

LA HISTORIA DE LEGISLACIÓN PENAL: UN ACERCAMIENTO A LA EVOLUCIÓN DEL CASTIGO EN EL ECUADOR

Autor: Santiago Morales Morales, Ab.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Ambato

Resumen

Sujetarse a los nuevos paradigmas vistos desde la doctrina penal en el mundo al parecer es una tendencia que desencadena una especie de fiebre dogmática en los cuerpos legales constituidos como fundamentales, no obstante la jerarquía de los Estados (constitucionalmente organizados) hace de esto un caballo de batalla donde se vislumbra dos antecedentes que no hay que dejarlo a un lado, pues la corriente dialéctica así nos influye, y esto es:

- a. El componente histórico, libre y radical que más que una negación viene a ser un fenómeno antropológico que está en el ADN social, y;
- b. La receta para influir en una sociedad que está buscando un mejor comportamiento de sus agregados: sean naturales, jurídicos o no humanos.

Desgraciadamente la historia jurídica en el Ecuador no fue ese detonador clásico que se habría visto como el hito de la historia clásica universal, si nos vamos al lado jurídico el error va de la mano con la influencia de sociedades jurídicamente estructuradas y sus cuerpos legales acorde a sus necesidades, frente a un Ecuador Republicano en cuyos primeros pasos está escrito un verdadero concierto recopilatorio de errores y aciertos de una justicia prestada.

Palabras clave: Constitución, Prisión, Régimen Democrático, Humanismo, Escuelas, Positivismo, Derechos Humanos.

Summary

To be subject to the new paradigms seen from the criminal doctrine in the world apparently is a tendency that triggers a kind of dogmatic fever in the legal bodies constituted as fundamental, nevertheless the hierarchy of the states (constitutionally organized) makes of this a horse of Battle where two antecedents glimpsed that it is not necessary to leave it aside, because the dialectic current thus influences us, and this is: to. The historical, free and radical component that more than a denial comes

to be an anthropological phenomenon that is in the social DNA, and;
B. The recipe to influence a society that is looking for a better behavior of its aggregates: whether natural, legal or non-human. Unfortunately legal history in Ecuador was not that classic detonator that would have been seen as the landmark of universal classical history, if we go to the legal side the error goes hand in hand with the influence of legally structured societies and their legal body according to His needs, in front of a Republican Ecuador in whose first steps is written a true concert compilation of errors and successes of a borrowed justice.

Keywords: Constitution, Prison, Democratic Regime, Humanism, Schools, Positivism, Human Rights.

I. Introducción

En un acercamiento más efectivo hacia la política penal, solo basta describir los códigos primarios: el primero del 14 de abril de 1837 de Vicente Rocafuerte; el segundo, publicado el 3 de noviembre de 1871 durante el gobierno de Gabriel García Moreno; el tercero, dispuesto por Antonio Flores Jijón, el 4 de enero de 1889; el cuarto, producto de la Revolución Liberal liderada por el General Eloy Alfaro y que se oficializó el 18 de abril de 1906; y, el quinto, publicado el 22 de marzo de 1938 durante la presidencia de Alberto Enríquez Gallo; lo curioso para empezar es que todos estos códigos fueron impulsados por la necesidad de gobiernos más de iniciativas legislativas peor aún populares.

II. Desarrollo

Estado del Arte y la Práctica

2. 1837, los primeros ensayos de la ley penal

Fundamentalmente, este Código promulgado en el período presidencial de Vicente Rocafuerte, muestra ese afán de establecer un ordenamiento social que vaya acorde a un sistema Republicano naciente, que imprime su fortaleza en el dogma de lo escrito y ensayado pero no de lo vivido; es así que en similitud a sus textos matrices (Código “Rocco”, el argentino, etc.), curiosamente divide a las penas que se impondrán en la República de los

siguiente forma:

Represivas	Correctivas	Pecuniarias
1.- La de muerte. 2.- La de extrañamiento del territorio de la República. 3.- La de obras públicas. 4.- La de presidio.	1.- La de reclusión en una casa de trabajo, cuando las haya. 2.- La de prisión en una cárcel o fortaleza. 3.- La de confinamiento en un pueblo o distrito determinado. 4.- La de destierro temporal en un pueblo o distrito determinado. 5.- La de inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada. 6.- La privación de empleo, profesión o cargo público. 7.- Suspensión de los mismos. 8.- El arresto. 9.- La de ejecución a la vigilancia de las autoridades. 10.- La satisfacción. 11.- El apercibimiento. 12.- La represión judicial 13.- La corrección en alguna casa de esta clase. 14.- La fianza de buena conducta. 15.- La interdicción de los derechos de ciudadano	1.- La multa. 2.- La pérdida de algunos efectos, cuyo importe se aplique como multa. 3.- La indemnización de daños y perjuicios, y pago de costas judiciales

Fuente: tomado de Lexis – Código Penal 1837

Como se observa, la formalidad de cómo enfrentar el desajuste social por medio de mecanismos de cohesión acordes a la época muestra esa política prevencionista que ya hablaré más adelante pero también resalta una forma de introducir derecho y garantías; hay que tomar en cuenta que cincuenta años atrás ya se había promulgado en Filadelfia la Constitución de los Estados Unidos y dicha tendencia ya surgía sus efectos en el Continente Americano primero con las luchas independentistas y luego con la construcción de constituciones acordes a los derechos humanos primitivos (no desarrollados) y otras maneras de administración de justicia en desarrollo al principio pro - homine.

La pena de muerte es un tema muy peculiar en este Código, tal y como se lo señala el psicólogo Michel Foucault¹ en su obra Vigilar y Castigar sobre la

¹ Michelf Foucault.- Fue un historiador de las ideas, psicólogo, teórico social y filósofo francés. Fue profesor en varias universidades francesas y estadounidenses y catedrático de Historia de los sistemas de pensamiento en el College de France (1970-1984) en reemplazo de la cátedra de Historia del pensamiento filosófico que ocupó hasta su muerte Jean Hyppolite. El

conducta de los Estados en materia correctiva:

“ (...) he aquí, pues, un suplicio y un empleo del tiempo. No sancionan los mismos delitos, no castigan el mismo género de delincuentes. Pero definen bien, cada uno, un estilo penal determinado. Menos de un siglo los separa. Es la época en que fue redistribuida, en Europa y en los Estados Unidos, toda la economía del castigo. Época de grandes "escándalos" para la justicia tradicional, época de los innumerables proyectos de reforma; nueva teoría de la ley y del delito, nueva justificación moral o política del derecho de castigar; abolición de las viejas ordenanzas, atenuación de las costumbres; redacción de los códigos "modernos": Rusia, 1769; Prusia, 1780; Pensilvania y Toscana, 1786; Austria, 1788; Francia, 1791, Año IV, 1808 y 1810”.

Esta economía del castigo, memorial del siglo XVII al XIX, ve claramente que la represión es un punto ciego frente a la sanción castigadora, ejemplificadora y prevencionista, tómesese en cuenta la ejecución al condenado a muerte aquí en la República, se indica que: *“el condenado a muerte sufrirá la del garrote²”* en este caso y prosigue con una salvedad que hace alusión y dice: *“hasta que este método de ejecución sea perfeccionado, todavía seguirá existiendo la ejecución por medio de las armas”*; el punto de reflexión está en preguntarnos: ¿Cuál es la diferencia entre a ejecución por garrote y ejecución por armas? al parecer salta la respuesta más lógica: *“espectáculo”*.

Ahora bien, la siguiente pregunta es: ¿por qué existía este método de ejecución y por qué casi todos los Estados que fueron colonias Europeas y específicamente Españolas adoptaron este procedimiento?; no está por demás tomar la respuesta más pragmática pues al ser un procedimiento adoptado desde el medio evo europeo hasta el siglo XX (tómese en cuenta

12 de abril de 1970, la asamblea general de profesores del College de France eligió a Michel Foucault, que por entonces tenía 43 años, como titular de la nueva cátedra. Su trabajo ha influido en importantes personalidades de las ciencias sociales y las humanidades. https://es.wikipedia.org/wiki/Michel_Foucault

² El mecanismo del «garrote», en su forma más evolucionada, consistía en un collar de hierro atravesado por un tornillo acabado en una bola que, al girarlo, causaba a la víctima la rotura del cuello. La muerte del reo se producía por la dislocación de la apófisis odontoides de la vértebra axis sobre el atlas en la columna cervical. <http://www.defensacentral.com/ustedpregunta/categoria/historia/que-fue-el-garrote-vil/>

que la última ejecución por guillotina y en público fue el 10 de septiembre de 1977 en Francia) se convirtió en un regente histórico y cultural, pero al parecer la respuesta es más amplia, pues la sincronía de valores que componen una sociedad están adheridos a patrones sociales, culturales y políticos que más de una vez sobresaltan en las normativas o reacciones ad libitum de las sociedades, sin embargo hay quienes apuestan lo contrario y utilizan el referente clásico de los preceptos históricos o dialécticos para justificarlo, sin embargo esto se dispondría bajo la perspectiva que de una sociedad de organismos contruidos por necesidades materiales e inmateriales lo único que busca es la construcción de cultura o tendencias culturales “ejemplares”, acorde a las tesis evolucionistas del siglo XIX de Auguste Comte³, que luego fue tratada como fuente de los tres estadios principales del desarrollo cultural de los grupos humanos:

- a. Salvajismo,
- b. Barbarie y
- c. Civilización.

Solo con detallar el proceso nos damos cuenta de lo dicho, que más que un proceso de ejecución es un concepto cultural basado en el ritual:

“Art. 13 (Código Penal 1837 - Ecuador) ...Si después de dada la sentencia que cause ejecutoria, y antes o después de haberse notificado al reo, muriere este, natural o voluntariamente, su cadáver será expuesto al público, en el atrio o la puerta de la cárcel por tres horas, poniéndose encima del féretro el cartelón de que habla el artículo 15 (...). Art. 15 (Código Penal 1837) La ejecución se hará sobre un cadalso, o tablado sencillo, pintado o forrado de negro, el cual se elevará en alguna plaza o sitio público proporcionado para muchos espectadores. En la parte superior

³ Augusto Comte: En ese contexto se formularon los estadios evolutivos de autores como el estadounidense Lewis Morgan (1818-1881) y el británico Edward Burnett Tylor (1834-1917), quienes, con algunos matices diferenciales plantearon la existencia de tres estadios principales en el desarrollo cultural de los grupos humanos, denominados de menor a mayor nivel de desarrollo: salvajismo, barbarie y civilización. La aplicación de este esquema se popularizó por otros teóricos, como Friedrich Engels en su obra “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado”. Somos hijos de la guerra p.p. 118

del banquillo en que se sentará el reo, y de modo que quede sobre la cabeza de este, se pondrá un cartelón, que con letras grandes y legibles, anuncie su nombre, patria, vecindad, delito cometido, y la pena, que por él se le impone...”.

En Foucault predominaba el concepto de que el castigo tenderá a convertirse en la parte más oculta del proceso penal, lo cual lleva consigo varias consecuencias:

- a. La de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta.
- b. Se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible;
- c. Es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen;
- d. La mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes.

Entonces se podría establecer que desde un origen ¿el sentido de la justicia está totalmente divorciado de la ejecución penal?, veamos sus efectos:

3. EL CAMINO A UN PARADIGMA PENAL ESTÁNDAR

Se conoce que en el año de 1884 fue la última ejecución dispuesta legalmente en el Ecuador⁴ e históricamente se tiene el dato que consta la abolición de la pena de muerte de manera definitiva en la Constitución de 1906⁵; destaca un avance significativo cuando se hace referencia a la inviolabilidad de la vida, lógicamente exceptuada la pena capital y por consiguiente se le atribuye un nuevo sentido de ver las cosas desde el punto de vista sancionatorio y penal; esto es, que luego de pasar por legislaciones penales como la de 1837, 1871 y

⁴ Amnistía Internacional.- informe 2006, más de la mitad de los países en el mundo han abolido la pena de muerte. Ecuador 1906.

⁵ Constitución de la República del Ecuador de 1906.- La situación del país en 1906 se encontraba dividida en dos bandos irreconciliables: el alfarismo y el placismo. Esta escisión política causó muchos males, durante medio siglo. Como era necesario legalizar la nueva situación política, fue convocada la Asamblea Constituyente, Alfaro resultó nombrado Presidente Constitucional de la República la misma que fue conocida como la Carta de Liberal.

1889 en donde no solamente se hablaba de pena de muerte, si no de crecientes tendencias justiciables y esporádicas por la adopción de procedimientos “*cruelles y extraños*” como así lo define el profesor Ramírez Morell, al referirse a los procedimientos utilizados en Estados Unidos como lo fue en Salem - Masachusets, que se justificaban nada más y nada menos los acervos sociales de aquella época para crear un tipo de justicia por cada interacción social que fuese sometida al criterio popular.

Es así que este efecto guarda congruencia en lo que fue o existe y que en algún momento adoptamos y desarrollamos, es decir el avance descrito desde 1906 en el Ecuador por ejemplo en conceptos como el respeto a la vida, el debido proceso, un desarrollo más profundo de la legalidad, la tipicidad, hacen que la situación tome un rumbo apartado de la tendencia universal pero nuevamente recayendo en ese eslabón perdido que es el de desarrollarnos basados en una realidad propia sin embargo esto representa ya un avance significativo, en definitiva casi medio siglo después de que Beccaria⁶ instruyera sobre el humanismo, esto nos hace tomar en cuenta que todo lo que gira a través del derecho humano está sometido a un sinfín de estándares dogmáticos, legislativos y de ejecución que no depende de los Estados sino de la Comunidad Mundial que adopta este sistema, nótese claramente la tendencia de tutela en el Ecuador, si hacemos un recuento veremos que la política penal evoluciona por medio de tendencias, sin embargo hay que tomar en cuenta los distractores de la corriente evolutiva del siglo pasado y cuál es su producto final.

¿Una ley que contenga la amenaza de una pena es una ley penal?

⁶ Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, Milán, 1738- id., 1794.- Jurista y economista italiano, autor del célebre tratado De los delitos y de las penas (1764), obra que vino a representar los puntos de vista oficiales de la Ilustración en el terreno jurídico y que ejercería una gran influencia en las reformas penales posteriores. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/beccaria.htm>

En 1937 se publica uno de los Códigos Penales que tuvo un largo periodo de vigencia por su innovación en el Ecuador, su logro está en la incorporación de nuevos preceptos básicos de la escuela clásica penal⁷, esto es componentes basados en: control, prevención de crimen, estudio de los grados de riesgo, estudio de los grados de impacto o conmoción social y tratamiento.

Desde el punto de vista objetivo el fundamento de la prevención está en lo se detalló con anterioridad, infundir el cierto tipo de conciencia social un tipo de “miedo” que ha criterio particular viene a ser una construcción masiva de nuevos estándares de comportamiento humano, y al decir esto no estamos siendo austeros con lo que ya trataba Jeremy Betham⁸ al indicar que la fijación de las penas “*definidas y rigurosas*” están dirigidas en mayor sentido al ambiente psicológico que ocasiona una pena antes que el placer que supera al delito.

Se ve entonces que el avance en esta materia se da por establecer una forma clara de cómo sancionar el actuar promisorio de las personas según lo que en conocimiento tienen y los factores que influyen directamente en el cometimiento de un delito, es decir los reflejos de la escuela Positiva (Italia) y Ecléctica, se ven más cercanos desde un punto de vista específico y no generalizado, a más que el criterio va más allá del espíritu de los legisladores como fuente de los comunes pues ya deja de ser necesidad social si no política de protección.

Es entonces que la prevención comienza a jugar un papel preponderante,

⁷ Escuela clásica.- Es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción a la venganza y a la antigua forma de ver el Derecho Penal. Se propuso la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder dominante del Estado. Los representantes de esta corriente y que dieron origen a la misma son: Ferri como creador, Carrara como el máximo exponente clásico, además de Giandoménico Romagnossi, Pellegrino Rossi, Hegel, Giovanni Carmignani, entre otros (Amuchategui Requena, 2005, p. 6).

⁸ Jeremy Bentham intentó que hubiera una relación más precisa entre castigo y delito. Bentham creía que el placer podía ser medido en contraste con el dolor en todas las áreas de la voluntad y de la conducta humana. Argumentaba que los criminales dejarían de cometer dichas conductas si conocieran el sufrimiento específico al que serían sometidos si fueran aprehendidos. Bentham pedía la fijación de penas definidas y rigurosas para cada clase de crimen, de tal forma que el dolor de la pena superará sólo un poco el placer del delito. Este pequeño exceso sería suficiente para resultar sugerente de una forma eficaz, pero no tanto como para resultar una crueldad gratuita por parte de la sociedad. Esta equivalencia de placeres (crímenes) y dolores (encierro/cárcel) estaba basado en postulados psicológicos. <http://www.nuevoslibros.com.ar/index.php> (p.4)

sin embargo con fundamentos un poco discutibles como la generalidad del conocimiento sancionador (*dar por hecho que toda la sociedad conozca el resultado de un crimen es paradójico y disminuye el sentido de defensa*) salta un concepto más complejo para desarrollarlo o tal vez para rediseñarlo, como es el del “*garantismo*”, que sin lugar a duda es la piedra angular que conjuga la metodología que frecuenta establecer al derecho penal como una receta más tolerable para los ciudadanos, si el objetivo es alcanzar un sistema de justicia social claro está.

Uno de los regentes curiosos de la antigua práctica penal era que en Grecia consideraba al desconocimiento del delito por parte de los ciudadanos como una atenuante que deslindaba toda responsabilidad, acotación llevada a cabo pues la evolución de nuestra legislación penal nuevamente puede estar sujeta en un criterio erróneo de aplicación, y esto radica en que tratamos de corregir y avanzar de la mano de una realidad muy alejada de nuestros registros sociales, pues claramente nos podemos dar cuenta cuando vemos el actual lineamiento penal a través de la integralidad (Código Orgánico Integral penal) pues lo que se tiende a buscar es sostener el criterio que todas las situaciones dogmáticas, sustantivas y adjetivas, deben estar conectadas unas con otras, pero es que acaso la sociedad ecuatoriana desde su origen también estaba sujeta a dicha reforma en el sentido más participativo?, la pregunta es negativa desde todo punto de vista y es por eso que mientras más compleja sea una ley penal más susceptibles son los ciudadanos para cometer un delito.

III. Resultados

Prevenir vs. Garantizar

Teniendo en cuenta éste concepto conviene por último detallar dos hipótesis que adquieren fuerza por medio de la percepción conductual de las personas:

- a. Para desarrollar el método de prevención, obligatoriamente debemos desarrollar un imaginario que va desde el justificativo y desarrollo de un delito hasta su forma de castigarlo desde el punto

de vista reparatorio.

- b. Sancionarlo conlleva un análisis más profundo en el concepto del derecho del Estado para juzgar, pues como se dijo los estándares de la política penales y su economía sobrepasan los criterios internos y se convierten tendencias de los sistemas de justicia (interamericana, europeo, norteamericano, etc.).

IV. Conclusiones

En conclusión, este repaso breve de la evolución penal en el Ecuador solo deja sobre la mesa las siguientes observaciones:

Tómese en cuenta que desde 1837 la generación de doctrina penal no ha podido ser estructurada desde verdaderos criterios acordes de la situación social de la República; en la actualidad solo se puede observar que hay intentos que repercuten en determinadas doctrinas como son:

- a. Las de la responsabilidad penal en personas jurídicas,
- b. Los criterios de la legalidad adjetiva y sustantiva (aun cuando se desarrolló en los afamados casos de Núremberg).
- c. Modificaciones sobre la temporalidad y jurisdicción,
- d. Mejor desarrollo de la participación de los delitos,
- e. La tipología de procedimientos,
- f. Respeto a la autonomía sancionadora de la Jurisdicción Penal indígena,
- g. Descripción de derechos a los sujetos procesales,
- h. Ajustes constitucionales.

Sin embargo, de lo distinguido en esta lista, la situación no es óptima en todo sentido. De lo estudiado, cabe decir que en el criterio más próximo al desarrollo de la humanización de las penas hasta el garantismo total todavía distan de estructurado en materia de procedimiento y ejecutabilidad; el prevencionismo se ha instaurado en el Estado Ecuatoriano como uno de los fundamentos más claros de la política penal y esto ha dejado un lado todo instinto de desarrollo a una práctica propia, así pues diríamos que hemos evolucionado, solo nos hemos adaptado a otro sistema más complejo y peligroso.

En tal sentido, no cometer un delito es una cuestión de cultura o de comportamiento social, esto resta importancia al de considerar que todo sujeto de derecho pueda cometerlo; técnicamente viene a ser una formalidad discutible pues ¿en qué se diferencia el propósito de colgar el cadáver de un criminal ejecutado en una plaza pública y ahora en poner penitenciarías al costado de la carretera (vista pública), publicitar operativos policiales e invadir con noticias de crónica roja a una sociedad y sus formas de juzgamiento.

Referencias Bibliográficas:

Código Orgánico Penal Integral, Suplemento - Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Quito Ecuador.

Ecuador. Leyes y decretos. (2014). Código orgánico integral penal. Concordancias, tabla comparativa, legislación Conoxa y comentarios doctrinarios. Ecuador: CEP

Constitución de la República del Ecuador – Decreto Legislativo Registro Oficial 449 de 20 oct. 2008 - Última modificación: 13-jul-2011 Estado: Vigente

Foucault, Michel - FOU Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión.- 1a, ed.- Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. 314 p.; (Nueva criminología y derecho) Traducción de: Aurelio Garzón del Camino - ISBN 987-98701-4-X

Beccaria Cesare, Tratado de los Delitos y las Penas.

Hurtado Pozo, José. Derecho penal y pluralidad cultural: anuario de derecho penal 2006. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

Jurisprudencia penal: parte general. Argentina: El Cid Editor apuntes, 2014.

La crisis del derecho penal contemporáneo. España: Editorial Atelier, 2010.

Cobo del Rosal, Manuel. Justicia penal democrática y justicia justa: reflexiones. España: Dykinson, 2011.

Carrara, F. y Ortega Torres, J. (2004). Programa de Derecho Criminal. 1e. Colombia: Temis.

Albán Gómez, Ernesto. 1989. Manual de derecho penal ecuatoriano. 13E.
Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Franco Loor, Eduardo. 2011. Fundamentos de derecho penal moderno. 1E.
Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Herrero Herrero, C. (s.f). Hacia un derecho penal equilibrado: plataforma
razonable de política criminal. 1e. España: Madrid
Depósito Legal: M-7822-2015 Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/20199>

Informe de Philip Alston, relator de la ONU, sobre Ecuador - Julio 20, de
2010, Recuperado:
https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr&ei=kzatVbrZMpODrAbUwYHgAQ&gws_rd=ssl#q=phillip+alston+ecuador