sentencia vigente”, en cuyo caso los antecedentes se cancelan a la extinción de la pena. Esta situación genera desigualdad, perjudicando a quien accedió con anterioridad a una alternativa a la prisión.

De la revisión del numeral 2 del artículo 630 del COIP, se considera que no existe claridad sobre quienes pueden ser beneficiarios de la SCP, pues si bien se puede identificar una orientación hacia los delincuentes primarios, no existe limitación expresa para los reincidentes y delincuentes habituales, pero si para quienes hayan anteriormente sido beneficiados de una salida alternativa. La redacción de esta disposición normativa es confusa y podría generar inconvenientes al momento de su aplicación, fundamentalmente por la indeterminación de la temporalidad de las exigencias antes señaladas.

5.4. Personalidad y gravedad de la conducta (Requisito numeral 3)

El tercero de los requisitos previstos para la SCP tiene relación con el análisis y valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, y de la modalidad y gravedad de la conducta delictiva, elementos que deben ser considerados para determinar si existe o no la necesidad de ejecutar la pena de prisión (COIP, Art. 630). Estas cuestiones configuran conceptos criminológicos que son determinantes para la decisión, como la personalidad del sentenciado, gravedad de la conducta, peligrosidad criminal y/o riesgo de reincidencia.

Si bien la legislación ecuatoriana no prevé expresamente el término *peligrosidad criminal*, la obligación impuesta al juzgador de valorar la personalidad del infractor y gravedad de la conducta como indicativo de la necesidad de ejecución de la pena, se traduce en la consideración de la peligrosidad del sentenciado como factor de decisión, en tal sentido, es necesario analizar con más detalle este concepto criminológico.

La creación de la figura de suspensión de la pena fue justificada a partir del concepto de peligrosidad criminal (Maqueda, 1985), término acuñado por la criminología positivista de base biologicista que permitió la clasificación y tratamiento distinto de los sentenciados. La diferenciación de delincuentes peligrosos y no peligrosos es entonces el fundamento de la necesidad de ejecución de la pena de prisión y la posibilidad de suspenderla.

A decir de Martínez Garay y Montes Suay (2018) la legislación siempre ha considerado la peligrosidad del infractor como criterio para la toma de ciertas decisiones, entre ellas de la suspensión de la ejecución de la pena, existiendo una relación constante y compleja entre Derecho penal y criminología. Si bien este concepto ha tenido un conflictivo desarrollo, siendo ampliamente criticado por su indeterminación y ambigüedad, sigue siendo el criterio fundamental al momento de decidir la aplicación de mecanismos menos punitivos como la SCP.

Para Andrés Pueyo (2013) la peligrosidad criminal inicialmente estuvo relacionada con la delincuencia violenta y la reincidencia ligada a un aspecto biomédico asociado con el trastorno mental, que luego en el psicoanálisis se vinculó con la situación de conflicto emocional interno en el que la impulsividad lleva a cometer actos violentos. Según el citado autor este concepto ha tenido una transformación, refiriéndose actualmente a la *probabilidad de cometer nuevos delitos*, por lo que se convierte en una cuestión más “operativa” que permite al juzgador limitar ciertos actos o decisiones, siendo el sustento de la aplicación de medidas de exclusión o de internamiento más graves y prolongadas.

El autor en referencia considera que este proceso de transformación ha significado la simplificación del inicial concepto biomédico a un concepto jurídico sobre la posibilidad de reincidencia; pero finalmente lo identifica como una concepción polisémica con tres significados: en el aspecto jurídico se refiere a probabilidad de reincidir, en el aspecto médico forense se relaciona con un estado patológico y mental; y, desde la criminología se lo vincula con la gravedad del delito. Esta triple significación jurídica-médica-criminológica hace de la peligrosidad un concepto complejo que debe ser valorado por el juez, el cual podría considerar como peligroso al reincidente, al enfermo o al violento, atendiendo a la personalidad del infractor (antecedentes delictivos y patologías) y naturaleza del delito.

En el proceso “operativo” de valorar la peligrosidad, el método más aplicado ha sido el diagnóstico clínico, que incorpora la valoración de “capacidad criminal” e “inadaptación social” mediante la valoración psiquiátrica, la verificación de la personalidad (biografía) y condiciones sociales del infractor (Andrés Pueyo, 2013). Este difícil proceso de diagnóstico clínico requiere la intervención de expertos que actúan de acuerdo con su conocimiento y

experiencia, sin sujetarse a protocolos estrictos o estandarizados (Martínez Garay y Montes Suay, 2018), cuestión que ha fomentado las críticas a este mecanismo de valoración.

A decir de Andrés Pueyo (2013) las críticas a la determinación de la peligrosidad criminal pueden agruparse en cuatro aspectos principales: confusión conceptual, imprecisión operacional, baja capacidad predictiva y estigmatización negativa. Siendo un concepto polisémico no existe consenso respecto de qué se considera como peligrosidad criminal, por lo que puede adaptarse a las exigencias de cada caso, cuestión que reduce su validez; por otro lado, el mecanismo de diagnóstico clínico no es estandarizado, recurriendo a aspectos subjetivos que aportan amplia discrecionalidad en el análisis; en cuanto a la capacidad predictiva se ha cuestionado su fiabilidad, existiendo un amplio margen de error; y, finalmente, el uso del criterio de peligrosidad criminal estigmatiza negativamente al infractor, restringiendo derechos o eliminando la posibilidad de un tratamiento menos punitivo.

Estos cuestionamientos provocaron que a partir de los años setenta se desarrolle un discurso contrario a esta práctica cuestionando su validez. Para Martínez Garay y Montes Suay (2018), analizando el *amicus brief* presentado por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) en el caso *Barefoot vs Estelle* en Estados Unidos de América, consideran que desde la academia se reconoció la incapacidad de determinar la peligrosidad criminal a través del diagnóstico clínico, pero se mantuvo la idea de que es posible llegar a determinar la predicción de reincidencia a través de otros mecanismos con base en información prospectiva y actuarial.

Los nuevos planteamientos han llevado a sustituir la idea de peligrosidad criminal por la *valoración del riesgo delictivo*, que se aleja de la idea diagnóstica de identificar la cualidad de peligroso del sujeto y pasa a identificar el nivel de riesgo de reincidencia, mediante la valoración de factores personales, sociales y ambientales que pueden incidir en la determinación del comportamiento delictivo; este nuevo concepto recurre a métodos estructurados de valoración del riesgo, ya sean actuariales o de juicio clínico estructurado (Martínez Garay y Montes Suay, 2018; Andrés Pueyo, 2013).

Si bien este nuevo mecanismo de valoración incorpora cuestiones estructuradas que disminuyen la subjetividad, su capacidad predictiva es también cuestionable, pues no podemos olvidar que lo que se valora son circunstancias y factores de diversa índole, que en cada caso particular pueden influir o incidir de manera distinta, por lo que la dificultad de generalizar variables de estudio se mantiene. Se debe además destacar que el nuevo planteamiento no desconoce ni rechaza el concepto de peligrosidad, sino que a su valoración agrega elementos ambientales y estadísticos, planteando un nuevo mecanismo para evaluarla.

Martínez Garay y Montes Suay (2018) advierten de los peligros de asumir sin cuestionamientos la eficacia de la valoración de riesgo, pues en definitiva los resultados de la aplicación de mecanismos estructurados no tienen certeza absoluta, sino que representan una probabilidad con considerable rango de error. En tal sentido, los autores en referencia señalan que el excesivo optimismo sobre estas herramientas puede facilitar la toma de decisiones que afecten derechos fundamentales de los sentenciados, así como generar un tratamiento mecánico de las decisiones, sobre la base de la pretendida validez científica de los resultados.

A estas advertencias debemos sumar una relacionada con la determinación y valoración de los *factores de riesgo*. La consideración de los aspectos que pueden incidir en el comportamiento delictivo recurre a las diversas teorías criminológicas existentes y en entre otros factores se considera pobreza, desintegración familiar, bajos niveles educativos, desempleo, cuestiones que con mayor facilidad pueden ser identificadas en ciertos sectores marginados de la sociedad, por lo que el uso de instrumentos estructurados de valoración podría convertirse en una cuestión discriminatoria, afectando gravemente derechos fundamentales de los sentenciados y agravando el carácter selectivo del Derecho penal.

De lo expuesto se advierte que la valoración de la peligrosidad criminal y/o riesgo de reincidencia es un ejercicio complejo que requiere de la intervención de profesionales de diversas áreas, pues se consideran elementos sociales, psicológicos, jurídicos, criminológicos, entre otros. A pesar de esta exigencia, históricamente en el sistema continental la valoración de la peligrosidad criminal ha sido un asunto asignado al juzgador, sin que sea obligatorio contar con informes especializados, por esta razón Maqueda Abreu (1985) señalaba hace más de tres décadas que la SCP demanda que el juzgador asuma múltiples roles, que sea psicólogo, médico, criminólogo, trabajador social y abogado, para analizar la necesidad de la pena de prisión.

La valoración de la peligrosidad criminal ha representado siempre un conflictivo espacio de subjetividad y por tanto de discrecionalidad, la cual incrementa cuando el juzgador no recurre al criterio de expertos. En este sentido Jescheck y Weigend (2002) advierten que los tribunales resuelven de forma “intuitiva”, sobre la base de la experiencia, jurisprudencia y doctrina, teniendo un limitado ámbito práctico los métodos pronósticos o de diagnóstico clínico.

En definitiva, el análisis de la peligrosidad criminal es un aspecto fundamental en la SCP, siendo el elemento que permite considerar en cada caso concreto si existe necesidad de ejecutar la pena de prisión, lo cual determina la decisión sobre la aplicación de esta figura. El examen de peligrosidad criminal plantea a los juzgadores un complejo análisis, pues estos elementos son de naturaleza subjetiva y no existen parámetros o directrices establecidos para su valoración. Esta subjetividad lleva a la toma de decisiones discrecionales, las cuales cuando

no son debidamente motivadas pueden ser arbitrarias o discriminatorias, siendo este aspecto el de mayor dificultad para la aplicación de la SCP.

Franco Izquierdo (2017) ante las dificultades de valorar la peligrosidad criminal, recurre a la revisión de cómo la jurisprudencia española ha tratado este asunto. En referencia a la concepción de peligrosidad, señala que la STS 208/2000, de 18 de febrero, permite considerar que la peligrosidad se debe determinar de las “*circunstancias específicas del delito*”, lo que significa valorar la gravedad de la infracción, siendo una visión criminológica de este concepto. Por otro lado, identifica que la jurisprudencia considera que no se puede realizar una aplicación automática de este concepto por hallarse el sentenciado en un supuesto de peligrosidad, sino que debe responder a un análisis concreto en que esta decisión puede ser controvertida.

Considerando la STS 482/2010, de 4 de mayo, la autora en referencia señala que el Tribunal Supremo ha establecido que la valoración de peligrosidad opera en dos fases, la primera de diagnóstico, sobre las circunstancias del delito cometido, y la segunda de pronóstico, que se refiere a la proyección del comportamiento a futuro del infractor, sobre la base de aspectos personales del sentenciado.

En concordancia con las fases de valoración establecidas en la jurisprudencia española, la legislación ecuatoriana prevé que el juzgador está obligado a valorar dos aspectos: la personalidad del infractor y la gravedad y modalidad del delito. Siguiendo el criterio jurisprudencial, se deberá considerar primero las circunstancias del delito (gravedad y modalidad), como un aspecto diagnóstico de la peligrosidad, y luego de esta valoración se analizará la personalidad del infractor (antecedentes personales, familiares y sociales), como elemento pronóstico del comportamiento futuro. Este ejercicio valorativo considera los conceptos de peligrosidad “*criminológico*” (gravedad del delito) y “*jurídico*” (reincidencia).

En lo referente a la personalidad, la valoración de antecedentes personales se vincula con el aspecto psicológico y de desarrollo personal del infractor, mientras que, los antecedentes familiares y sociales están encaminados al conocimiento del entorno del sentenciado. Estas cuestiones de acuerdo con diversas teorías criminológicas pueden incidir en la conducta ilícita, considerando que existen factores de riesgo y de protección individuales, familiares y sociales que llevan al delito o a la abstención de este.

En cuanto a la personalidad del infractor, es necesario señalar que la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio No. 1001-P-CNJ-2019 absolvió una consulta sobre la valoración de antecedentes personales, familiares y sociales, cuestión que se acusa podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (2008). La respuesta señala que con la aplicación de la SCP se busca lograr de forma más efectiva la

resocialización y readaptación social del sentenciado, así como la prevención del delito, siendo por tanto necesario que el juzgador para tomar la decisión valore la personalidad del infractor, lo que le permitirá tener “*elementos suficientes para una adecuada y motivada decisión*”.

Por su parte, el análisis de la modalidad y gravedad del hecho delictivo está orientado a identificar el nivel de violencia con que actuó el sentenciado, considerando cuestiones victimológicas, empleo de armas, grado de participación, actuación en conjunto o individual, entre otras. La valoración de la gravedad de la conducta debe entonces realizarse en el caso concreto, sin que exista la posibilidad de recurrir a valorar otros hechos o información, así como tampoco analizar la gravedad “genérica” del delito, es decir que no se puede considerar como grave el tipo penal, más aún partiendo de la premisa de que la gravedad “genérica” ha sido ya valorada por el legislador al momento de permitir que se suspendan las penas.

De acuerdo con Franco Izquierdo (2017), el Código penal español exige la valoración de las circunstancias del delito cometido para ponderar si de ellas se puede revelar un pronóstico de reincidencia, siendo un ejercicio subjetivo que conlleva la valoración de factores criminógenos presentes en el delito. En similar sentido García Albero (2015, p. 146) considera que se trata de valorar si existen en el delito “*factores criminógenos históricos, contextuales o motivacionales que no permitan excluir la posibilidad de comisión de nuevos delitos*”.

Las circunstancias del delito (modalidad y gravedad) recurren para su valoración a aspectos subjetivos como alarma y connotación social, criterios victimológicos, modus operandi, grado de afectación, entre otros factores criminógenos. Ante la subjetividad se considera que las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el COIP (art. 45, 47) pueden servir de orientación para el análisis de este aspecto, pues estas se refieren a una amplia variedad de cuestiones que permiten considerar una conducta delictiva como más o menos grave a efecto de imponer la pena.

5.5. Criterio para decidir la SCP

Como se ha señalado, la finalidad de valorar la peligrosidad criminal y/o riesgo de reincidencia es determinar la probabilidad de que el infractor vuelva a cometer un hecho delictivo, cuestión que permitirá al juzgador decidir si suspende o no la ejecución de la pena. En este sentido, el numeral 3 del artículo 630 del COIP señala que de dicha valoración se debe establecer que no existe necesidad de ejecución de la pena, es decir que se espera que el infractor no vuelva a delinquir, siendo este el criterio de decisión de la SCP.

Con similar enfoque, el Código Penal español a partir de la reforma del año 2015, en su artículo 80.1 señala que se podrá suspender la pena “*cuando sea razonable esperar que la*

ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos". Para Téllez Aguilera (2015) este requisito corresponde a la peligrosidad criminal, pues se valora la posibilidad de reincidencia; mientras que a decir de Franco Izquierdo (2017) este criterio va más allá de la peligrosidad, pues exige además la valoración de los fines y función de la pena, debiendo razonar si la suspensión es suficiente para evitar la reincidencia.

Al valorarse la *necesidad* de la pena, debemos remitirnos al análisis de la finalidad que se asigna a esta. El COIP en su artículo 52 señala que los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos, el desarrollo de los derechos y capacidades del infractor, y la reparación del derecho de la víctima. Es decir que la pena encuentra justificación en las teorías de la prevención general y prevención especial positiva, sumándole una tercera finalidad referente a la reparación integral de la víctima.

En el ámbito de la prevención general del delito, en su aspecto positivo la pena sirve como un elemento de cohesión social mediante el cual el individuo se vincula al cumplimiento de la norma, evitando el delito por la satisfacción de cumplir el contrato social y ser un "buen ciudadano"; mientras que, en el aspecto negativo la pena sirve de amenaza al ciudadano para que evite el cometimiento de delitos, amenaza que está presente en la determinación normativa de la pena y en el ejemplo de la sanción de los delitos cometidos.

En lo referente a la prevención especial, la pena tiene la finalidad de rehabilitar, reeducar y/o resocializar al delincuente, buscando convertirlo en un ciudadano que cumpla la norma y evite el delito, bajo una lógica pedagógica de disciplina y trabajo, para lo cual se sirve de actividades educativas, laborales, entre otras. Por su parte, la prevención especial negativa, que está prohibida normativamente, busca el aislamiento temporal del infractor para evitar la comisión de nuevos delitos.

En el Derecho penal liberal el cumplimiento de los fines de la pena se vincula con la certidumbre de la ejecución de esta (Foucault, 2009), de manera que la eficacia preventiva dependerá del contenido, duración y las condiciones de cumplimiento de la pena, así como de la decisión y circunstancias de su suspensión (Cardenal Montraveta, 2015), por lo que la SCP representa una posible afectación o disminución de dicha finalidad. Este aspecto ha generado un intenso debate sobre la eficacia preventiva de las penas cuando son suspendidas, cuestión que incide en la aplicación de esta figura jurídica.

A decir de Cardenal Montraveta (2015), la suspensión de la pena disminuye la eficacia de la prevención general, pues al disminuir la certidumbre de la pena se reduce la adecuación voluntaria a la norma y el temor a la sanción, pudiendo generarse comportamientos de indiferencia frente a la norma penal y sensación de impunidad. Por otro lado, se puede

considerar que la suspensión refuerza la prevención especial positiva, toda vez que se favorece el cumplimiento de medidas o mecanismos de rehabilitación en libertad; en este aspecto no podría considerarse que la SCP afecte la prevención especial positiva, salvo que las condiciones carcelarias sean mejores que las que puede arbitrarse en libertad, cuestión que materialmente no se puede justificar en sistemas penitenciarios en emergencia como el ecuatoriano.

Por lo señalado, la decisión de suspender la pena implica disminución de la prevención general y reforzamiento de la prevención especial, mientras que la decisión que deniega esta alternativa a la prisión solamente podría explicarse por la necesidad de una mayor prevención general, cuestión que debe ser decidida en torno a la valoración de la peligrosidad criminal, de la posibilidad de reincidencia. Esta relación conflictiva entre la prevención general y prevención especial, para Cardenal Montraveta (2015), debe ser resuelta mediante un análisis que considere el “mejor saldo preventivo global”, bajo el análisis de las consecuencias de cada caso concreto.

En otro sentido, Jescheck y Weigend (2002) consideran que partiendo de la suposición de que la ejecución de la pena puede contribuir de mejor manera a la resocialización del infractor, el juzgador no podría “comparar recíprocamente” los efectos que se esperan de la suspensión o de la ejecución, por lo que solamente se debería analizar si la permanencia del infractor en libertad, en cada caso concreto, permite tener la expectativa de que no reincidirá.

De este breve análisis de los controvertidos efectos de la suspensión se puede identificar que en la doctrina no existe consenso respecto de cómo se debe valorar la necesidad de la pena, mientras que la legislación no aporta claridad sobre este ejercicio valorativo, por lo que se confirma su carácter eminentemente subjetivo y discrecional.

Es necesario señalar que al momento de determinar la necesidad de la pena se debe tener presentes los objetivos y finalidad de la SCP, que fundamentalmente son evitar el contagio criminal y lograr “con mayor éxito” la resocialización o rehabilitación del infractor; en este sentido, bajo la orientación del principio de mínima intervención penal, consideramos que se debe priorizar la suspensión de las penas, dando a la prevención especial positiva mayor importancia, sin que esto suponga una aplicación mecánica de esta figura jurídica, cuestión que si podría afectar la prevención general.

5.6. Principales cuestiones procesales

Momento procesal para solicitar la SCP. Para iniciar el tratamiento de los aspectos procedimentales para la aplicación de la SCP partimos por determinar quién puede solicitarla y cuál es el momento procesal oportuno. Esta figura jurídica procede a petición de parte del sentenciado, siendo el único legitimado, por lo que es un derecho del sentenciado formular esta

petición. El momento oportuno para hacerlo es la audiencia de juicio o dentro de las 24 horas posteriores a ella (COIP, 2014, art. 630).

Respecto del momento de la solicitud, en consideración de la Resolución de la Corte Constitucional (2019) y de lo dispuesto por la LOR-COIP (2019), ante la falta de presentación de los requisitos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 630 del COIP, en “cualquier momento” se podrá presentar una nueva solicitud que complete estos requisitos. Esta reforma resulta importante para lograr una adecuada valoración de los requisitos, sin que la inicial falta de su presentación limite el acceso a este mecanismo alternativo a la prisión.

En la sentencia No. 7-16-CN/19 de 28 de agosto de 2019, ante consulta de norma sobre la constitucionalidad de la imposibilidad de apelar la negativa de la SCP, la Corte Constitucional decide declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 653 del COIP por violación del derecho al debido proceso, y declara también la constitucionalidad condicionada del artículo 630 ibidem, para garantizar el derecho a la libertad.

La Corte al analizar la consulta considera necesario también examinar el artículo 630 del COIP, que establece los requisitos para acceder a la SCP, toda vez que, en el caso que motivó la consulta el juez negó la suspensión por considerar que el solicitante no cumplió con los requisitos exigidos. En el análisis se destaca la consideración de que la SCP tiene como fundamento que la privación de libertad no debe ser la regla sino la excepción, planteando la siguiente definición:

“La suspensión condicional de la pena se basa en la consideración de que aquellas personas que, por primera vez, incurrir en un delito sancionado con una pena corta (máximo 5 años), presentaría mayores garantías de que al dejarlas en libertad no vuelvan a delinquir; por lo que, el Estado en lugar de aplicar su facultad ius puniendi, decide aplicar el derecho penal mínimo, esto es, restringir al máximo posible y socialmente tolerable la intervención de la ley penal, reservándola única y exclusivamente para los casos de violaciones graves a las normas de convivencia social; es decir, sin la necesidad recurrir a la imposición de penas privativas de libertad, logrando reparación del daño causado.” (Corte Constitucional, 2019, p. 130).

En el caso de la consulta el juzgador decidió la negativa de la SCP considerando que no se habían acreditado los requisitos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 630 del COIP, al no contar el sentenciado con todos los certificados de las unidades judiciales, certificación laboral, ni declaración juramentada respecto de su domicilio.

Al respecto, la Corte observó como inficioso solicitar certificados de unidades judiciales y tribunales, siendo información disponible en el sistema informático de la judicatura, considerando que la revisión de dicho sistema puede demostrar el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 2 de la norma en referencia. Por otro lado, en lo referente a antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, la Corte considera que el juzgador al exigir la

presentación de documentos no previstos en la norma realiza una interpretación de la misma, generando al sentenciado la carga de obtener dichos documentos, siendo en muchos casos de difícil acceso y obtención por la situación económica y de privación de libertad del sentenciado.

Con estos criterios la sentencia señala que con el fin de garantizar los derechos constitucionales de libertad y debido proceso en caso de que en la audiencia de suspensión de la pena no se presenten todos los documentos necesarios, debe existir la posibilidad de completar los requisitos exigidos para la SCP en cualquier momento. Finalmente, la Corte exhorta a los jueces penales a que en la SCP se solicite “*únicamente elementos indispensables que no supongan un gasto económico al sentenciado*” (2019, p. 136).

Si bien la reforma permite “completar” la solicitud en cualquier momento con una nueva, se debe considerar que el momento oportuno y único para presentar la solicitud sigue siendo en la audiencia de juicio y dentro de las 24 horas siguientes a ella, entendiendo que, si esa petición señala la imposibilidad de completar o presentar los requisitos necesarios, se abriría un periodo indeterminado para que el sentenciado complete la solicitud, pudiendo hacerlo en cualquier momento hasta antes de finalizar el cumplimiento de la pena.

La previsión de este periodo indeterminado no podría impedir la ejecución de la sentencia en caso de que se encuentre ejecutoriada, por lo que la persona sería privada de libertad; esta cuestión demanda diligencia del sentenciado en la obtención de los elementos con los que pretende justificar los requisitos, y del juzgador, en lo posible, el señalamiento de los documentos o informes que requiere para evaluar los requisitos, considerando que no sean excesivos u onerosos. Debe existir un periodo razonable para completar la solicitud, pues lo contrario generaría conflicto respecto de la brevedad necesaria para resolución de la SCP, lo que afectaría la naturaleza de esta figura, perdiendo su objetivo de evitar el ingreso a prisión.

La decisión de la justicia constitucional considera un aspecto problemático de la SCP, que radica en la indeterminación de los elementos que pueden aportar información criminológica para el análisis de su concesión, por lo que es fundamental que existan criterios unificados acerca de los documentos o informes que se requieren para valorar la personalidad del infractor, peligrosidad criminal y necesidad de ejecución de la pena.

Es necesario señalar que, respecto del momento para solicitar la SCP, la Corte Nacional de Justicia en absolucón de consulta constante en el Oficio No. 1004-P-CNJ-2019, determina que la petición debe ser realizada hasta el último momento de la jornada laboral del día siguiente a la adopción y notificación oral de la condena, en caso de que sea viernes o vísperas de feriado, se hará hasta las 17h00 del siguiente día hábil.

Juez competente. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 630 del COIP, el juez competente es aquel que impone la condena, pues resolverá sobre la suspensión de la pena que ha impuesto, atendiendo a consideraciones de inmediación y celeridad. Sin embargo, en la práctica se pueden presentar dificultades, por ejemplo, cuando la sentencia de primera instancia es ratificatoria de inocencia y en segunda instancia se condena; así también pueden presentarse casos en los que el juez de primera instancia no resuelva sobre la SCP, apelando la decisión por ese particular. Estas y otras dificultades han sido consultadas a la Corte Nacional de Justicia, la cual a través de absoluciones de consulta ha interpretado la norma.

En la absolución de consulta constante en el Oficio No. 1103-P-CNJ-2018, la Corte Nacional de Justicia señala con claridad que la figura de la SCP debe ser conocida y resuelta ante el juzgador que impone la condena, sea en primera, segunda instancia o incluso en casación. En caso de que el juzgador que condena no resuelva sobre la SCP solicitada, esta falta de resolución formaría parte del recurso que se interponga, por lo que el tribunal de alzada debe conocer y resolver al respecto. Este criterio es sostenido también en la absolución de consulta constante en el Oficio No. 53-P-CNJ-2019.

Otra cuestión compleja es conocer si es procedente que se solicite la SCP en apelación cuando no se la solicitó en la sentencia de condena de primera instancia. Se considera que siendo el juez competente el que impone la condena, si no se ha solicitado la aplicación de esta figura no sería procedente solicitarla al juez que conoce el recurso, siempre y cuando la sentencia se ratifique sin modificar la pena impuesta; mientras que, en caso de modificarse la pena el sentenciado estaría facultado a solicitar la SCP, pues se emitió una nueva condena.

Justificación de requisitos para la SCP. En cuanto a los requisitos previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 630 del COIP, que se refieren al ámbito de aplicación de la SCP, su comprobación no representa dificultad, debiendo recurrir a la revisión del tipo penal y la pena prevista, por lo que su justificación no requiere de aporte de ningún elemento adicional, siendo el sentenciado quien fundamenta y el juzgador quien valida el cumplimiento con base en la condena impuesta.

En lo referente al requisito previsto en el numeral 2, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional (2019), las partes y el juzgador valiéndose del sistema SATJE pueden verificar la existencia de otras sentencias vigentes, proceso penal en curso o salida alternativa anterior, pudiendo aportar certificaciones del sistema. En este aspecto además se debe tener en cuenta la Resolución 318-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura, la cual establece que, en cualquier proceso judicial, a petición de parte o por disposición del juzgador, el secretario de la

judicatura está obligado a verificar en el sistema SATJE si la persona procesada tiene en su contra otros procesos penales o sentencias condenatorias, sin necesidad de requerir la presentación de documentos físicos.

El requisito previsto en el numeral 3 es el que mayor complejidad representa, pues contempla elementos de diversa naturaleza y difícil justificación y valoración. La esfera de los antecedentes personales no corresponde a antecedentes penales, e incluso se los excluiría de este análisis pues ellos son objeto de valoración en el requisito 2; en este ámbito se incorporan cuestiones de la personalidad del sentenciado como elementos psicológicos, de educación, empleo, hábitos, entre otros, los cuales podrían ser justificados mediante certificados y documentos que avalen que el sentenciado tiene aspectos personales que permiten considerar que no volverá a delinquir.

En cuanto a los antecedentes familiares y sociales, se pretende comprender cómo el entorno del sentenciado puede influir en su conducta y la posible comisión de nuevos delitos, por lo que se requiere de documentos e incluso testimonios que demuestren la existencia de un entorno que permitirá al sentenciado alejarse del delito.

En la valoración de los aspectos de la personalidad del sentenciado no deberían ser determinantes los criterios sobre aspectos que estén fuera del control o dominio del sentenciado; por ejemplo, no podría considerarse como elemento negativo que el sentenciado se encuentre en situación de desempleo, pues ello no depende directamente de su voluntad; así tampoco se puede exigir la posesión de bienes o cierto nivel educativo como elementos que justifiquen mayor posibilidad de beneficiarse de la SCP.

La modalidad y gravedad de la conducta son elementos que deben ser analizados en función de los hechos que se consideran probados en la materialidad del delito, los cuales deben ceñirse a cuestiones como tipo de víctima, daño causado, uso de armas, nivel de violencia, entre otras cuestiones que recogen las circunstancias atenuantes y agravantes. En este sentido, debe existir coherencia en la valoración realizada para imponer la pena y en la realizada sobre la aplicación de la SCP, por ejemplo, si al imponer la pena se califican circunstancias atenuantes, no podrá alegarse gravedad de la conducta en la SCP, en tanto que, si existen agravantes, debe considerarse si dichas circunstancias configuran realmente una gravedad que demande la necesidad de cumplimiento de la pena.

La valoración del cumplimiento de los requisitos para la SCP corresponde exclusivamente al juzgador, quien ha de realizar su análisis conforme la información que consta en el proceso y aquella que sea aportada por el sentenciado para esta finalidad; sin embargo, el

juez tiene la posibilidad de requerir la información que considere necesaria, analizando su utilidad, facilidad de acceso y costo, evitando imponer cargas onerosas al sentenciado.

En el caso ecuatoriano la legislación, doctrina y jurisprudencia no refieren como necesario el recurrir a informes de organismos, cuerpos técnicos o profesionales especializados, por lo que no existe una cultura judicial que haga uso de este tipo de informes, recayendo el análisis en el criterio discrecional del juzgador. Considerando que el sistema de justicia penal ecuatoriano está orientado por la mínima intervención penal, la valoración de los requisitos para conceder la SCP debería plantearse desde la premisa de que el uso de la prisión debe ser excepcional, teniendo como primera opción la suspensión de la pena.

Rol de Fiscalía y víctima. En la audiencia en que se conoce y resuelve la SCP intervendrá el fiscal, el sentenciado y de ser el caso la víctima (COIP, art. 630). No se determina que los criterios de víctima y Fiscalía sean vinculantes para la decisión, sin embargo, considerando que participan de la audiencia su intervención debe ser tenida en cuenta por el juzgador, sin que la oposición o allanamiento a la petición sea un elemento decisorio.

Es conflictiva la relación entre el derecho del sentenciado a que se suspenda la pena y el derecho de la víctima a la reparación integral, pero deberá tenerse en cuenta que la privación de libertad de ninguna manera puede ser considerada como elemento reparatorio para la víctima, pues ello sería darle a la pena de prisión una cualidad de venganza, lo cual al menos teórica y normativamente no se justifica. Por el contrario, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH (1996), se ha de considerar a la sentencia como un medio de reparación de la víctima, en tal sentido, toda vez que la SCP no elimina la condena, esta medida de reparación se mantiene.

Por otro lado, es necesario considerar que en aquellos casos en que no existe una víctima determinada, sino que se considera víctima a la sociedad en su conjunto, no existiría mayor discusión en cuanto a la reparación, por lo que abriría mayor posibilidad de conceder esta alternativa a la prisión. Además, se debe tener en cuenta que una de las condiciones a imponer en la SCP es reparar los daños, pagar una indemnización a la víctima o garantizar el pago de esta, por lo que se configura además en un mecanismo que facilita esta finalidad de la pena.

Apelación de la decisión sobre SCP. El COIP en su texto original no preveía la posibilidad de que se apele la decisión sobre la SCP pues el artículo 653, que determina taxativamente los casos en que procede este recurso, no lo contemplaba. Esta situación en un

caso concreto motivó la consulta de constitucionalidad de la norma, debiendo la Corte Constitucional resolver al respecto.

En la Sentencia No. 7-16-CN/19 la Corte considera que la imposibilidad de apelar la decisión sobre la SCP vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de recurrir el fallo o resolución (CRE, 2008, art. 76), por lo que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 653 del COIP, debiendo contemplar como regla jurisprudencial obligatoria que, procede el recurso de apelación en caso la negativa de suspensión condicional de la pena.

Esta declaratoria de constitucionalidad condicionada ordenó que el artículo 653 del COIP contemple la posibilidad de apelar la decisión de la SCP, cuestión que fue luego motivo de reforma del referido artículo a través de la LOR-COIP (2019), incorporándose también legislativamente este criterio de la Corte Constitucional.

La fundamentación de la Corte manifiesta como argumento central, que la posibilidad de apelar la decisión sobre la SCP permite garantizar que la privación de libertad sea de *última ratio*, interpretando la norma en el sentido más favorable al reo. Además, considera que la apelación le permite al sentenciado una nueva oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, siendo una oportunidad para que el procesado presente elementos que permitan al juzgador revisar el cumplimiento de los requisitos. Siguiendo este criterio, el sentenciado puede presentar nuevamente documentos que justifiquen que cumple con las exigencias para la SCP.

5.7. Consecuencias de la SCP

Cuando se decide la suspensión de la pena no se modifica la condena, sino que temporalmente se suspende su ejecución, sin que exista sustitución ni eliminación de la pena, pues esta se mantiene durante el plazo de suspensión, luego de lo cual, si se ha cumplido con las condiciones impuestas se extingue la pena, manteniendo el registro de antecedente penal.

Conforme con los criterios expuestos en el apartado sobre la naturaleza de la SCP, se considera que esta figura jurídica tiene una naturaleza variable de acuerdo con el momento de su aplicación, pero no se puede señalar que es un sustitutivo de la pena, pues esta se mantiene sin modificación durante la suspensión, de manera que ante la revocatoria de la SCP el sentenciado está obligado a cumplir de forma integral la pena impuesta.

La suspensión de la pena de prisión no implica que se suspendan o modifiquen las otras penas no privativas de libertad como multas o suspensión de ciertos derechos, las cuales son plenamente exigibles por el tiempo y condiciones que señale la sentencia. Finalmente, la SCP implica como consecuencia jurídica la posibilidad de que el juzgador imponga condiciones que deben ser cumplidas por el sentenciado durante el tiempo de suspensión.

5.8. Condiciones

El juzgador al decidir la suspensión de una pena debe señalar las condiciones que impone y la forma de cumplimiento, recurriendo para ello a las determinadas en el artículo 631 del COIP, sin que pueda establecer una prohibición, obligación o deber fuera de las que están taxativamente señaladas. La redacción de la norma en referencia puede llevar al entendimiento de que se impondrán todas las condiciones, pues señala de forma imperativa que el sentenciado “*cumplirá con las siguientes condiciones*”, pasando a enumerar las 10 previstas.

En este aspecto la Corte Nacional de Justicia, en la absolución de consulta contenida en el Oficio No. 1101-P-CNJ-2018, determina las características de la SCP, considerando que “*en principio*” todas las condiciones del artículo 631 deben ser impuestas por el juzgador, debiendo explicar cómo deberá cumplirse cada una.

Si consideramos que la norma manda a cumplir todas las condiciones, se las debe tener a todas por obligatorias, pero si por el contrario, atendiendo al desarrollo doctrinario de esta figura, se considera que el juzgador de acuerdo con cada caso puede imponer las condiciones que sean necesarias, ninguna de ellas sería obligatoria.

Tabla 12. Condiciones que se puede imponer en la SCP

Condición	Tipo	Finalidad
1. Residir en un lugar o domicilio determinado e informar cualquier cambio a la autoridad competente que establezca la o el juzgador.	Específica	Control
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.	Específica	Control
3. No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias.	Específica	Control
4. Someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.	Específica	Rehabilitación
5. Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios.	Específica	Rehabilitación
6. Asistir a algún programa educativo o de capacitación.	Específica	Rehabilitación
7. Reparar los daños o pagar una determinada suma a la víctima a título de reparación integral o garantizar debidamente su pago.	Específica	Reparación
8. Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el juzgador y acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas.	Específica	Control
9. No ser reincidente.	Genérica	Prevención
10. No tener instrucción fiscal por nuevo delito.	Genérica	Prevención

Nota. Condiciones previstas en el artículo 631 del COIP, el numeral corresponde al asignado en la norma. La clasificación por tipo y finalidad me corresponden.

De acuerdo con al tipo las condiciones se clasifican en específicas y genéricas, atendiendo a las modalidades de esta figura. Las genéricas son obligaciones que se exigen en el *sursis simple*, en el que solamente se condiciona al sentenciado a que no vuelva a delinquir. Por otra parte, las condiciones específicas se corresponden con el *sursis compuesto* que, como en la *probation*, establece obligaciones y deberes que se exigen al sentenciado.

Las condiciones genéricas se vinculan con una finalidad preventiva de la SCP, que busca evitar que el sentenciado vuelva a delinquir, amenazando con el cumplimiento de la pena suspendida. En cuanto a las que tienen por finalidad el control del sentenciado, buscan que la SCP facilite la ubicación del infractor para supervisar que su comportamiento sea acorde a Derecho, por lo que se exigen presentaciones ante la autoridad, conocimiento del lugar de residencia, abstención de frecuentar ciertos lugares y personas, y prohibición de salida del país.

Otra finalidad de ciertas condiciones se relaciona con las teorías re, rehabilitación, reinserción, reeducación, mediante las cuales se busca que el sentenciado “mejore o corrija” ciertos aspectos de su vida para evitar el delito, por lo cual se puede disponer que se someta a tratamiento médico, psicológico, o que cumpla con programas formativos, de educación o capacitación. Así también se insta que el sentenciado cumpla con alguna actividad laboral, por lo que se condiciona a tener trabajo, empleo, oficio, profesión, o realizar trabajo comunitario.

Finalmente, una de las condiciones se orienta a la reparación de la víctima, mediante la cual se busca el resarcimiento de los daños, el pago de una indemnización o que se garantice dicho pago. Esta condición resulta importante en cuanto vincula aspectos propios de la justicia restaurativa y persigue la posibilidad de que la víctima reciba con mayor celeridad la reparación de los daños. En este aspecto el juzgador deberá ceñirse a la real posibilidad de la reparación, considerando el monto y la situación del sentenciado, sin que la imposibilidad de pago debidamente justificada signifique limitación de la aplicación de la SCP.

En la determinación de las condiciones se debe exigir la mayor claridad y determinación de plazo y forma de cumplimiento, especialmente cuando la condición es abierta, por ejemplo, si el juzgador dispone que el sentenciado asista a algún programa educativo o de capacitación, debería priorizarse una determinación específica, pero si no es posible, se debería facultar a alguna autoridad o institución la modulación de la condición.

5.9. Plazo de suspensión

El legislador no ha determinado expresamente el plazo durante el cual se suspende la pena, dejando a criterio del juzgador la definición. El artículo 632 del COIP hace referencia a “plazo pactado”, por lo que se podría considerar que el juzgador puede llegar a un “acuerdo”

con el sentenciado sobre el tiempo que durará la suspensión. Como se observa en la Tabla 1, que compara las principales cuestiones de esta figura jurídica en América del Sur y España, solamente en Ecuador se deja totalmente abierta la decisión sobre plazo de suspensión, mientras que en la mayoría de los países existen rangos que comprenden un mínimo y máximo a decisión del juzgador; y, en el caso de Uruguay el periodo de suspensión será siempre de cinco años.

Ante la indeterminación normativa sobre el plazo de suspensión la Corte Nacional de Justicia en absolución de consulta constante en el Oficio No. 1101-P-CNJ-2018 señala que, si bien el COIP no establece el plazo de suspensión, se considera que la intención del legislador y la interpretación adecuada es que la SCP modifica la materialidad de la pena, es decir, la forma de su cumplimiento, pero no el tiempo de duración, ya que si lo hiciera se estaría dictando una nueva pena, concluyendo que el plazo de suspensión debe ser el mismo de la pena impuesta.

En su argumentación la Corte establece las “características” de la SCP, señalando en la número 4 que el plazo de suspensión será *pactado* entre el juez y las partes procesales, pero se debe considerar que dicho plazo no puede ser menor a la duración de la pena impuesta. En esta línea se argumenta que el establecer un plazo de suspensión menor a la pena significaría un “doble beneficio” para el infractor, un “premio anticipado”, con lo cual se desvirtúa la consideración del tiempo necesario para que el infractor “pague” por el delito cometido. En este último argumento se identifica una clara visión retributiva del máximo órgano de justicia ecuatoriano, al señalar que se debe cumplir con el tiempo necesario para que el infractor “pague” por el delito, finalidad que al menos normativamente no está reconocida.

Con estas consideraciones es necesario recordar que de acuerdo con su naturaleza jurídica la SCP no sustituye ni modifica la pena, por lo que el criterio de que esta figura modifique la materialidad del cumplimiento de la pena no es compartido. Por lo señalado, si bien es beneficioso para el infractor el determinar un plazo de suspensión menor a la duración de la pena impuesta, esto no implica modificación de la pena.

Con base en los antecedentes, fundamentos y desarrollos doctrinarios de esta figura jurídica, se tiene claridad que el plazo de suspensión generalmente es del mismo tiempo de la pena e incluso mayor, partiendo del criterio de que la intervención que busca la “rehabilitación” del sentenciado está previamente valorada por el juzgador al imponer la pena.

Teniendo el juez la libertad de imponer el plazo de suspensión, éste debería responder a criterios de necesidad de intervención, control y supervisión sobre el sentenciado, para evitar la reincidencia, sin que sea prudente un plazo menor al de la pena que se suspende, debiendo evitar también plazos extendidos que pueden ampliar injustificadamente el control penal.

5.10. Control del cumplimiento de la suspensión condicional de la pena.

De conformidad con el artículo 632 del COIP el control del cumplimiento de las condiciones durante el plazo de suspensión corresponde al juez de garantías penitenciarias, por lo que todo incidente debe ser sustanciado ante este juez especializado. La competencia por la materia está definida, pero no existe referencia expresa a la competencia en razón de territorio.

La competencia de los jueces de garantías penitenciarias, conforme el artículo 666 ibidem, radica en el cantón en donde se encuentra el CPL, regla que no es aplicable para el caso de control de la SCP al no existir privación de libertad, por lo que debe recurrirse a otros criterios. Consideramos que existen dos posibilidades: la primera determinada por el lugar en donde se dictó la condena, y la segunda relacionada con el lugar de domicilio del sentenciado.

Es necesario notar un posible conflicto normativo en cuanto al control de la SCP. Si bien la disposición comentada faculta al juez de garantías penitenciarias el control, el numeral 8 del artículo 631 ibidem señala que el juez al momento de resolver la SCP, designará la autoridad ante quien el sentenciado se presente periódicamente y, de ser el caso, acredite el cumplimiento de las condiciones impuestas. Es decir que podrían existir 2 autoridades verificando el cumplimiento de condiciones, cuestión que en la práctica puede representar dificultades que afecten la aplicación de esta alternativa a la prisión.

En cuanto a la revocatoria de la SCP, cuando se verifica el incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazo establecido el juez de garantías penitenciarias de forma inmediata ordenará la ejecución de la pena. La consecuencia del incumplimiento es drástica, debiendo el sentenciado pasar a cumplir de forma íntegra la pena impuesta.

Es necesario considerar que, ante el incumplimiento de alguna condición o plazo, el juez de garantías penitenciarias previo a ordenar la ejecución de la pena suspendida debería permitir al sentenciado justificar el incumplimiento, debiendo el juzgador valorar si este representa gravedad que requiera la revocatoria de la SCP. Si bien la ley no prevé esta posibilidad de analizar el incumplimiento, el ejercicio garantista del derecho penal justificaría dicha acción, más aún cuando la falta no tenga mayor relevancia o sea una cuestión aislada durante el plazo de suspensión. Se debe considerar que el juez de garantías penitenciarias no puede modificar o sustituir las condiciones, lo que convierte a esta figura en un mecanismo rígido.

Finalmente, en caso de cumplimiento de las condiciones y plazos, el juez de garantías penitenciarias emitirá resolución declarando la extinción de la pena suspendida (COIP, 2014, art. 633), con lo cual finalizará la vigencia de las reglas de conducta y del control que realiza el poder punitivo al sentenciado.

6. Estudio múltiple de casos

Luego de identificar aspectos teóricos y normativos de la SCP es necesario verificar la dimensión práctica de aplicación de esta figura jurídica, lo cual nos permitirá una aproximación integral para conocer cómo el sistema de justicia penal ecuatoriano emplea esta alternativa a la prisión. Con este objetivo, se recurre a información estadística que permite una mirada clara y objetiva del universo del fenómeno estudiado desde un aspecto cuantitativo, y al estudio de casos, técnica que facilita un análisis cualitativo.

Al ser el objetivo de la investigación estudiar la forma en que se aplica la SCP, debemos analizar cómo los juzgadores resuelven la solicitud de esta figura jurídica, por lo que la técnica de estudio de casos es adecuada para este objetivo, permitiendo un conocimiento más profundo del fenómeno estudiado (Cea D`Ancona, 1996; Chetty, 1996; Yin, 1989; Martínez Carazo, 2006). La decisión sobre la suspensión de la pena no responde a un proceso mecánico de aplicación de la ley, sino que recurre a criterios subjetivos, por lo que el análisis cualitativo de las decisiones permite identificar el “comportamiento judicial” frente a esta figura.

A diferencia de la investigación cuantitativa, en el estudio de casos no se selecciona una muestra representativa que permita generalización estadística sino una muestra teórica, que permita una “*generalización analítica*” (Martínez Carazo, 2006). En este sentido, Eisenhardt (1989) señala que el objetivo de la muestra teórica es elegir casos que pueden replicar o extender la teoría emergente. En cuanto al tamaño de la muestra la literatura especializada señala que no existe un criterio consensuado, dependiendo del conocimiento existente, el tema y la capacidad de obtener información, aconsejando una cantidad que permita replicación y extensión.

Con las señaladas consideraciones metodológicas, para la determinación de la muestra se parte del universo del material de estudio, que corresponde a 248 resoluciones sobre SCP dictadas en el cantón Quito durante el año 2019, de las cuales 203 aceptan la suspensión de la pena y 45 deniegan la solicitud. Debido a la amplia diferencia entre las dos opciones de decisión, con la finalidad de establecer grupos paralelos de estudio, se decidió el análisis de 45 casos denegados y 45 casos aceptados, lo que permite un estudio homogéneo y comparable, siendo una muestra considerable que facilita la replicación y extensión.

En el presente apartado se inicia presentando la información estadística que permite una mirada general del fenómeno, y luego se expresan los resultados del estudio de casos, diferenciando los aceptados de los denegados, para comprender si existe relación entre las distintas variables y la forma de resolución.

6.1. Información estadística general

El universo de estudio comprende 248 resoluciones sobre SCP emitidas durante el año 2019 en el cantón Quito, de las cuales en 203 (81.8%) se aceptó la aplicación de esta alternativa a la prisión y en 45 (18.1%) se denegó la solicitud. En cuanto a la judicatura que resuelve, en el 70% de casos lo hacen las unidades judiciales de garantías penales dentro de procedimientos directos, mientras que el 30% restante lo resuelven tribunales de garantías penales en procedimiento ordinario.

En cuanto a la materia, 51 casos que significan el 20.5% son delitos de tránsito, mientras que el resto de los casos corresponde a los demás delitos de acción penal pública. Entre todos los delitos en que se solicitó la SCP se identificaron 58 distintos tipos penales, de los cuales se revisan los 10 que presentan mayor frecuencia.

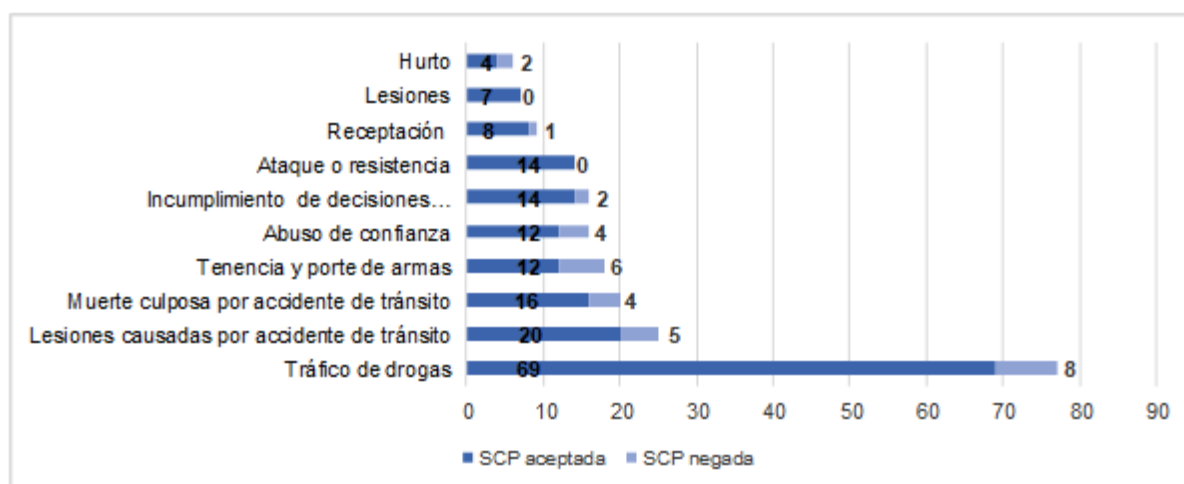


Figura 8. Muestra la forma de resolución de SCP en los delitos que registran mayor cantidad de solicitudes en el cantón Quito durante el año 2019

Se evidencia que en todos los casos es mayor la aceptación de SCP, esta información permite considerar que no existiría un sesgo negativo determinado por el tipo penal que afecte la aplicación de este mecanismo alternativo. Se destaca que existe una importante aplicación de la SCP en el delito de tráfico de drogas, siendo aceptada la suspensión en el 89.6% de casos.

La información general permite identificar que, en el reducido ámbito de aplicación de la SCP, existe una importante aplicación favorable de este mecanismo alternativo a la prisión, que en el año 2019 representó evitar la privación de libertad de 203 personas. Con esta consideración estadística pasamos a revisar los resultados del estudio de casos, buscando identificar los criterios y argumentos de las decisiones judiciales en los 90 casos seleccionados, de acuerdo con su forma de resolución y las distintas variables de estudio.

6.2. Información criminológica.

Edad. En lo referente a la edad del sentenciado la mayor cantidad de casos se registran en el rango de edades comprendido entre 18 y 35 años, lo cual se corresponde con la realidad de la delincuencia denunciada y sentenciada, siendo la mayoría personas jóvenes. Se destaca que en los casos 7, 15, 32 y 35, los juzgadores al resolver sobre la SCP consideran la edad del infractor como un factor que abona al tratamiento distinto a la prisión. Por otro lado, existen 3 casos negados en el grupo etario de 66 años y más.

Tabla 13. Aceptación y negativa de SCP de acuerdo con la edad del infractor

Rango etario	Aceptados	Denegados
18-25	8	4
26 -30	10	4
31 - 35	4	6
36 - 40	4	1
41 - 45	3	4
46 - 50	1	2
51 - 55	4	1
56 - 60		3
61 - 65		
66 y más		3
Sin información	9	13
N/A	2	4
TOTAL	45	45

Nota. La fila “Sin información” corresponde a sentencias en que no se consigna la edad del infractor; mientras que la fila N/A refleja los casos en que existen varios sentenciados que han solicitado la SCP, por lo que no se registra la información.

Sexo. En 16 casos las sentenciadas son mujeres y en 68 casos son hombres, mientras que de 6 sentencias no se registra la información por existir varios sentenciados. De los casos registrados, los hombres representan el 80.9%, mientras que las mujeres el 19.1%. En este aspecto es preciso revisar la información referente a población penitenciaria por sexo, la cual para el año 2019 estaba conformada en 93.3% por hombres y 6.63% por mujeres (SNAI, 2020). La población penitenciaria de mujeres es menor al 7%, mientras que la cantidad de mujeres que solicitaron la SCP llega casi al 20%, lo que permite identificar que en un alto porcentaje las mujeres recurren a este mecanismo alternativo a la prisión.

Nacionalidad. De los 90 casos de estudio, 78 sentencias corresponden a sentenciados de nacionalidad ecuatoriana, mientras que 6 son extranjeros y en 6 casos no se registra la información por existir varios sentenciados. Respecto de los ciudadanos de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, en 5 casos la solicitud de SCP fue denegada, lo cual tiene relación con

la dificultad de justificar arraigo domiciliario, empleo y antecedentes familiares y sociales, sin que la nacionalidad sea un criterio de discriminación para la aplicación de esta figura jurídica.

Profesión u ocupación. En esta variable se registra diversa información, que corresponde con la profesión, ocupación, empleo u oficio del sentenciado, situación que dificulta su análisis; a más de ello la falta de información es alta, pues en 34 sentencias no se registran estos datos. En este aspecto se destaca que solamente 1 caso se registra como desempleado, en 4 casos los sentenciados son estudiantes y en 6 casos no se registra la información por existir varios sentenciados. La falta de información no permite identificar si este elemento puede incidir en la decisión judicial.

Educación. La variable referente al nivel educativo presenta similar dificultad de análisis debido a la falta de información, pues en 40 sentencias no se registran datos. Sin perjuicio de ello, se refiere que 14 casos corresponden a sentenciados con educación primaria, 1 caso con ninguna educación, 21 casos secundaria y 8 sentenciados tienen educación superior. Si bien la falta de información es impedimento para el análisis, se evidencia que la mayor cantidad de sentenciados son personas que no han accedido a educación superior, mientras que a ninguna persona con educación superior se le negó la SCP.

6.3. Información jurídica

Penas previstas y penas impuestas. En cuanto a la información penológica, es necesario recordar que el COIP determina las penas previstas para cada tipo penal, estableciendo rangos que prevén un mínimo y máximo, teniendo el juzgador la libertad de decir la pena a imponer, debiendo considerar la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes. En las sentencias analizadas se verifica que los juzgadores en 70 casos imponen las penas mínimas, en 12 casos penas máximas y en 8 sentencias penas intermedias. De acuerdo con estas cifras se identifica una marcada tendencia a escoger las penas mínimas para la sanción.

Tabla 14. Resolución de SCP de acuerdo con penas previstas e impuestas.

Rango	Pena prevista		Pena impuesta	
	Aceptada	Denegada	Aceptada	Denegada
Menor a 1 año	7	9	17	15
Entre 1 y 3 años	18	15	19	14
Entre 3 y 5 años	13	16	9	16
*Entre 80 días y 2 años	7	3		
*Entre 1 y 5 años		2		

Nota. Resolución de casos de acuerdo con la pena prevista e impuesta para los distintos tipos penales. Los rangos con* corresponden a penas que no concuerdan con los rangos de clasificación planteados.

En el análisis de las penas previstas se identifica que con mayor frecuencia se suspenden penas en el rango de 1 a 3 años, mientras que entre penas menores a 2 años y de 3 a 5 años la cantidad de casos aceptados es similar. En cuanto a las penas previstas denegadas se observa que con mayor frecuencia se deniegan aquellas que superan los 3 años, mientras que la menor cantidad de casos denegados se ubican en penas de menos de 1 año. Esta información permite considerar que cuando la pena es mayor, la posibilidad de que se la suspenda reduce.

En cuanto a la pena impuesta, de los 90 casos analizados el 35.5% corresponde a penas menores a 1 año, el 36.6% a penas de entre 1 y 3 años y el 27.7% son penas superiores a 5 años, es decir que existe una distribución casi equitativa entre los rangos de clasificación de las penas. En las penas menores a 3 años se acepta la SCP en más del 53% de casos, mientras que en las penas impuestas superiores a 3 años el porcentaje de aceptación es del 36%, por lo que se verifica que a mayor pena menor posibilidad de que se acepte su suspensión, criterio que se vincula con la gravedad del delito.

Prisión preventiva. En 71 casos los sentenciados no cumplieron prisión preventiva, mientras que en 19 casos los jueces consideraron esta medida cautelar como necesaria. 10 personas a quienes se les concedió la SCP se encontraban cumpliendo prisión preventiva, por lo que disminuye considerablemente la eficacia de este mecanismo jurídico para impedir el ingreso a prisión y evitar los efectos negativos de la cárcel. En este aspecto se debe considerar que la SCP como mecanismo de política criminal reduccionista debe ir acompañado de otras acciones del sistema de justicia penal como el uso excepcional de la prisión preventiva.

6.4. Verificación del cumplimiento de requisitos

Ante la solicitud de suspensión de la pena, el juzgador está en la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos determinados en el artículo 630 del COIP, para lo cual se vale de distintos elementos y documentos que permiten en cada caso concreto analizar la procedencia y pertinencia de aplicar esta figura jurídica.

Requisitos 1 y 4. Estos requisitos se refieren a cuestiones objetivas de procedibilidad de la SCP, de manera que su verificación no genera mayor complejidad, pues de la calificación jurídica del hecho y la sentencia condenatoria se determina si el delito tiene pena prevista menor a 5 años y si no corresponde a delitos contra la integridad sexual y reproductiva o delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar. En todos los casos analizados se verificó el cumplimiento de estos requisitos.

Requisito 2. El juzgador debe conocer si el sentenciado tiene vigente otra sentencia condenatoria en su contra, si se encuentra en algún proceso penal en curso o si ha sido

beneficiado de una salida alternativa en otro proceso. En la totalidad de los casos examinados el juzgador recurre a certificaciones del sistema SATJE para verificar el cumplimiento de este requisito, ya sea que los documentos los aporte el sentenciado o que la información sea revisada por la secretaría de la judicatura. En algunos casos se aportan certificados de antecedentes penales emitidos por el Ministerio de Gobierno y certificaciones de sistemas informáticos de la Policía Nacional y Fiscalía General del Estado.

En el 76.6% de sentencias se señala el cumplimiento de este requisito, en el 15.5% se lo considera no cumplido, en el 4.44% no aplica su análisis y en 3.33% de casos los juzgadores no refieren expresamente el cumplimiento del requisito. En la totalidad de casos aceptados se considera cumplido este requisito de procedibilidad, mientras que en los casos negados existen diversas razones que fundamentan la negativa: en 7 casos existencia de otros procesos, en 3 casos se señala que no se ha justificado documentalmente el cumplimiento del requisito, en 2 sentencias se verifica que los sentenciados han obtenido anteriormente salidas alternativas, en 1 caso se identifica la existencia de otra sentencia, y en una sentencia el juzgador no detalla la razón de considerar incumplido el requisito.

Al ser un requisito objetivo de procedibilidad la constatación de su cumplimiento habilita la continuación del análisis, mientras que, de verificar el incumplimiento podría no continuarse con el análisis, pues no sería procedente la aplicación de esta figura.

Requisito 3. La valoración de este elemento es el aspecto más conflictivo puesto que depende de criterios subjetivos para valorar la personalidad del infractor y la gravedad del delito, siendo elementos fundamentales para la decisión, pues se los considera indicativos de la necesidad de ejecución de la pena. La práctica judicial en los casos examinados divide el análisis de este requisito en dos partes: antecedentes personales, familiares y sociales, y modalidad y gravedad de la conducta delictiva.

Respecto de la primera parte, la prueba o justificación se realiza mediante la aportación de documentación de diversa naturaleza por parte de los sentenciados, con la finalidad de demostrar arraigo laboral, familiar, social, y domiciliario. En ningún caso se solicitó o aportó informes psicológicos, criminológicos, de trabajo social o de otra naturaleza.

En cuanto al ámbito personal, generalmente se aportan certificaciones de estudios, de trabajo o actividad económica, certificados médicos, documentos de propiedad de bienes muebles e inmuebles y contratos de arrendamiento, con la finalidad de justificar que el sentenciado cuenta con un lugar de residencia y que tiene alguna profesión, ocupación o actividad que le genera ingresos económicos.

Con el objetivo de justificar el ámbito familiar, los sentenciados presentan partidas de nacimiento de sus hijos, certificaciones de matrícula escolar, certificaciones que dan cuenta de que el sentenciado es la única fuente de ingresos en el hogar, certificado de matrimonio, entre otros documentos que justifiquen un adecuado entorno familiar como factor de protección. En tanto que, respecto de los antecedentes sociales se identifica como mecanismo de justificación la presentación de certificados de honorabilidad y certificaciones de participación del sentenciado en actividades comunitarias o asociativas, con lo que se busca justificar que existe un ámbito social adecuado para el desarrollo del sentenciado.

Tabla 15. Cumplimiento de requisito 3 primera parte

Criterio	Aceptados	Denegados	Porcentaje
Favorable	18	15	36.6
No favorable		14	15.5
No refiere	27	7	37.7
No aplica		9	10

Nota. Identifica el criterio de cumplimiento sobre el requisito relacionado con antecedentes personales, familiares y sociales del sentenciado. En los casos denegados el término “No aplica” corresponde a casos en que no es necesario el análisis por diversas causas que se detallan en la matriz de datos.

En la totalidad de casos aceptados se considera cumplido este elemento, sin embargo, en 27 sentencias no se señala expresamente el análisis y valoración realizado. En los casos en que se expresó el criterio de valoración se considera que los documentos presentados son suficientes para acreditar antecedentes adecuados y que los documentos justifican arraigo laboral, social, familiar y domiciliario.

En las sentencias en que se negó la SCP, la valoración sobre la “personalidad” del infractor responde a diversas cuestiones, las cuales se exponen en la Tabla 16.

Tabla 16. Criterios sobre antecedentes familiares, personales y sociales en casos denegados

Criterio	Frecuencia	Porcentaje
No refiere	9	20
No aplica análisis	7	15.5
Antecedentes adecuados	15	33.3
No justifica documentalmente el cumplimiento del requisito	10	22.2
Antecedentes no son favorables	4	8.88

Nota. Cuantifica las explicaciones que los juzgadores expresan sobre la verificación de los antecedentes personales, familiares y sociales de los sentenciados.

En la mayoría de los casos en que se negó la SCP se considera cumplida esta parte del requisito, en el 20% de sentencias no se refiere expresamente la razón o criterio de valoración, mientras que, en el 22.2% los juzgadores señalan que no se ha logrado justificar

documentadamente el cumplimiento del requisito. Solamente en 4 sentencias, que corresponde al 8.88% de los casos denegados, el criterio de los jueces es que la personalidad del sentenciado no le permite acceder a la suspensión de la pena.

En el tratamiento de este requisito se identifica que los juzgadores se orientan a la verificación documental de que el sentenciado cuenta con un ámbito personal, familiar y social adecuado para el desarrollo de su vida alejada del delito, lo cual se valida mediante la acreditación de arraigos, mecanismo que permite al juzgador conocer aspectos relevantes de la vida del infractor sin necesidad de requerir informes especializados.

En lo referente a la modalidad y gravedad de la conducta, segunda parte del numeral 3, son los elementos que mayor discrecionalidad aportan al juzgador para la decisión, pues si bien se exige que valore los hechos probados, pudiendo recurrir a la consideración de atenuantes y agravantes que concurren en el delito, el criterio de gravedad de la conducta difiere en cada juzgador, de acuerdo con su formación profesional, experiencia y posición respecto de la SCP.

Para ejemplificar la señalada discrecionalidad nos referimos al delito de asociación ilícita. En el caso 10 el juzgador considera que al ser un delito de peligro no es una conducta que se considere grave; mientras que en el caso 67 el tribunal señala que el bien jurídico protegido en este delito es el orden público y por consiguiente la tranquilidad y paz de la sociedad, por lo que el delito causa alarma y conmoción social, siendo una conducta grave. Como se puede evidenciar, los juzgadores se refieren al mismo delito en abstracto, sin considerar circunstancias de cada caso concreto, teniendo dos posiciones contradictorias que son determinantes para conceder la SCP.

Tabla 17. Cumplimiento del requisito 3 segunda parte

Criterio	Aceptados	Denegados	Porcentaje
Favorable	30	2	35.5
No favorable		31	34.4
No refiere	15	5	22.2
No aplica		7	7.77

Nota. Identifica el criterio de cumplimiento sobre modalidad y gravedad de la conducta. En los casos denegados el término “No aplica” corresponde a casos en que no es necesario el análisis por diversas causas que se detallan en la matriz de recogida de datos.

En todos los casos aceptados se considera cumplida esta parte del requisito, sin embargo, en 15 casos no se señala el criterio de valoración. En cuanto a los casos denegados en el 68.9%, que corresponde a 31 resoluciones se considera como no favorable la gravedad del delito, mientras que en 5 casos no se refiere el criterio de valoración y en 7 casos no se analiza.

Para un manejo más didáctico de la información, los argumentos son clasificados en grupos de acuerdo con el criterio fundamental de decisión sobre la modalidad y gravedad de la conducta, los cuales se exponen en la Tabla 18.

Tabla 18. Criterios sobre la modalidad y gravedad de la conducta

Casos aceptados			Casos denegados		
Criterio	Frec.	%	Criterio	Frec.	%
No refiere	15	33.3	No refiere	5	11.1
Conducta atenuada	6	13.3	No aplica	7	15.5
Delito de peligro abstracto	1	2.22	Conducta agravada	14	31.1
Farmacodependencia	2	4.44	No se justificó que gravedad no exija ejecución de la pena	2	4.44
No existen agravantes	5	11.1	Delito causó alarma social	5	11.1
Delito no causó alarma social	6	13.3	Delito se considera grave	7	15.5
Delito no se considera grave	5	11.1	Importante daño causado	2	4.44
Delito es culposo	3	6.66	Infractor presenta peligrosidad	1	2.22
No existe peligrosidad del infractor	2	4.44	Conducta no se considera grave	2	4.44

Nota. Expresa la frecuencia (Frec.) y porcentaje en que se presentan los distintos criterios en base a los cuales se valora la modalidad y gravedad de la conducta.

Para la valoración de este requisito se recurre a la consideración de la existencia de circunstancias atenuantes y agravantes, del tipo penal como grave o no grave, la peligrosidad del infractor y la alarma social causada, estos diversos elementos de análisis pueden ser agrupados de acuerdo con su objeto en: naturaleza de la infracción, comportamiento posterior del sentenciado, aspectos victimológicos y cuestiones criminológicas.

En lo referente a la naturaleza de la infracción, se considera si el delito es doloso o culposo, existiendo mejor valoración en el caso de los delitos culposos, pues responden a acciones no voluntarias del infractor que se deben a la inobservancia del deber objetivo de cuidado. Así también se observa si el delito es de peligro o de resultado, criterio que permite dimensionar gravedad de la conducta.

Respecto al comportamiento posterior del sentenciado, se considera si este ha comparecido voluntariamente a juicio, si ha cumplido de forma adecuada con las medidas cautelares que se hayan impuesto y el comportamiento ante la detención, en términos generales colaboración con la justicia. Es importante señalar también que se considera la situación de farmacodependencia del infractor y si se ha sometido a tratamiento psicológico o de deshabituación. En tres casos existe referencia expresa a peligrosidad criminal y riesgo de reincidencia, sin que se explique cómo se valoran estos conceptos.

En los aspectos victimológicos se analiza la cantidad y calidad de las víctimas, evidenciando una protección mayor a personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, se consideran los daños sufridos por la víctima en los distintos ámbitos físico, psicológico y patrimonial, así como la existencia de acciones encaminadas a la reparación integral.

En el grupo de elementos criminológicos que se han considerado para determinar la gravedad de la infracción se encuentran la conmoción y alarma social provocada por el delito, la afectación social generada, la amenaza a la convivencia pacífica, los índices de delincuencia y la posibilidad de que el hecho delictivo genere, permita o facilite la realización de otras actividades delictivas.

6.5. Necesidad de la pena

Los juzgadores al analizar este aspecto consideran diversos elementos como los determinantes de la decisión, los cuales son expresados de forma variada, por lo que para su cuantificación se identifican los argumentos centrales, que son expuestos en la Tabla 19.

Tabla 19. Elementos que fundamentan el criterio sobre necesidad de ejecución de la pena

Elemento	Casos aceptados	Casos denegados	Suma	%
Gravedad de la conducta	22	21	43	47.7
Gravedad de la conducta y personalidad del infractor	5		5	5.55
Personalidad del infractor	4	1	5	5.55
Afectación que provoca la cárcel al infractor	1		1	1.11
Reparación del daño	2	2	4	4.44
Prevención del delito		6	6	6.66
Legalidad de la pena		1	1	1.11
No aplica		9	9	10
No refiere	11	5	16	17.7

Nota. Elemento en el que los juzgadores basan el criterio sobre necesidad de ejecución de la pena.

Casi en la mitad de los casos estudiados el factor definitorio sobre la necesidad de la pena radica en la consideración de la gravedad del hecho delictivo. Solamente en un caso es determinante la consideración de la afectación que provoca la prisión al infractor. Llama la atención que en 16 sentencias los juzgadores no señalan expresamente la valoración sobre la necesidad de la ejecución, cuestión que podría afectar la motivación de la decisión.

6.6. Criterios de decisión

En lo referente a los criterios de decisión se ha registrado en cada caso los argumentos expuestos por los juzgadores, los cuales plantean una amplia diversidad por lo que luego de su

revisión se han configurado grupos que permiten cuantificar y explicar las decisiones de mejor manera, diferenciándose los casos negados de los aceptados.

Se verifica que la suspensión de penas responde a cuatro criterios principales: a) en 16 casos se considera que es más beneficioso para el sentenciado la aplicación de este mecanismo alternativo; b) 16 sentencias se fundamentan en que la gravedad del hecho delictivo no exige que se cumpla la pena de prisión; c) en 10 casos el criterio de decisión es que se ha verificado el cumplimiento de requisitos; y, d) en 3 casos se considera que la reparación del daño justifica que no se cumpla la pena de prisión.

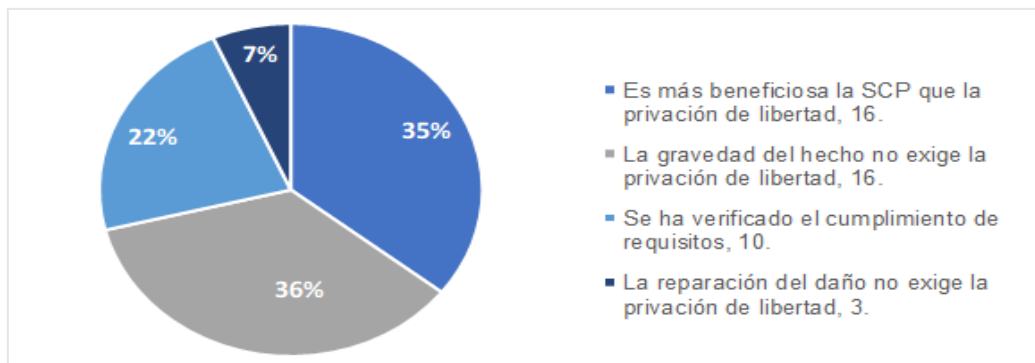


Figura 9. Criterios de decisión principales para la suspensión condicional de la pena.

Por otro lado, en los casos en que se denegó la suspensión de la pena, en 20 sentencias la negativa responde a cuestiones de procedibilidad, pues en 14 casos no se cumple el requisito previsto en el numeral 2; en 2 casos existió abandono de la petición; 1 solicitud fue extemporánea; en 2 casos existe negativa tácita, pues el juez no resuelve la SCP, pero ordena el cumplimiento de la pena; y, en 1 caso se dio el desistimiento de la petición.

En los casos que superaron los requisitos de procedibilidad, en 20 sentencias se argumenta la negativa de la SCP por gravedad del delito; en 2 casos por la personalidad del infractor; en otros 2 casos por gravedad del delito y personalidad del infractor; y en un caso se consideran cumplidos todos los requisitos, pero se niega el pedido considerando falta de capacidad de pago de la reparación integral.

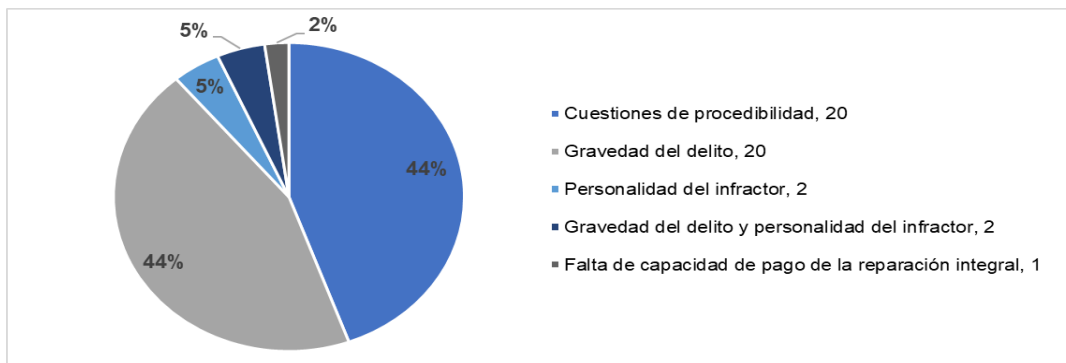


Figura 10. Porcentaje de casos negados de acuerdo con el criterio de decisión.

6.7. Condiciones impuestas

La verificación de las condiciones impuestas participa de dos variables recogidas en la matriz, la primera constata el tipo de condiciones y la segunda la cantidad de estas que se impone. La identificación de esta información podría permitir la comprensión de la finalidad que los juzgadores asignan a esta figura jurídica.

De acuerdo con la cantidad de condiciones impuestas, en 4 casos son de 1 a 3 condiciones, en 20 casos se impuso de 4 a 6 condiciones, y en 21 casos de 6 a 9 condiciones, no existiendo ningún caso en que se haya impuesto 10. En cuanto a la frecuencia con que se ordenó las condiciones por tipo, la Tabla 20 expresa el detalle.

Tabla 20. Cantidad de condiciones impuestas por tipo de condición.

Tipo de condición	Impuesta	NO impuesta
1. Residir en un lugar o domicilio determinado.	36	9
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.	10	35
3. No salir del país sin previa autorización.	40	5
4. Someterse a tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.	9	36
5. Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios.	28	17
6. Asistir a algún programa educativo o de capacitación.	10	35
7. Reparar los daños.	24	21
8. Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por la o el juzgador.	43	2
9. No ser reincidente.	40	5
10. No tener instrucción fiscal por nuevo delito.	41	4

Nota. El tipo de condición y su numeral corresponde a los establecidos en el artículo 631 del COIP.

En ningún caso se identifica que se imponga con carácter general alguna de las condiciones previstas en la norma. Las condiciones de los numerales 9 y 10 corresponden con exigencias propias de la naturaleza de la SCP que buscan evitar la reincidencia, sin embargo, existen casos en que el juzgador no las determina de forma expresa, lo que podría generar problemática en caso de que el infractor reincida o sea vinculado en una nueva instrucción fiscal, puesto que no sería exigible una conducta no ordenada o requerida.

Se identifica que las condiciones encaminadas al control del sentenciado son las que con mayor frecuencia se imponen, esto es, residir en un lugar determinado (1), no salir del país sin autorización previa (3) y presentarse periódicamente ante la autoridad designada (8), que son utilizadas en más del 80% de casos. Estas condiciones buscan mantener al infractor bajo vigilancia del sistema, convirtiéndose la suspensión en un mecanismo de supervisión penal. Otra medida de control es la determinada en el numeral 2, sin embargo, esta es utilizada solo

en 10 casos, que corresponden a aquellos en los que se identifica un mayor riesgo de la víctima o que ciertos lugares puedan ser factores de riesgo para la reincidencia.

Las condiciones establecidas en los numerales 4, 5 y 6 corresponden con medidas de rehabilitación o resocialización que buscan el tratamiento del infractor, la garantía de una fuente de ingresos, el trabajo en beneficio de la comunidad, así como la capacitación y educación del sentenciado. Las medidas de tratamiento y capacitación son empleadas en menos del 23% de casos, mientras que la exigencia de tener un trabajo, profesión, oficio, empleo, o realizar trabajo comunitario, es dispuesta en más del 60% de casos.

Finalmente, en lo referente a la reparación integral de la víctima y garantía de pago de indemnización, en 24 casos que representan el 53% de la muestra estudiada se impuso esta condición. Estos casos son fundamentalmente delitos de resultado en los que existe una víctima identificada, por ejemplo, infracciones de tránsito y delitos contra la propiedad. La determinación de esta condición le otorga a la SCP un carácter restaurativo que busca facilitar, agilizar y garantizar la reparación de los daños sufridos por la víctima.

La verificación de cómo los juzgadores imponen las condiciones a cumplirse durante la SCP permite identificar la finalidad que se le otorgaría a esta figura jurídica, siendo evidente que se caracteriza en primer lugar como una medida de control penal, luego se busca efectos restaurativos y finalmente se considera su objetivo rehabilitador o resocializador.

6.8. Plazo de suspensión.

En la práctica judicial objeto de estudio se reconoce que en el 84.4% de casos aceptados, es decir en 38 sentencias, el plazo de suspensión es igual a la pena impuesta; en 4 casos que corresponde al 8.88% los juzgadores no refieren expresamente el plazo de suspensión; y, en 3 sentencias el plazo de duración de la suspensión es menor a la pena impuesta.

La posibilidad de “pactar” el plazo, permite al juzgador acordar con el sentenciado o disponer un plazo de suspensión distinto a la duración de la pena, que puede ser mayor o menor a esta. Al no existir norma expresa sobre el plazo de suspensión este se puede adecuar a las exigencias de prevención general y especial que en cada caso concreto pueda considerar adecuadas el juzgador.

6.9. Discusión de resultados del estudio de casos

La SCP es una alternativa a la prisión centenaria, cuya creación data de inicios del siglo XX, pero que se mantiene vigente y a partir de los años setenta ha recibido mayor impulso

como mecanismo reduccionista de la prisión, otorgándole un mayor ámbito de aplicación y verificándose en la práctica un uso extendido.

La aplicación de este mecanismo alternativo significa un proceso complejo en cuanto requiere la valoración de aspectos subjetivos y conceptos indeterminados, como la peligrosidad criminal y la necesidad de ejecución de la pena; la naturaleza de la figura exige que el estudio de su aplicación requiera un análisis cualitativo de la información, por lo que la técnica de estudio múltiple de casos ha facilitado el conocimiento integral del fenómeno de estudio.

En el aspecto estadístico general se ha verificado que los juzgadores en más del 80% de casos solicitados aceptaron la aplicación de la SCP, lo cual permite considerar que en la práctica se ha asimilado favorablemente este mecanismo. Si bien la cantidad señalada da muestra de un alto porcentaje de aplicación, al considerar la totalidad de sentencias que imponen privación de libertad se constata que la SCP es reducida, pues de 2.399 sentencias condenatorias dictadas en delitos de acción pública en el cantón Quito durante el año 2019, solamente se suspendieron 203, que corresponde al 8.46%.

Desde la perspectiva de la totalidad de penas de prisión, la suspensión de penas en el ámbito estudiado es muy reducida, comparando la cifra con países con una tradición más amplia de aplicación de este mecanismo. En el caso de Alemania para el año 2003 la suspensión de penas alcanzó el 69% del total de privativas de libertad dictadas; en Francia para el mismo año se suspendió el 63.5% de penas de prisión; mientras que, en España considerando la escasa existencia de datos, de acuerdo con investigación de Cid Moliné, la suspensión alcanzó en el año 2004 el 44% (Tamarit Sumalla, 2007) y en datos más recientes Varona Gómez (2019) señala que para el año 2016 en Barcelona y Girona se suspendieron entre el 70 y 80% de penas, respectivamente.

En el análisis de la SCP de acuerdo con el delito sancionado se verifica que existe similar comportamiento en delitos de tránsito y en el resto de los delitos de acción pública, alrededor de 80% de casos son aceptados. Considerando cada tipo penal se constata que en la mayoría de los casos existe un saldo favorable, pues es mayor la cantidad de suspensiones que denegaciones. Especial mención merece el delito de tráfico de drogas, que representa el motivo de privación de libertad de una cuarta parte de la población penitenciaria, pues se aceptó la suspensión del 90% de casos solicitados; en este sentido, la SCP podría convertirse en un mecanismo especial de tratamiento del delito cometido por personas consumidoras de sustancias sujetas a fiscalización, considerando que las penas por este tipo de delitos cuando son menores a 5 años de prisión significan muy reducidas cantidades de sustancias incautadas, que generalmente corresponden a consumo personal.

En cuanto al delito sancionado y cuya pena se solicita suspender, se evidencia que en todos los delitos es mayor la cantidad de casos aceptados que denegados, lo que permite considerar que no existen sesgos o prejuicios que reduzcan la posibilidad de aplicar la SCP en algún determinado tipo penal.

Si bien no existen criterios discriminatorios respecto del delito, en algunos casos la negativa responde a la valoración genérica de la gravedad del delito, más no a las circunstancias propias del caso concreto. Esta consideración de “delitos graves” implicaría que se puedan desarrollar prejuicios que restrinjan la SCP, sin valorar la personalidad del sentenciado, así como la modalidad y gravedad concreta del delito, lo que generaría una afectación a los derechos del sentenciado.

En este aspecto es necesario partir del hecho general de que toda infracción penal tiene implícita la consideración de gravedad de la conducta por parte del legislador, pues ello motiva su tratamiento a través del poder punitivo; sin embargo, el propio legislador al prescribir la posibilidad de suspender las penas de prisión, valora que los delitos susceptibles de aplicar la SCP no representan gravedad que exija la privación de libertad, siempre y cuando la personalidad del infractor permita considerar al tratamiento alternativo como suficiente para evitar la reincidencia, sin que ello signifique impunidad.

Los resultados referentes a la información criminológica recabada permiten identificar posibles aspectos de influencia al momento de decidir la SCP. En el caso de la edad del sentenciado se verificó que la mayoría de los solicitantes son personas de entre 18 y 40 años, lo cual se corresponde con la población penitenciaria, pues generalmente se encarcela a personas en dicho rango de edad. Se verifica que a menor edad del sentenciado puede existir mayor probabilidad de suspenderse la pena, cuestión vinculada con la primariedad delictiva o la inexistencia de una carrera criminal.

En cuanto al sexo de los sentenciados no existe evidencia de que los argumentos para la decisión consideren este aspecto, sin embargo, en la fundamentación de la solicitud se reforzaría la probabilidad de lograr la suspensión recurriendo a consideraciones sociales y culturales de la mujer como eje del núcleo familiar.

En lo que se refiere a la nacionalidad del sentenciado, este elemento *per se* no es un factor negativo para acceder a la SCP, pero plantea dificultades en cuanto a la justificación de antecedentes personales, familiares y sociales, lo cual puede ser determinante para la decisión judicial. En el caso de las personas extranjeras la imposibilidad de justificar arraigos resulta en la consideración no favorable del requisito previsto en el numeral 3 del artículo 630 del COIP.

En otro aspecto, el nivel educativo no es un elemento que los juzgadores consideren para la decisión judicial, sin embargo, se verifica que en los casos negados ninguno corresponde a personas con educación superior. Al analizar la personalidad del infractor, el nivel educativo tiene incidencia en la posibilidad de conseguir o mantener empleo o actividad económica, lo que a su vez podría determinar la apreciación de riesgo de reincidencia, afectando a los sentenciado con nivel educativo más bajo.

Siguiendo con cuestiones laborales, la profesión u ocupación del sentenciado no es un factor considerado para la decisión judicial, mientras que la situación de empleo o desempleo si se tiene en cuenta para justificar el ámbito de antecedentes personales. La relación entre desempleo y delincuencia hace que este elemento pueda ser considerado como un factor negativo o desfavorable al infractor que no cuenta con una actividad económica o laboral estable, cuestión que podría generar discriminación en un país con altos índices de desempleo.

Respecto de la pena prevista y pena impuesta la información recabada permite considerar que cuando mayor es la pena menor es la posibilidad de que se la suspenda, lo cual tiene relación con la gravedad implícita del delito y la forma de comisión del mismo. Habiendo evidenciado que los jueces en el 70% de casos imponen penas mínimas, se considera que la imposición de una pena intermedia o mayor responderá a la valoración de circunstancias que llevan al juzgador a considerar mayor gravedad del hecho delictivo, cuestión que afecta a la posibilidad de dictarse la SCP.

En lo concerniente a la prisión preventiva el 22.2% de personas beneficiadas por la SCP fueron sometidos a esta medida cautelar, por lo que la eficacia de este mecanismo alternativo se reduce. En este aspecto debe existir coherencia en las actuaciones de la administración de justicia, aplicando la prisión preventiva en el marco de la mínima intervención penal, teniendo a la prisión como una medida excepcional y de ultima ratio.

En cuanto a la valoración de los requisitos previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 630 del COIP, es necesario destacar que estos elementos son de carácter objetivo y se refieren a la procedibilidad de la SCP, por lo que no permiten discrecionalidad al juzgador. La verificación de estos requisitos es realizada de forma automática, analizando la calificación jurídica del hecho que motiva la condena, en tal razón, en la totalidad de casos se verificó su cumplimiento.

Para comprobar si se cumple con el requisito previsto en el numeral 2 ibidem, en la totalidad de casos los juzgadores recurren a la revisión del sistema SATJE, en cumplimiento de la Resolución del Consejo de la Judicatura (2015), así como de lo dispuesto por la Corte

Constitucional (2019). En este sentido, se facilita al sentenciado la justificación de este requisito, reduciendo costos.

A pesar del uso de la información del sistema SATJE existen casos en que la negativa de la SCP se fundamenta en que no ha sido posible determinar el estado de otros procesos o sentencias en que esté vinculado el sentenciado, dificultad que respondería a la falta de información del referido sistema informático, lo cual no puede perjudicar al sentenciado. En aquellos casos en que la información es insuficiente, se debería requerir informes a las judicaturas correspondientes, y de ser necesario, suspender la audiencia de SCP hasta contar con la información para el análisis.

El requisito previsto en el numeral 2 tiene una configuración objetiva y es una exigencia de procedibilidad, sin embargo, es problemática la indeterminación de ciertos aspectos. En lo referente a la existencia de otra u otras sentencias, el juzgador debe verificar su vigencia, por lo que no basta con la comprobación de la existencia de otra resolución. En cuanto a la existencia de otro proceso penal en curso, esta cuestión implica vulneración de la presunción de inocencia, pues restringe el derecho a solicitar la SCP sin la existencia de la determinación de responsabilidad penal. Finalmente, en lo referente a la existencia de una salida alternativa anterior, se produce un trato desigual y discriminatorio respecto de otros sentenciados que no hayan solicitado este tipo de salidas, además de que no se determina la temporalidad de esta prohibición.

Como se advirtió en el análisis normativo de esta figura, no se puede identificar que la SCP este dirigida solamente a delincuentes primarios, teniendo la norma una confusa y ambigua redacción. Se considera que siguiendo los desarrollos y avances doctrinales el sistema de justicia ecuatoriano debe propender a ampliar el ámbito de beneficiarios, bajo la consideración de que no se realice una aplicación automática con la sola constatación de “antecedentes penales”, sino que se debe valorar su relevancia y la cancelación de antecedentes por el cumplimiento de penas y transcurso del tiempo.

En lo referente a personalidad del infractor, para justificar antecedentes personales, familiares y sociales se consideran los arraigos que el sentenciado pueda demostrar, valorando una amplia diversidad de documentos. En el 60% de casos en que se acepta la SCP no se refiere cómo se valoran estos elementos, mientras que en los casos negados no se lo hace en el 20% de sentencias. La alta cantidad de casos en que no se expresa la forma de valoración de los documentos es indicativo de que la motivación de las decisiones podría ser incompleta, cuestión que afecta la transparencia de la decisión y dificulta el desarrollo jurisprudencial del tratamiento de esta figura jurídica.

Los elementos que corresponden a la primera parte del numeral 3 están orientados a la valoración de la personalidad del sentenciado, cuestión discrecional y de alta complejidad, especialmente por la falta de información, lo que conlleva la necesaria búsqueda de mecanismos que faciliten este ejercicio. En este sentido, la práctica judicial considera cumplidos estos elementos con la justificación de arraigos del sentenciado.

Ante las limitaciones del sistema de justicia para realizar informes técnicos que valoren estos elementos, se considera que el mecanismo de “arraigos” es adecuado, pues facilita al sentenciado la contribución de información sin incurrir en mayores costos y tiempo, mientras que al juzgador le permite conocer y acceder a información personal del sentenciado que no constaba en el proceso y poder formar una idea de la pertinencia de que el sentenciado sea beneficiado con esta salida alternativa a la prisión.

Es necesario reflexionar que el sistema de verificación de arraigos debe ser flexible en consideración de circunstancias que no dependen exclusivamente del sentenciado, como el tener empleo o actividad económica, tener vínculos familiares o vínculos sociales. La exigencia de distintos elementos sin considerar un espacio de flexibilidad podría convertirse en un ejercicio discriminatorio, como se verifica en el caso 70, en el que a pesar de cumplir con todos los requisitos se niega la SCP considerando que no se ha garantizado capacidad de pago de la reparación integral.

En cuanto a los requisitos para la SCP, el último elemento a considerar es la modalidad y gravedad de la conducta, cuestión que constituye el más amplio espacio de discrecionalidad para el juzgador, pues no existen parámetros ni criterios definidos para su valoración. En este caso la valoración está encaminada a identificar peligrosidad criminal y/o riesgo de reincidencia del sentenciado, sobre el análisis de los hechos constitutivos de la infracción penal.

Se evidencia que para determinar el criterio respecto de este elemento algunos juzgadores recurren a la consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes que se han justificado en el proceso, siendo estas guía u orientación de la decisión. Así también, existen casos en que la valoración de la gravedad recurre a la consideración general de “delito grave”, sin contar con aspectos del caso en concreto. Por otro lado, en el 33.3% de casos aceptados no se explica cómo se valora este elemento, mientras que, en los casos negados no se refiere este aspecto en el 26.6% de sentencias.

En este aspecto se considera que para una debida motivación de la decisión los juzgadores deben expresamente señalar cómo lo han valorado, explicando qué criterios son indicativos de que el riesgo de reincidencia y/o peligrosidad del sentenciado influye en la determinación de la necesidad de ejecución de la pena. En tal sentido, la valoración de

atenuantes y agravantes es un mecanismo que aporta un carácter objetivo que disminuye la discrecionalidad, pues es precisamente la gravedad de la conducta el elemento que fundamenta la necesidad de ejecución de la pena en casi el 50% de los casos, lo que exige mayor responsabilidad en su valoración, justificación y explicación.

La valoración de la peligrosidad criminal y la necesidad de ejecución de la pena son aspectos conflictivos que no son debidamente explicados en las resoluciones analizadas, por lo que siguiendo a Jescheck y Weigend (2002), se puede señalar que la valoración se la realiza por “intuición” del juzgador. En ningún caso se recurrió a informes especializados, que generalmente son costosos y de difícil acceso, lo cual generaría mayor dificultad al sentenciado para solicitar la SCP. En este aspecto se debe además destacar que en Ecuador no ha existido mayor tratamiento doctrinario sobre peligrosidad criminal y riesgo de reincidencia, por lo que la adaptación de estas ideas sin una consistente investigación podría generar tratamiento discriminatorio y una exacerbada visión punitiva, siendo ejemplo de ello el agravado tratamiento que la LOR-COIP da a la reincidencia y el establecimiento de la “reincidencia administrativa”.

Ante las dificultades y limitaciones propias del sistema se considera válido y necesario que el análisis de la peligrosidad criminal se oriente por la propuesta de la jurisprudencia española, consistente en valorar primero como fase diagnóstica la gravedad “concreta” del delito, y luego en la fase pronóstica se valoren aspectos de la personalidad del infractor. Este ejercicio valorativo debe además tener en cuenta la realidad socio económica ecuatoriana, sin plantear exigencias excesivas y con un enfoque reduccionista de la prisión, por lo que sin llegar a una aplicación mecánica de la SCP su uso sea amplio, cuestión que exige además la revisión de las limitaciones a esta figura.

En cuanto a los criterios de decisión en que se argumenta la suspensión de las penas, se ha podido evidenciar que en el 36% de casos aceptados los juzgadores consideran que la SCP es un mecanismo de gestión de la criminalidad más beneficioso para el sentenciado, pues permite mayores facilidades para su rehabilitación, control y reparación del daño, siendo precisamente este el fundamento de la figura jurídica. El otro argumento que con similar porcentaje se registra considera que la gravedad del delito no requiere la privación de libertad.

Los argumentos expresados en casi el 77% de las resoluciones que suspenden las penas permiten considerar que existe una importante adaptación y aceptación de esta figura jurídica, priorizando criterios de prevención especial positiva a criterios de prevención general, que si bien presenta estadísticamente una aplicación aceptable requiere el fortalecimiento de procesos y capacitación para mejorar su aplicación.

En cuanto a los casos en que se negó la aplicación de la SCP el 44% corresponde a cuestiones de procedibilidad, abandono y desistimiento, cuestiones formales en que no existe necesidad de valorar aspectos criminológicos; mientras que, en los casos en que se valoró estas cuestiones la gravedad del delito tiene el mayor porcentaje. La argumentación respecto de estos elementos no es adecuada, pues se recurre en ocasiones a criterios de gravedad genérica del delito, justificando la decisión en función de la finalidad preventiva de la pena e incluso de evitar la impunidad, argumentos que no encuentran fundamento en un sistema penal garantista.

Respecto del plazo de suspensión, se identifica que el criterio principal para su determinación es el tiempo de la pena impuesta, lo cual encuentra lógica y razón en cuanto el periodo de vigilancia y control se limita al mismo que hubiera sido en privación de libertad, sin ampliar el control del sistema penal, observando esta práctica como adecuada para evitar oposición a la aplicación de la SCP y facilitar su adopción.

En cuanto a la identificación de las condiciones que se imponen en la SCP, los resultados permiten considerar que a esta figura se le asigna primordialmente una finalidad de control, manteniendo al infractor ubicado y supervisado durante el periodo de prueba, disponiendo en pocos casos medidas de rehabilitación y resocialización.

A partir de la actualización normativa de la SCP en el año 2014 esta alternativa a la prisión ha venido tomando mayor interés e incidencia, siendo motivo de importantes debates. El fomento de la aplicación de esta figura jurídica requiere de mayor interés de la academia, a través de investigaciones que faciliten información actualizada y verificada para comprobar sus alcances y efectos, buscando reducir en la mayor cantidad posible el uso de la prisión.

7. Conclusiones

Finalizado el desarrollo del estudio propuesto se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. En el aspecto teórico se considera que el garantismo penal es un adecuado fundamento para justificar un sistema alternativo a la prisión, que participe de mecanismos menos punitivos y que priorice el tratamiento de penas en comunidad. En este sentido, la mínima intervención penal como principio del garantismo justifica la suspensión de ejecución de las penas, principio que es reconocido por la legislación ecuatoriana.
2. Para un modelo de penas alternativas el sistema *proporcionalista* destaca como la mejor opción para la gestión de la criminalidad, pues adecua penas distintas a la prisión de acuerdo con la gravedad de los actos delictivos, estableciéndolas como penas principales que deben ser observadas e impuestas de forma obligatoria, siendo respuestas distintas al delito.
3. La suspensión condicional de la pena es un mecanismo de política criminal “intermedio” entre el sistema punitivo y un sistema de penas alternativo, que tiene radical importancia en ordenamientos que no han superado la visión de la prisión como pena principal y prioritaria, pues no rompe el esquema punitivo, pero permite una gestión del delito más humanitaria, logrando desvirtuar críticas y allanando el camino a las penas no privativas de libertad.

Esta figura jurídica encuentra importancia en tanto evita a cierto tipo de infractores el contagio criminal y padecer los efectos negativos del encierro, siendo una herramienta de política criminal que permite romper el círculo de violencia y reproducción delictiva, cuestión que abona en gran medida a la prevención del delito.

4. La caracterización de la criminalidad en Ecuador permite identificar la existencia de factores sociales que inciden en el delito, tales como desempleo, pobreza, inequidad, desintegración familiar y bajos niveles educativos; estas cuestiones configuran un medio proclive a la delincuencia, por lo que se requiere de mecanismos de política criminal que aborden estas problemáticas sociales y no tengan a la prisión como la única respuesta al delito.
5. Las cifras de delincuencia registrada en el año 2019 dan cuenta de que más del 50% de delitos denunciados corresponden a infracciones contra la propiedad, así también, existe una importante cantidad de delitos de tránsito y otros delitos con penas menores a cinco

años y que son susceptibles de suspensión condicional de la pena, por lo que esta figura jurídica es un mecanismo con alto potencial de aplicación.

6. La configuración normativa de la pena y la penalidad en Ecuador permite verificar que la prisión es la principal respuesta al delito, pues es la pena prevista para el 95% de infracciones, dejando un espacio residual a las penas alternativas. Esta constatación de la penalidad establece a la SCP como un mecanismo importante para evitar la prisión ante la prohibición de sustitución de penas y la mínima previsión de penas no privativas de libertad, siendo la herramienta político criminal con mayor posibilidad de reducir el encarcelamiento.
7. La gestión de la criminalidad en el año 2019 en el cantón Quito permite identificar que en los tipos de delitos que se prevé mayor aplicación de mecanismos alternativos, los usuarios muestran amplia aceptación por estas salidas no punitivas, siendo una circunstancia favorable para la SCP.

En cuanto a delitos acción penal privada, el 75% de casos han sido resueltos mediante conciliación; en los delitos de tránsito la aplicación de mecanismos alternativos (conciliación, SCP, principio de oportunidad) alcanza casi el 70%; y, en el resto de los delitos de acción penal pública, en los que el ámbito de aplicación de mecanismos alternativos es más reducido, estos alcanzan un 26%.

8. La situación penitenciaria en Ecuador muestra un sistema en constante crisis, evidenciada en el acelerado crecimiento de la población penitenciaria, hacinamiento, condiciones inadecuadas de habitabilidad y violencia carcelaria, factores que configuran a la prisión como un lugar de reproducción criminal y escasa posibilidad de cumplir con su función rehabilitadora.

La caracterización de la población penitenciaria da muestra de una importante cantidad de personas que cumplen penas cortas de prisión, las cuales en un sistema de aplicación amplio de la SCP hubieran podido evitar su encierro, reduciendo la población penitenciaria, por lo que esta figura jurídica es una herramienta importante para el descongestionamiento de las prisiones y la disminución de la violencia carcelaria.

9. De la determinación normativa de la SCP se verifica que tiene un amplio ámbito de aplicación, pues es procedente en delitos con penas previstas de hasta 5 años, es decir que es aplicable en el 62.4% de infracciones penales previstas en la legislación, por lo que su potencial como mecanismo reduccionista de la prisión es amplio.

Si bien el legislador ha planteado un amplio ámbito de aplicación, este ha sido disminuido por la Corte Nacional de Justicia en su calidad de intérprete de la Ley, pues ha

restringido la suspensión de penas impuestas en contravenciones, delitos de acción privada y procedimiento abreviado. En este último caso la limitación significa la disminución de un 73% del ámbito de aplicación. En la práctica estas interpretaciones han limitado de forma importante la posibilidad de aplicar este mecanismo alternativo, por lo que su revisión es una necesidad urgente.

- 10.** Las disposiciones referentes a posibles beneficiarios de la SCP son confusas y ambiguas, no se puede considerar que es un mecanismo aplicable solamente a delincuentes primarios. La indeterminación de aspectos referentes a sentencia vigente, proceso en curso y salida alternativa anterior genera dificultad en la valoración de este requisito de procedibilidad, dificultad que significa disminución de la posibilidad de aplicación de esta figura.
- 11.** La valoración de requisitos subjetivos, esto es, personalidad del infractor, gravedad y modalidad del hecho delictivo, representa la mayor complejidad al momento de la decisión judicial, pues no existen parámetros para el análisis, recurriendo a la experiencia y conocimiento del juzgador, cuestión que reduce la aplicación de este mecanismo.

La práctica judicial ha impuesto mecanismos de valoración de estos requisitos. En el caso de la personalidad se recurre a la verificación de arraigos del infractor, sin realizar un análisis de probabilidad de reincidencia, siendo solamente constatación de arraigos. Para valorar la gravedad y modalidad del delito en la mayoría de los casos se recurre a la verificación de atenuantes y agravantes, cuestión que aporta objetividad a este análisis, pero existen también consideraciones de gravedad genérica del delito y de visión de la SCP como forma de generar impunidad.

- 12.** El criterio sobre la necesidad de ejecución de la pena recae principalmente en la gravedad de la conducta, es decir en un análisis diagnóstico de la peligrosidad criminal que considera los hechos constitutivos de delito, sin reflexionar el análisis pronóstico de la personalidad del infractor. Esta forma de valoración se considera válida en tanto aborde la gravedad “concreta” del delito y no recurra a criterios de gravedad genérica del tipo penal.
- 13.** La decisión sobre SCP es resuelta en un balance preventivo de la pena, considerando efectos de prevención general y prevención especial positiva, verificándose que los juzgadores se orientan a dar mayor importancia a la prevención especial, teniendo a la SCP como un mecanismo de gestión de casos no graves y que representa menor afectación al sentenciado.
- 14.** Las decisiones sobre SCP no cuentan en todos los casos con una fundamentación y motivación completa que explique y justifique la razón de la valoración de cada requisito y cómo esto influye en la decisión, lo cual podría generar la afectación de derechos del

infractor o de la víctima, disminuyendo la capacidad de justificar la decisión y desvirtuando la necesidad e importancia de este mecanismo alternativo a la prisión.

- 15.** De conformidad con las condiciones impuestas en los casos de suspensión de pena se considera que la SCP se caracteriza como una medida de control y supervisión penal, que arbitra limitaciones y restricciones a ciertos derechos del sentenciado, con la finalidad de evitar la reincidencia. Es importante también el uso de esta figura para lograr el cumplimiento de medidas de reparación integral; mientras que la finalidad de “rehabilitación” del infractor solamente es asumida en pocos casos.
- 16.** Se considera necesario que el Estado a través del Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social o los jueces de garantías penitenciarias, establezca mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la SCP, realizando además estudios de su aplicación y eficacia, lo cual permitirá a los juzgadores contar con parámetros objetivos para la decisión de suspender las penas.
- 17.** Es imperativo que la Corte Nacional de Justicia revise las interpretaciones que ha realizado sobre la aplicación de la suspensión condicional de la pena, de manera que se armonice con el espíritu del legislador y la vigencia de un sistema de justicia penal orientado por la mínima intervención, con la finalidad de que este mecanismo cumpla verdaderamente una función amplia de reducción de la prisión, cuestión que es requerida con urgencia ante la constatación de un sistema penitenciario en constante emergencia.

8. Referencias bibliográficas

- Andrés Pueyo, A. (2013). Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. *Neurociencias y Derecho Penal*, 484-503.
- Araújo Neto, F. (2009). *La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión*. (Tesis doctoral, Universidad de Granada) Recuperado el 20 de marzo de 2020 de <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/2172/17847679.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ávila Santamaría, R. (2018). La política criminal en el gobierno de la “revolución ciudadana”: del garantismo al punitivismo. *Revista IURIS*, 1(17), 29-56. Recuperado el 5 de diciembre de 2019 de <https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/2414>
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- Becker, H. (2014). *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*. 1ª ed. 3a reimpr. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Benito Durá, M. (2009). *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Buvinic, M., Morrison, A. y Orlando, M. (2005). Violencia, crimen y desarrollo social en América Latina y el Caribe. *Papeles de población*, 11(43), 167-214. Recuperado el 20 de marzo de 2020 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252005000100008
- Campoverde Sánchez, D. (2019). Análisis longitudinal de homicidios intencionales en el sistema penitenciario de Ecuador. Trabajo no publicado.
- Cancio Melia, M. y Feijoo Sánchez, B. (Ed.). (2008). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Navarra: Aranzadi.
- Cardenal Montraveta, S. (2015). Función de la pena y suspensión de su ejecución. *InDret*, (4), 1-33.
- Carranza, E. (2009). Criminalidad, criminalización, y cárcel en la globalización, en América Latina y en los países de altos ingresos. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (1), 481-481. Recuperado el 25 de marzo de 2020 de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12644/11899>

- Cea D'Ancona, M. (1996). Metodología cuantitativa: Estrategias y técnicas de investigación social. Madrid: Editorial Síntesis.
- Cervelló Donderis, V. (2014). Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, No. 106, 2014, pp. 44-62.
- Cervelló Donderis, V. (2016). *Derecho Penitenciario*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- Cesano, J. (2003). De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 36(108), 863-889. Recuperado el 09 de abril de 2020 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000300003&lng=es&tlng=es
- Chetty S. (1996). The case study method for research in small- and médium – sized firms. *International small business journal*, vol. 5, octubre – diciembre.
- Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E. (Coords.). (1997). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- Clemmer, D. (1940). *The prison community*. New York: Rinehart and Winston
- Coller Porta, X. (2000). Cuadernos metodológicos: Estudio de casos, Madrid: CIS.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2011) *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser (Vol. 2). L.
- Consejo de la Judicatura del Ecuador (2020). Sentencias penales dictadas a nivel nacional en el año 2019. [Base de datos]. Información entregada a requerimiento para la investigación.
- Corporación Latinobarómetro. (2015). Resultados por sexo y edad. Ecuador 2015. Recuperado el 5 de mayo de 2020 de <http://www.latinobarometro.org/latCodebooks.jsp>
- Corporación Latinobarómetro. (2016). Resultados por sexo y edad. Ecuador 2016. Recuperado el 5 de mayo de 2020 de <http://www.latinobarometro.org/latCodebooks.jsp>
- Corporación Latinobarómetro. (2017). Resultados por sexo y edad. Ecuador 2017. Recuperado el 5 de mayo de 2020 de <http://www.latinobarometro.org/latCodebooks.jsp>
- Corporación Latinobarómetro. (2018). Resultados por sexo y edad. Ecuador 2018. Recuperado el 5 de mayo de 2020 de <http://www.latinobarometro.org/latCodebooks.jsp>
- Crespo Pérez., F. (2007). Construcción y validación de la escala para medir prisionización. Caso Venezuela: Mérida, 2006. *Capítulo Criminológico*, 35(3), 375-407. Recuperado el 20 de abril de 2020 de https://www.researchgate.net/profile/Freddy_Crespo/publication/28226441_Construccion_y_validacion_de_la_escala_para_medir_prisionizacion_Caso_Venezuela_Merida

[2006/links/573b2c9508ae9ace840ea01e/Construccion-y-validacion-de-la-escala-para-medir-prisionizacion-Caso-Venezuela-Merida-2006.pdf](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6121243)

- Crespo Pérez, F. (2017). Efectos del encarcelamiento: una revisión de las medidas de prisionización en Venezuela. *Revista Criminalidad*, 59 (1): 77-94. Recuperado el 17 de marzo de 2020 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6121243>
- Crespo Pérez, F. y Bolaños González, M. (2009). Código del preso: acerca de los efectos de la subcultura del prisionero. *Capítulo criminológico*, 37(2), 53-75. Recuperado el 20 de abril de 2020 de https://www.researchgate.net/profile/Freddy_Crespo/publication/41003598_Codigo_d_el_preso_acerca_de_los_efectos_de_la_subcultura_del_prisionero/links/573b2ad308ae298602e44cb9/Codigo-del-preso-acerca-de-los-efectos-de-la-subcultura-del-prisionero.pdf
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, DPE. (2018). Informe No. DPE-MNPT-2018-024-I. Recuperado el 10 de mayo de 2020 de <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2355/1/AD-DPE-007-2019.pdf>
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, DPE. (abril del 2019). *Informe sobre situaciones violentas registradas en casos de privación de libertad*. Recuperado el 10 de mayo de 2020 de <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2372>
- Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. doi: [10.4067/S0718-43602011000100009](https://doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009)
- Eisenhardt, K. M. (1989). Building Theories from Case Study Research, *Academy of Management Review*, 14 (4): 532-550.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). Garantismo penal. *Isonomía*, (32), 209-211. Recuperado el 24 de abril de 2020 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&tlng=es
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI
- Franco Izquierdo, Mónica. (2017). La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal español: cuestiones controvertidas a las que se enfrentan los tribunales de justicia en su aplicación. Tesis Doctoral. Universidad del País Vasco.
- García Albero, R. (2015). La suspensión de la ejecución de la pena, en *Comentario a la Reforma Penal de 2015* (director y coordinador: Quintero Olivares, G.). Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 143-171.

- García San Martín, J. (2012). *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid.
- García Valdés, C. (1974). *Hombres y cárceles: historia y crisis de la privación de libertad*. Editorial Cuadernos para el Diálogo.
- García Valdés, C. (1982). *Estudios de Derecho Penitenciario*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Giacoaia, G. y Hammerschmidt, D. (2012). *La cárcel. La experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas*. Lisboa: Juruá.
- Goffman, E. (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu
- González Zorrilla, C. (1997) Suspensión de la pena y probation. En Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoan, E. *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- Greco, R. (2010). *Derechos Humanos, crisis de la prisión y modelo de justicia penal*. (Tesis doctoral, Universidad de Burgos). Recuperada el 20 de abril de 2020 de <https://riubu.ubu.es/bitstream/handle/10259/145/Greco.pdf?sequence=2>
- Institute for Criminal Policy Research. (2018). *World Prison Population List*, Twelfth edition. Recuperado el 10 de mayo de 2020 de https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wtpl_12.pdf.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2011a). Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Inseguridad. Recuperado el 4 de mayo de 2020 de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Victimizacion/Presentacion_principales_resultados.pdf
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2011b). Encuesta de Estratificación del Nivel Socioeconómico NSE 2011. Recuperado el 04 de mayo de 2020 de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Encuesta_Estratificacion_Nivel_Socioeconomico/111220_NSE_Presentacion.pdf.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2015). Encuesta de condiciones de vida ECV 2013-2014. Recuperado el 4 de mayo de 2020 de [https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/ECV/ECV_2015/documentos/150411%20ResultadosECV%20\(2\).pdf](https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/ECV/ECV_2015/documentos/150411%20ResultadosECV%20(2).pdf).
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2019a). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo ENEMDU. Recuperado el 04 de mayo de 2020 de

- https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Diciembre/201912_Mercado_Laboral.pdf.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2019b). Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres, ENVIGMU. Recuperado el 4 de mayo de 2020 de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2020a). Proyecciones poblacionales 2010-2020. Recuperado el 4 de mayo de 2020 de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/proyecciones-poblacionales/>.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, INEC. (2020b). Estadísticas de Seguridad Integral: Delitos de mayor connotación psicosocial. Recuperado el 4 de mayo de 2020 de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/justicia-y-crimen/>.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002) *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. Granada: Comares, S.L.
- Jiménez de Asúa, L. (1956). *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV. 2da. Ed. Buenos Aires: Losada.
- Kant, I. (2002). Fundamentación para una metafísica de las costumbres, ed. de R. *Rodríguez Aramayo*. Madrid: Alianza.
- Kliksberg, B. (2002). El crecimiento de la criminalidad en América Latina: un tema urgente. *Multiciencias*, 2(2), 85-91. Recuperado el 01 de abril de 2020 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90420201>
- Larrauri Pijoan, E. (1991). Las paradojas de importar alternativas la cárcel en el derecho penal español, *Derecho Penal y Criminología*, 13(43), 139-158. Recuperado el 20 de abril de 2020 de https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/dpenkrim13&div=12&g_sent=1&casa_token=HXav_KF5vVMAAAAA:Fri-vaBP5Hkuw3oPgBeDuR22JTX5-nS0trtAfZalfiTGDJdAYFk0yXDkay1LkvXGvJt5Lkbv
- Larrauri Pijoan, E. (1997). La reparación. En Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E. (Coords.). *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch.
- Lazarsfeld, P. (1973). De los conceptos a los índices empíricos. Metodología de las ciencias sociales, 1.

- López Gastón, R. (2015). *Reacciones penales innecesarias en un modelo de derecho penal mínimo*. Buenos Aires: B de F Ltda.
- Manzanos Bilbao, C. (1998). Salir de prisión: la otra condena. *Revista de servicios sociales*, (35), 10. Recuperado el 20 de abril de 2020 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2698837.pdf>
- Maqueda Abreu, M. (1985). *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Martínez Carazo, P. C. (2011). El método de estudio de caso: Estrategia metodológica de la investigación científica. *Revista científica Pensamiento y Gestión*, (20).
- Martínez Garay, L. y Montes Suay, F. (2018). El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias. *Indret*. Recuperado el 13 de julio de 2020 de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/337780/428576>.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. 7ª reimpresión. Barcelona: Reppertor.
- Muñiz, H. (1992). Revisión literatura de penas alternativas a la reclusión. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 27(1), 175-viii. Recuperado el 20 de abril de 2020 de https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vjuriprc27&div=15&g_sent=1&casa_token=&collection=journals.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. (2019). *Resumen Ejecutivo del Informe Global sobre Homicidio*. Recuperado el 06 de mayo de 2020 de https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum_spanish.pdf
- Organización de Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A(III).
- Organización de Naciones Unidas. (1955). Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (Reglas Nelson Mandela).
- Organización de Naciones Unidas. (14 de diciembre de 1990) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Resolución 45/110.
- Pérez Cepeda, A. y Benito Sánchez, D. (2012). Estudio de los instrumentos existentes para medir la delincuencia. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 18, 4. Recuperado el 20 de abril de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf>
- Rafecas, D. (2006). Una aproximación al concepto de garantismo penal. Buenos Aires: Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 20 de abril de 2020

de

http://repositorioubasibbi.uba.ar/gsd/collect/pderecho/lecciones/index/assoc/HWA_1449.dir/1449.PDF.

- Redondo Illescas, S. (2008). Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD). *Revista española de investigación criminológica*, 6, 1-53. Recuperado el 20 de abril de 2020 de <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/34>.
- Ríos Martín, J., Rodríguez Sáez, J. y Pascual Rodríguez, E. (2015). *Manual Jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*. Granada: Comares.
- Rivera Beiras, I. (2010). Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal “Nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales. *Criterio Libre Jurídico*, 7(2). Recuperado el 25 de abril de 2020 de <http://190.143.117.186/index.php/rclj/article/view/688>
- Rodríguez Magariños, F. y Nistal Burón, J. (2015). *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Saad Diniz, E. y Boudoux Salgado, A. (2018). Violencia y victimización como costos sociales de la pobreza y de la desigualdad en Latinoamérica. *Revista de Victimología*, (7), 47-76. doi: 10.12827/RVJV.7.02.
- Salinero Echeverría, S., Morales Peillard, A., y Castro Morales, A. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Política criminal*, 12(24), 786-864.
- Sánchez Escobar, C. (2010). Pena, castigo y prevención en la sociedad actual: de la pena privativa de libertad a las alternativas de la pena. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (2), 101-101. Recuperado el 20 de abril de 2020 de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12562/11808>
- Sanhueza, G., Smith, M. y Valenzuela, V. (2015). Victimización física entre internos en cárceles chilenas: una primera exploración. *Revista de trabajo social*, (88), 61-73. Recuperado el 10 de abril de 2020 de <https://www.researchgate.net/publication/318987062>
- Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (16 y 17 de diciembre del 2019). Situación del sistema penitenciario en Ecuador. En *Taller: Las medidas cautelares personales y el hacinamiento penitenciario*. Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

- Servicio Nacional de Atención a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores (2020). *Personas Privadas de Libertad Presentes por Infracción y Sexo* 31 de diciembre de 2019 [Base de datos]. Información entregada a requerimiento para la investigación.
- Sozzo, M. (2014). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, 1(1), 88-116. doi: 10.17141/urvio.1.2007.1055
- Tamarit Sumalla, J. (2007). Sistema de sanciones y política criminal: un estudio de Derecho comparado europeo. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2007, núm. 9 (6), p. 1-40.
- Téllez Aguilera, A. (2015). El Libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 114, pp. 1-18.
- Trajtenberg, N. y Sánchez de Ribera, O. (2019). Violencia en instituciones penitenciarias. Definición, la medición y la explicación del fenómeno. *Revista de Ciencias Sociales*, 32(45), 147-175.
- United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC. (2013). *Global Study on Homicide 2013*. United Nations publication.
- Varona Gómez, D. (2019). La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, (17), 12.
- Villacampa Estiarte, C., Torres Rosell, N. y Luque Reina, M. (2006) *Penas alternativas a la prisión y Reincidencia: Un estudio empírico*. Navarra: Aranzadi.
- Von Liszt, F. (1914). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid. Hijos de Reus Editores.
- Yin, R. K. (1989). *Case Study Research: Design and Methods, Applied social research Methods Series*. Newbury Park CA, Sage
- Zaffaroni, E. (2018). *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Quito: El Siglo.

Referencias legales

- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (09 de marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (9 de diciembre de 2019). Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 17.
- Comisión Jurídica de la República del Ecuador. (22 de enero de 1971). Código Penal. Registro Oficial No. 147.
- Consejo de la Judicatura del Ecuador. (12 de octubre del 2015). Resolución 318: De la información judicial individual. Registro Oficial No. 616.
- Jefatura de Estado de España. (23 de noviembre de 1995). Ley Orgánica 1/1995, Código penal. BOE No. 281
- Jefe Supremo de la República del Ecuador. (22 de marzo de 1938). Código Penal. Registro Auténtico 1938.
- Presidencia de la República del Ecuador. (29 de septiembre de 2014). Decreto Ejecutivo 461. Reglamento para Concesión de Indulto, Conmutación o Rebaja de Penas. Registro Oficial Suplemento 351.
- Presidencia de la República del Ecuador. (13 de diciembre de 2018). Decreto Ejecutivo 560. Registro Oficial Suplemento 387.

Referencias jurisprudenciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de septiembre de 1996). Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia sobre reparaciones y costas. párr. 56.
- Corte Constitucional del Ecuador. (28 de agosto de 2019). Sentencia No. 7-16-CN/19. Registro Oficial Edición Constitucional No. 21.
- Corte Nacional de Justicia. (6 de mayo de 2015). Absolución de consulta. Oficio No. 667-15-SG-CNJ.
- Corte Nacional de Justicia. (6 de abril de 2016). Resolución No. 2-2016. Registro Oficial Suplemento 739.
- Corte Nacional de Justicia. (18 de abril de 2018a). Resolución 03-2018: Trámite de consultas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes y formulación de anteproyectos de leyes y reformas legales. Registro Oficial No. 224
- Corte Nacional de Justicia. (5 de septiembre de 2018). Resolución No. 9-2018. Registro Oficial Suplemento 347.
- Corte Nacional de Justicia. (13 de septiembre de 2018). Absolución de consulta. Oficio No. 1101-P-CNJ-2018
- Corte Nacional de Justicia. (13 de septiembre de 2018). Absolución de consulta. Oficio 1103-P-CNJ-2018.

Corte Nacional de Justicia. (10 de diciembre de 2019). Absolución de consulta. Oficio No. 953-P-CNJ-2019.

Corte Nacional de Justicia. (20 de diciembre de 2019). Absolución de consulta. Oficio No. 1001-P-CNJ-2019.

Corte Nacional de Justicia. (20 de diciembre de 2019). Absolución de consulta. Oficio No. 1004-P-CNJ-2019.

9. Anexos

Anexo 1. Matriz de recogida de datos

Se muestran las columnas de las distintas variables incorporadas en la matriz de recogida de datos construida para aplicar la técnica de estudio de casos. Por el volumen y el formato no se puede incorporar íntegramente la matriz en este documento, pero es agregado en la versión digital. El trabajo escrito finaliza aquí, siendo el anexo un documento digital.

No.	ID. CASO	EDAD	SEXO	PROFESIÓN	EDUCACIÓN	NACIONALIDAD

DELITO	ART	PENA PREVISTA Años-meses	PENA IMPUESTA Años-meses	PRISIÓN PREVENTIVA	JUEZ/TRIBUN AL	CONCEDE SCP SI/NO	EN SENTENCIA/ AUTO

REQUISITO 1 Pena menor a 5 años	REQUISITO 4 Delito restringido	REQUISITO 2 Otra sentencia	REQUISITO 2 Proceso curso	REQUISITO 2 S. alternativa	REQUISITO 2. Que documentos considera	REQUISITO 2 Cómo valora

REQUISITO 3 Antecedentes personales	REQUISITO 3 Antecedentes familiares	REQUISITO 3 Antecedentes sociales	REQUISITO 3 Qué documentos considera	REQUISITO 3 Cómo valora

REQUISITO 3 Modalidad delictiva	REQUISITO 3 Gravedad del hecho	REQUISITO 3 Cómo valora	NECESIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	ELEMENTO QUE DEFINE LA NECESIDAD DE EJECUTAR LA PENA

CRITERIO DE DECISION	CRITERIO DECISIÓN UNIFICADO (INVESTIGACIÓN)	REQUISITOS QUE NO CUMPLE	CONDICIONES impuestas	Cantidad condicio.	PLAZO SUSPENSIÓN