Quito, 15 de enero de 2019

Sr. Dr. Efrén Guerrero

Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE-Quito

Presente.-

De mi consideración:

Alex Valle Franco, docente de filosofía de derecho de la Facultad de Jurisprudencia, tutor designado para la dirección de tesis del alumno **FELIPE RODRÍGUEZ ESTÉVEZ** de cédula 1722972872, estudiante egresado de esta casa de estudios, quien realizó su trabajo escrito con el tema **"ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS JURÍDICO DOGMÁTICAS ENTRE LA REHABILITACIÓN SOCIAL Y LA TEORÍA DE LA PENA EN EL ECUADOR"**, me permito informar:

1.- La disertación reúne los requisitos de forma y de fondo exigidos por la Pontificia Universidad Católica para ser aprobada.

2.- La calificación que se impone el trabajo es de DIEZ sobre DIEZ (10), dada su calidad tanto en contenidos como de forma.

3.- Se sugiere la publicación del trabajo del señor Felipe Rodríguez.

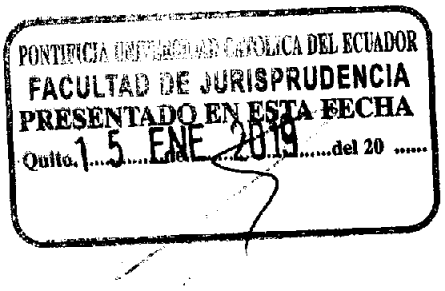
4.- Nómbrese los lectores del trabajo de tesis y proceda a continuar con los trámites regulares pertinentes para la titulación del mencionado estudiante.

Por la atención que se sirva dar a la presente, anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,

Dr. Alex Valle Franco PhD. Mg. Msc.

Docente de Filosofía de Derecho PUCE



Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

Quito, 25 de enero de 2019

Señor Doctor
Freddy Proaño Egas
Secretario Abogado, Facultad de Jurisprudencia
Presente.

De mi consideración

El motivo de la presente es informarle que de acuerdo a su instrucción constante en oficio 0032-SJ-2019, se ha procedido a atenta lectura y análisis de la disertación escrita realizada por el señor Felipe Rodríguez Estévez, titulada *"ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS JURÍDICO-DOGMÁTICAS ENTRE LA REHABILITACIÓN SOCIAL Y LA TEORÍA DE LA PENA EN EL ECUADOR"*. Sobre el contenido de la disertación me permito hacer los siguientes comentarios y calificación, que usted puede encontrar la tabla siguiente:

Parámetro	Pregunta Guía	SI	NO	Desarrollo de la respuesta
Estructura General	1. ¿El tema de la disertación se ajusta a los requerimientos de la Facultad de Jurisprudencia[1]?	X		El estudiante propone en su disertación un análisis crítico del concepto de rehabilitación social desde la doctrina, apuntando que)al menos en el caso ecuatoriano), su situación teórica ha sido limitado como un mecanismo de aplicación de la pena, por lo que el propósito del *ius puniendi* del Estado se construye, como propone el estudiante, desde categorías que podemos apuntarlas en autores como Bourdieu y Foucault, incluyendo elementos como la bio y la necro política. Frente a esa situación, el estudiante propone generar una norma independiente, tanto filosóficamente como en términos de política pública de la rehabilitación social co0mo base de una mejora de la calidad de la vida de los PPL y una posibilidad de disminución de la reincidencia. Este ejercicio académico se mantiene dentro de los requerimientos de la Facultad, ya que logra identificar instituciones jurídicas y valora su uso en escenarios de alta complejidad con relaciones entre instituciones de Derecho Constitucional, el Derecho Penal y la Filosofía del Derecho. Se celebra el esfuerzo de el estudiante para concretar conceptos tan disímiles en un tema de alta actualidad y con poca experiencia en el Ecuador.
	2. ¿El título del texto es adecuado?	X		El título es completo y contiene las variables utilizadas en el análisis.
	3. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento o sobre el área que trata?	X		Considero que el estudiante ha trabajado uno de los temas de mayor actualidad y necesidad de resolución en el plano del Derecho Penal ecuatoriano: la necesidad de repensar y reformar el sistema de ejecución de penas y rehabilitación social. Desde el caso *Tibi vs. Ecuador*, que a pesar de ser el caso fundacional de la línea jurisprudencial sobre reforma del sistema penal y rehabilitación social en el Ecuador no está citado en la tesis, hay la necesidad de mejorar el sistema penal para ajustarlo a los estándares supuestos en el Estado de Derechos y Justicia. Al respecto, considero que el estudiante debe profundizar en los siguientes elementos para que su actuación en el examen oral de grado sea cumplido de forma eficiente: a. Incluir los estándares que nacen del caso Tibi vs. Ecuador de la Corte IDH. b. Tener en cuenta los estándares de la Corte Constitucional en el caso de la reparación penal y del concepto de "rehabilitación", dado que como intérprete

[1] Según el reglamento de Régimen Académico del CES (art. 21.3) la titulación de pregrado incluye "la fundamentación metodológica y la integración de aprendizajes que garanticen un trabajo de titulación directamente vinculado con el perfil de egreso que contribuya al desarrollo de las ciencias, las tecnologías, las profesiones, los saberes y las artes".
Guía de análisis:
Las disertaciones presentadas en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben demostrar, de acuerdo a los objetivos de la carrera, que el estudiante sea capaz de:
a. Identificar instituciones jurídicas.
b. Analizar el funcionamiento y la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.
c. Valorar los hechos, fenómenos y problemas jurídicos- sociales dentro de las normas y demás fuentes del Derecho.
d. Juzgar los mecanismos de solución y exigibilidad más adecuados para su pretensión.
e. Asumir el rol del abogado en la sociedad a la luz de los valores éticos y cristianos.

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador -- Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

				autorizado de la Constitución nos obliga a tenerlas como elementos de interpretación insustituibles. c. Se habla en todo el curso de la tesis de política públicas, como solución al proceso, sin explicar el nivel de articulación, sy contrucción y su evaluación a la luz del sistema de Derechos y Justicia. d. No se tiene en cuenta el alcance importante de la reflexión de derecho comparado sobre la rehabilitación social. Revisar por ejemplo, los sistema de países con alta población carcelaria y su trasfondo filosófico, tiene varias consecuencias. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/2017/cj_policies_list.pdf . e. No existe un modelo metodológico que explique *cómo o por qué* llega la conclusión establecida en el texto. Dada la complicación sugerida en la disertación es vital que se explique en el examen grado la metodología de análisis.
	4. ¿Existe concordancia entre las diferentes secciones del texto?	X		El texto se encuentra articulado y desarrollado de forma completa.
	5. ¿El contenido del texto es comprensible para el/la lector(a)?	X		El texto tiene un ritmo de lectura adecuado y su contenido mantiene el nivel requerido por la Facultad de Jurisprudencia
Argumentación y uso de Herramientas Jurídicas	6. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad social y jurídica materia del texto?	X		El estudiante ha sabido sortear por una discusión jurídico-política de gran calado con soltura y altura técnica.
	7. ¿Se incluye una hipótesis coherente o problema de investigación que fue realizado correctamente en el desarrollo del texto?	X		El problema de investigación se encuentra incluido y desarrollado.
	8. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema?	X		Se encuentra la literatura avanzada y básica en el tema.
	9. ¿Existe argumentación jurídica correcta y cumple las reglas mínimas de la hermenéutica?	X		No se propone un apartado metodológico, aunque se incluye en la sección 4.
	10. ¿El estudiante es capaz de	X		Todo el documento es consecuencia de un trabajo minucioso por parte de el estudiante.

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador – Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

	incluir pensamiento propio?			
	11. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?	X		Existe coherencia en el aparato metodológico realizado por el estudiante.
	12. ¿Las conclusiones son claras y están relacionadas con el contenido del trabajo presentado?	X		Las conclusiones son claras y actualizadas en relación con el contenido del trabajo.
Forma y Presentación	13. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?	X		Se cumplen las reglas de estilo, forma y gramática solicitadas por la PUCE.
	14. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas por la PUCE[2]?	X		

Considerando los antecedentes, se informa que, en mi calidad de evaluador par de este trabajo, debería asentarse una nota de 9 puntos.

Atentamente,

Efrén Guerrero Salgado.

28 ENE 2019

[2] De acuerdo con las reglas de la PUCE, se sugiere que se utilice el formato del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf. 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador – Sudamérica
Correo electrónico: rnutamur@gmail.com

Quito, 14 de febrero de 2018

Dr. Freddy Proaño

Secretario Abogado

Facultad de Jurisprudencia

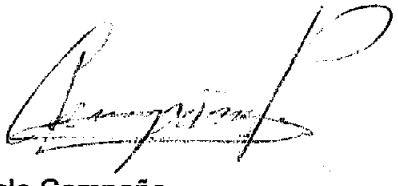
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

De mi consideración:

En mi calidad de Profesor Informante me permito adjuntar el informe sobre la Disertación de Abogacía titulada: "Análisis de las Diferencias Jurídico Dogmáticas entre la Rehabilitación Social y la Teoría de la Pena en el Ecuador".

Dicha disertación, previa a la obtención del título de Abogado y escrita por el estudiante Felipe Rodríguez Estévez, tiene una calificación de 8 sobre 10 puntos.

Muy atentamente,



Pablo Campaña

Profesor Informante

Informe sobre la Disertación de Abogacía Titulada "Análisis de las Diferencias Jurídico Dogmáticas entre la Rehabilitación Social y la Teoría de la Pena en el Ecuador"

La referida disertación analiza la congruencia entre las normas jurídicas constitucionales sobre rehabilitación social con la realidad que viven las personas privadas de la libertad. Simultáneamente, enfoca críticamente la pertinencia de que este campo sea considerado por fuera de las categorías analíticas de la dogmática penal.

Observaciones

Hacer un análisis jurídico de la rehabilitación social tiene pertinencia porque existe una paradoja. Por un lado, la Constitución reconoce a las personas privadas de la libertad como grupo de atención prioritario. Sin embargo, el populismo penal crea un ambiente propicio para que las normas jurídicas secundarias restrinjan sus derechos fundamentales. Otro mérito de la disertación, tiene que ver con la argumentación teórica de la necesidad de que la reflexión sobre la rehabilitación social salga del ámbito exclusivamente penal. Efectivamente, para que exista una congruencia con el ánimo de que las personas detenidas logren reinsertarse en la sociedad es menester una reflexión jurídica basada en principios que estimulen su mejorar psicológica y física.

En los mejores pasajes de la disertación están aquellos en que el estudiante expone su conocimiento sobre la teoría de la pena. Tiene la capacidad de exponer de qué forma se ha justificado la pena en el sistema punitivo de una forma teóricamente compleja, bastante completa e ilustrativa. Es también un aspecto positivo que la disertación haga un análisis conceptual y abstracto que se despliega en el texto. Finalmente, también quiero destacar el uso de teoría social crítica que raramente es usada en investigaciones jurídicas. Eso refleja un ánimo intelectual crítico y atrevido.

La principal objeción que tengo es con el método lakatiano que propone en la introducción. En primer lugar, no existe en el inicio de la disertación una descripción detallada y explicativa de qué se trata el método, ni de su justificación. Luego, la alusión al método parece desaparecer IV en donde se lo vuelve a mencionar (sin una descripción clara nuevamente). Por esta misma razón, es difícil sostener que los capítulos tienen unidad.

En segundo lugar, no logra hacer un ensamble de distintas teorías satisfactorio. Por ejemplo, el autor hace referencia a las teorías constitucionales contemporáneas que proponen que la norma constitucional tiene que ser seguida coherentemente en el sistema jurídico. Pero el autor se lamenta de que en la práctica existe una incoherencia entre esas normas constitucionales sobre rehabilitación social con las normas secundarias y con trato que reciben las personas privadas de la libertad. Hasta aquí el argumento es aceptable.

Sin embargo, el autor plantea que esa incoherencia estaría provocando la puesta en práctica de tecnologías biopolíticas. Esta comprensión de la biopolítica es errada. La biopolítica es más intensa en la medida en que las normas jurídicas no tienen contradicción con la realidad. Es decir, que la biopolítica considerada que el reconocimiento de los individuos como sujetos con derechos, permite al Estado definir las subjetividades a través de regulaciones. En la medida en que son más efectivas las regulaciones existe más biopolítica.

Esto es interesante: mientras que para los juristas garantistas la falta de cumplimiento de la norma (constitucional) es un problema, para los teóricos como Agamben la falta de cumplimiento de cualquier norma indica que todavía la realidad se escapa del Estado. Que ese poder no es tan absoluto. Por esa razón, Agamben afirma que las declaraciones de derechos deben ser vistas como momentos en que "se alcanza la soberanía estatal"[1].

En aspectos formales vale destacar que existe una buena redacción, ortografía y estilo. Sin embargo, existen muchas ideas repetidas a lo largo del texto. Esto último refleja deficiencias a la hora de organizar los capítulos.

Calificación

Por las razones aquí expuestas, la disertación tiene la calificación de 8 sobre 10 puntos.

[1] G. Agamben, *Homo Sacer, Sovereingn, Power and Bare Live:* 1998, 128.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

"ANÁLISIS DE LAS DIFERENCIAS JURÍDICO DOGMÁTICAS ENTRE LA REHABILITACIÓN SOCIAL Y LA TEORÍA DE LA PENA EN EL ECUADOR".

FELIPE RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

DIRECTOR: DR. ALEX IVÁN VALLE FRANCO, PH. D

SAN FRANCISCO DE QUITO, AÑO 2018

DEDICATORIA:

A mi abuela, Isabel Villegas, por ser el pilar fundamental y mi guía en los campos de la justicia. Hasta que mi paso por el tiempo, la naturaleza y los pueblos nos vuelvan a encontrar.

A mi madre, Anita Estévez, por su dedicación y constancia dentro de mi formación como ser humano y profesional.

A mi padre, Lautaro Rodríguez, por enseñarme la importancia de la disciplina y la constancia dentro de la vida.

A mi tía, Teresa Estévez, por participar activamente dentro de mi proceso de formación profesional y no permitirme rendirme.

AGRADECIMIENTO:

A mi director, Dr. Alex Valle, por ser un referente de la lucha contra el paleo positivismo en los campos de la justicia.

A mi maestro, Dr. Efrén Guerrero, por las jaladas de orejas y sus invaluables aportes dentro de mis años de universidad.

Al head coach, Dr. Adrián Corvalán, por haberme enseñado el valor del amor propio dentro y fuera de la cancha.

A mis amigos: Alejandro, Samuel, Rosa, Sebastián, Páliz, Katherine, Michelle, Yisus, Álvaro y Spartako, por el constante apoyo y su amistad. Entre los grandes nos mantendremos siempre en alto.

RESUMEN:

La rehabilitación social, como fenómeno de estudio, ha sido reducida desde la dogmática penal para ser incorporada dentro de la norma punitiva. Esta incorporación teórica ha propiciado la equivocidad conceptual entre la teoría de la pena y la rehabilitación social al punto de generar vulneraciones de derechos dentro del marco constitucional de derechos y justicia que maneja el Ecuador estableciendo marcos necropolíticos de actuación dentro del estado de derechos. La presente disertación pretende esclarecer la naturaleza de la rehabilitación social como fenómeno jurídico independiente del Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como los efectos vulneratorios de derechos que se han suscitado en el contexto de la rehabilitación social.

ABSTRACT:

Social rehab as a study phenomenon, has been limited from criminal dogmatic to be incorporated into punitive rule. This theoric incopotation has propitiated the conceptual equivocation between penalty theory and social rehab to the point of generate violations of rights into the constitutional framework of rights and justice of Ecuador, establishing necropolitics frames of action within the state.

The present dissertation pretends to clarify the nature of social rehab as juridical phenomenon self-dependent of criminal law in ecuadorian criminal system, also the infringement effects of rights which have arisen in the context of social rehab.

Tabla de contenidos

Introducción 1

CAPÍTULO I.	**LA REHABILITACIÓN SOCIAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO .....**	**4**
1.1	Naturaleza y alcance de la rehabilitación social.....	4
1.1.1	Conceptualización de la rehabilitación social como fenómeno jurídico desde la sociología	4
1.1.2.	Naturaleza de la rehabilitación social como fenómeno jurídico	6
1.1.3.	Conceptualización de la rehabilitación social como fenómeno aprehensible de estudio desde la fenomenología de Husserl	7
1.1.4	Racionalización y alcance de la rehabilitación social a partir de la aprehensión gnoseológica de los fenómenos sociales	11
1.2.	Estructura jurídica: Institución social e institución jurídica	13
1.2.1.	Rehabilitación social como institución social	13
1.2.2	Rehabilitación social como institución jurídica	16
CAPÍTULO II.	**REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EL ECUADOR .....**	**23**
2.1.	Rehabilitación social desde el Derecho Internacional	25
2.1.1.	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos	28
2.2.	Reglas mínimas sobre el tratamiento de reclusos conforme el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	32
2.2.1.	Marco de actuación del Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	33
2.3.	Rehabilitación social en el ordenamiento jurídico interno	36
2.3.1.	Política criminal ecuatoriana ante el fenómeno de la Rehabilitación Social	47
CAPÍTULO III.	**DIVERGENCIA ENTRE LA TEORÍA DE LA PENA Y LA REHABILITACIÓN SOCIAL .....**	**56**
3.1.	Teoría de la pena	56
3.1.1.	Fundamento criminológico de la teoría de la pena	58
3.1.2.	Naturaleza de la teoría de la pena	59
3.1.2.1.	Teorías absolutas de la pena	60
3.1.2.1.1.	Expiación	61
3.1.2.1.2.	Retribución	63
3.1.2.2.	Teorías relativas de la pena	66
3.1.2.2.1.	Prevención general	67
3.1.2.2.1.1.	Prevención general negativa	68
3.1.2.2.1.2	Prevención general positiva	69
3.1.2.2.2.	Prevención especial	70
3.1.2.2.2.1.	Prevención especial negativa	71
3.1.2.2.2.2.	Prevención especial positiva	72
3.1.2.3.	Abolicionismo penal	73
3.1.3.	Configuración de la Teoría de la Pena según el Estado de derechos y justicia	75

3.1.4	Teoría de la pena como garantía del contrato social	79
3.2	Rehabilitación social	82
3.2.1	Categorización de la rehabilitación social	83
3.2.2	Instituciones de la rehabilitación social provenientes de la realidad social	86
3.2.2.1.	Centro de Rehabilitación Social	86
3.2.2.2.	Persona Privada de la Libertad	90
3.3.	Análisis teórico de la Teoría de la Pena en contraste con la Rehabilitación Social como instituciones jurídicas independientes	93
	a) Origen	93
	b) Objeto	94
	c) Fin	94
3.4.	Análisis de las tecnologías biopolíticas y necropolíticas del sistema de rehabilitación social en el Ecuador	96
3.4.1.	Fundamento filosófico de la biopolítica	97
3.4.2.	Fundamento filosófico de la necropolítica	99
3.4.2.1.	Necropolítica en el sistema de rehabilitación social del Ecuador	102
3.4.2.1.1.	Funciones necropolíticas homicidas	104
3.4.2.1.2.	Funciones necropolíticas no homicidas	104
CAPÍTULO IV.	**EL EJEMPLO Y CONTRAEJEMPLO DE LA REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR**	107
4.1.	Análisis conjetural de la normativa ecuatoriana de rehabilitación social a partir del discurso	108
4.2.	Modelo de rehabilitación social ecuatoriano desde el plano intersubjetivo de la realidad social	109
4.2.1.	Disonancia entre la configuración kantiana de la norma y la realidad social	111
4.2.2.	Vulneración a la dignidad humana	112
4.2.3.	Vulneración de Derechos Fundamentales	113
4.2.4	La rehabilitación social como teoría de la pena	115
4.3	El contraejemplo global del discurso de la rehabilitación social como finalidad legitimadora de la pena	117
4.3.1	La teoría de la pena es una construcción jurídica estrictamente punitiva	117
4.3.2.	La rehabilitación social es una institución independiente de los marcos normativos punitivos	118
4.3.3.	La rehabilitación social es una institución independiente al sistema penal	119
4.3.4.	El discurso manejado por la teoría de la pena recae sobre la legitimidad de la punibilidad	120
4.4.	Propuesta: Determinación de la Rehabilitación Social en un cuerpo normativo independiente	120
Conclusiones		124
Bibliografía		126

Tabla de abreviaturas

ONU: Organización de las Naciones Unidas

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

SIDH: Sistema Interamericana de Derechos Humanos

SNRS: Sistema Nacional de Rehabilitación Social

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CRE: Constitución de la República del Ecuador

MJDHC: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

INREDH: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos

CEPRS: Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social

SMR: Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos

UNECOSOC: Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas

OEA: Organización de Estados Americanos

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

RMN: Reglas Nelson Mandela

INTRODUCCIÓN

La presente disertación tiene la finalidad de establecer las diferencias sustanciales entre la rehabilitación social y la teoría de la pena como instituciones jurídicas distintas dentro del marco constitucional de derechos y justicia.

En este sentido, dentro de las construcciones dogmáticas del mundo jurídico, las instituciones penalmente relevantes han determinado discursos normativos legitimadores o deslegitimadores de la actividad punitiva estatal. Estos discursos han establecido elementos propios como la disciplina, el trabajo, la educación y otros ajenos a la realidad punitiva del país.

Dentro de estos medios externos a la rehabilitación social encontramos a la incorporación de uniformes como medida disciplinaria así como la división de personas privadas de la libertad dentro de pabellones, por cuanto dentro de la legislación ecuatoriana se los ha asimilado como elementos conceptuales de la rehabilitación social.

Por lo anteriormente mencionado, la rehabilitación social se determina como una institución parte del Derecho Penal, propia de la teoría de la pena en un precario intento de racionalización de la actividad punitiva del Estado generando una equivocidad conceptual (Zaffaroni, 2002, pp.3-5) entre rehabilitación social, pena y Derecho Penal.

Estas conceptualizaciones de la rehabilitación social, de índole kantiana, han penetrado dentro del discurso jurídico estableciendo marcos de protección en relación a la dignidad humana de los individuos (Kant, 2007, pp.29-31). En este contexto neo kantiano, el marco constitucional de derechos y justicia ecuatoriano establece a las personas privadas de la libertad como grupos de atención prioritaria por cuanto la situación de encierro genera una suspensión de derechos de la cual el Estado es directamente responsable ("Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, Serie C No.112., 2004, párr.152).

En la presente disertación se analizará parte del fenómeno generador de norma, en el cuál el legislador ecuatoriano, mediante aprehensiones gnoseológicas (Lambert, 2006, pp.519-521), ha determinado jurídica y conceptualmente la necesidad de establecer a la

rehabilitación social como parte del cuerpo normativo de índole punitiva imperante en el Ecuador, con la finalidad de establecer una aparente conexidad de materias dentro del Derecho Positivo. Esta conceptualización de carácter jurídico obedece a la precarización de conceptos de la sociología y la filosofía, eliminando la distinción objetiva entre la teoría de la pena y la rehabilitación social.

En tal virtud, dentro de la presente disertación se analiza el límite formal y material entre el Derecho Penal y la rehabilitación social ante el marco constitucional de derechos y justicia para garantizar la rehabilitación integral de las personas privadas de la libertad. En este nuevo marco constitucional ha sido menester el cambiar el enfoque punitivista del estado por cuanto el crecimiento del poder punitivo ha permitido que el Estado en ejercicio del *ius imperium* genere mecanismos no reconocidos de regulación de la vida en la sociedad, generando vulneraciones de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) a los individuos. Esta biotecnología ha determinado discursos legitimadores de muerte dentro de la realidad social mediante el uso de instituciones sociales (Mbembe, 2006, pp.29-30).

Al haberse circunscrito el fenómeno de la rehabilitación social dentro del marco punitivo se procederá a analizar brevemente la conceptualización de dicho fenómeno dentro de la vida republicana del Ecuador y la interacción de los elementos conceptuales de la misma. En este contexto, la determinación de la persona privada de la libertad como concepto ideológicamente fundamentado (Mathiesen, 2003, p.51) ha determinado el marco jurídico de protección por cuanto la actividad estatal ha de centrarse en el sometimiento o la rehabilitación del individuo a partir de dicha conceptualización.

Además, se analizará el marco normativo constitucional (Durán, 2016, p.276) ecuatoriano, que en su afán de establecer marcos de protección jurídica, han adoptado discursos garantistas que buscan irradiarse (Barroso, 2008, p.35) a la legislación secundaria ecuatoriana mediante la incorporación de instrumentos de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A partir de la consolidación de esta institución jurídica, la normativa secundaria de índole penal resulta ineficiente ante la problemática social de la privación de la libertad puesto que llega a generar marcos punitivos del Estado que trascienden a la norma penal

(Zaffaroni, 2002, p. 17-18). En este sentido, mediante conceptualizaciones provenientes del marco constitucional de derechos, la rehabilitación social se ve conceptualizada como un tratamiento para las personas privadas de la libertad.

Con la incorporación de preceptos kantianos sobre la dignidad humana, el discurso jurídico ecuatoriano ha generado disonancia al respecto de la realidad social, por cuanto el fenómeno de la rehabilitación social , concebido desde el ámbito punitivo, se presenta mediante un discurso progresista de naturaleza garantista mientras que en la realidad social se incurre en prácticas que atentan contra la dignidad de las personas privadas de la libertad (Abramovich, 2006, p.14) mediante tratos crueles e inhumanos, que propenden a la deshumanización de las personas privadas de la libertad, cateos desproporcionados entre otras dentro de los centros de rehabilitación social.

Este tratamiento, constitucionalmente reconocido, ha permitido establecer conceptos sobre los elementos discursivos de la rehabilitación social para efectivizar la protección jurídica que propone el discurso garantista, empero, las biotecnologías de la realidad social son propensas a vulnerar abiertamente los derechos que se han previsto proteger. En el Ecuador, la normativa penitenciaria estrictamente positiva, las normas técnicas y la laxitud de aplicación del poder punitivo, así como la inobservancia de instrumentos internacionales y estándares de protección de Derechos Humanos ha permitido la precarización de la rehabilitación social.

En la presente disertación se analizará a partir de un método lakatiano las premisas discursivas establecidas en el ordenamiento jurídico sobre la rehabilitación social en el Ecuador y se formulará a partir del análisis del contra ejemplo discursivo una propuesta re estructurada del sistema discursivo de la rehabilitación social en el Ecuador.

CAPÍTULO I. LA REHABILITACIÓN SOCIAL COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

1.1. Naturaleza y alcance de la rehabilitación social

A lo largo de la historia republicana del Ecuador, los modelos de rehabilitación social se han modificado constantemente en observancia a los cambios sociales y políticos. Estas modificaciones responden a los planteamientos establecidos por las conciencias colectivas morales (Durkheim, 1999 citado por Huertas, 2009, p.106), propias de un periodo de tiempo determinado, permitiendo que los procesos de rehabilitación social no sean ajenos a los cambios del paradigma social ni a los cambios jurídicos de la sociedad.

De las relaciones sociales de los individuos que conforman la sociedad se desprenden estructuras de comportamiento que pueden o no ser regulados por el derecho positivo en proporción a la necesidad social de controlar dicho comportamiento. En ese sentido, todo depende del periodo histórico en el que se desarrollen dichas relaciones sociales y de la construcción de un concepto que una sociedad tiene de la rehabilitación social, pudiendo transformarse en relación de una categoría.

1.1.1. Conceptualización de la rehabilitación social como fenómeno jurídico desde la sociología

Como institución social derivada de un modelo contractualista, la rehabilitación social coexiste con otras instituciones dentro del plano subjetivo de la realidad social, estableciéndose como un subsistema social dentro de la sociedad propiamente dicha, generando estructuras propias que son autorreferentes (Luhmann, 2002, p.291). Dichas estructuras permiten categorizar al individuo debido a la interacción constante de dichos sistemas sociales.

La rehabilitación social obedece a los procesos de cambios sociales previamente mencionados, en mayor o menor medida, dependiendo de la concepción que el Estado tenga del contrato social, pues puede generar una conceptualización de la

rehabilitación social como una expiación de un pecado o de un mal, o como resultado de un proceso de contención de individuos peligrosos para el contrato social. Todo en respuesta de la concepción que el Estado y su sociedad tengan del contrato social, sea como mecanismo de convivencia (Rosseau, 1999, pp.14-16) o como mecanismo de estructuración del poder (Hobbes, 2010, pp.137-141).

En la presente disertación, se utilizará el concepto de contrato social como mecanismo de convivencia planteado por Rosseau, el cual establece la negación de la fuerza como el principio motor de las relaciones jurídicas y sociales (1999, p8). Dentro de la conceptualización rousseana del Estado como entelequia, la rehabilitación social se aleja de los conceptos de castigo físico, así como de los de aislamiento o confinamiento que plantea la teoría de la pena como objeto de estudio generando sus propias instituciones, y alejándose del marco dogmático estricto del derecho, contemplando otras ciencias auxiliares como la sociología o la antropología.

La rehabilitación social se ha visto influenciada por los cambios políticos, económicos y sociales de la realidad social que se han constituido como estructuras determinantes de comportamientos sociales (Bourdieu, 2007, p.86), resultando en una conceptualización de la misma como una institución social jurídicamente relevante, pudiendo ser modificada o no por la gama de valores imperantes en un periodo de tiempo determinado.

En este sentido, la concepción de los modelos de contrato social y las instituciones jurídicas y sociales derivadas del mismo se ve reflejada, tanto en el ámbito formal como en el material dentro de la Constitución por cuanto inspira y orienta a los otros cuerpos normativos presentes dentro de un sistema positivo de Derecho. A partir de esta conceptualización del marco constitucional, la naturaleza de la rehabilitación social se ve determinada de acuerdo al marco constitucional de derechos y garantías (Ferrajoli, 2005, pp.19-25), encontrando su legitimación en el ordenamiento jurídico de carácter secundario.

Este apego a la norma constitucional, determina el alcance de la rehabilitación social como fenómeno jurídico, pues es la propia Constitución la que establece

hasta qué punto es factible y necesaria la intervención del Estado como representante de la sociedad dentro del proceso de rehabilitación. De tal manera que, la rehabilitación social es un fenómeno jurídico independiente de la prisión como objeto de estudio, pues la rehabilitación social es un proceso al que se someten los individuos infractores, usando a la prisión como una institución material de vigilancia y control (Foucault, 1990 pp.11-13).

El reconocimiento de la rehabilitación social como una institución jurídica de control social se ha visto influenciada por el Derecho, puesto que, dentro de las conceptualizaciones de la misma, se ha visto como una institución propia del Derecho Penal y teorizada dentro de su dogmática como un resultado del cometimiento de un acto infraccionario de relevancia penal (Jiménez, 1997, p.18), siendo que el Derecho Penal la reconoce como una respuesta jurídica posterior al juzgamiento penal.

En el mismo contexto, la teorización de la rehabilitación social como estructura remanente del Derecho Penal, es producto de un reduccionismo positivista de la conceptualización de la teoría de la pena. Es decir que la constante búsqueda de justificar la pena como un resultado estrictamente jurídico ante el cometimiento de un acto infraccionario, se enfrasca en la legitimidad del Estado en cuanto al ejercicio del *ius puniendi* en observancia de los procesos de humanización de la pena. La precaria conceptualización de la rehabilitación social apenas ha permitido dejar de lado la concepción del sometimiento físico del condenado ante el cumplimiento de una norma penal (Carrancá, 2015, pp.104-106).

1.1.2. Naturaleza de la rehabilitación social como fenómeno jurídico

La conceptualización de la rehabilitación social como una institución jurídica dependiente del Derecho Penal, se constituye por la interacción de los subsistemas jurídicos dentro del Derecho Penal, limitando a la rehabilitación social a una actuación residual producto de dicha interacción, como resultado de un proceso interpretativo limitado a las vivencias no determinadas del individuo infractor propiamente dicho.

A nivel jurídico, se ha buscado justificar la existencia de la rehabilitación social a través de la pena, es decir, encontrar el fundamento ontológico o deontológico de la pena en relación al individuo infractor como resultado de una coerción "moral"[1], llevando a la errónea conceptualización de la rehabilitación social como un fenómeno jurídico dependiente del Derecho Penal.

Debido a la aprehensibilidad fenomenológica de la rehabilitación social, su reconocimiento dentro del ámbito jurídico le da una ambivalencia categórica, pues se deriva tanto de cambios ideológicos sociales, de las conciencias colectivas morales, así como de las estructuras determinadas de comportamiento que pueden modificar o no el ámbito jurídico normativo de una sociedad, modificando sustancialmente su conceptualización gnoseológica (Lambert, 2006, p.522) tanto para los individuos externos al proceso de rehabilitación como a los individuos que son parte de la misma.

La rehabilitación social se ha visto determinada y fundamentada en el Derecho Penal (Zaffaroni, 2002, pp.37-38), siendo este último el que determina su relevancia dentro de la sociedad como un mero producto residual de la intervención punitiva que el Estado realiza ante los actos infraccionarios (Jiménez, 1997, p.18) de un individuo.

1.1.3. Conceptualización de la rehabilitación social como fenómeno aprehensible de estudio desde la fenomenología de Husserl

Como fenómeno social, la rehabilitación social es un proceso que se determina dentro de la realidad social como una institución. En este sentido la conceptualización de la rehabilitación, a partir de la fenomenología de Husserl, nos permite establecer un concepto alejado de las corrientes funcionalistas y finalistas de la pena para poder superar la tradición dogmática de la teoría de la pena como sinónimo de la rehabilitación social.

[1] La pena es una imposición relativa al incumplimiento de un imperativo categórico, es una represión estatal por el incumplimiento de una norma jurídica (Kant,1989, pp.53-55)

Desde la fenomenología trascendental de Husserl, la categorización de una institución radica en el reconocimiento y del análisis descriptivo de concepciones intencionales (Lambert, 2006, p.518), sin que la constitución de un momento psicológico de percepción establezca una conceptualización estricta de la misma.

Tomando en cuenta la naturaleza de la rehabilitación social como una realidad fenomenológica que se determina por la concepción gnoseológica de los individuos dentro del proceso nomogenerador, y sin llegar a ser autorreferente dentro del momento psicológico (Lambert, 2006, p.520), coexiste con la interpretación fenomenológica tanto del acto punitivo del Estado, como de las relaciones sociales determinadas dentro del proceso de rehabilitación social de los individuos adscritos al contrato social.

A partir de las reducciones fenomenológicas de la vivencia mediante procesos cognoscitivos de carácter crítico y reflexivo se construyen conceptos, los mismos que para Lambert se constituyen como el acceso a la subjetividad de carácter trascendental (2006, p. 521). Estas reducciones fenomenológicas, descartando las reducciones estrictamente sensoriales dentro del método fenomenológico de Husserl, permiten establecer la concepción de la rehabilitación social como un proceso truncado por la perplejidad gnoseológica (Husserl, 1982, p.32) derivada de una conceptualización estrictamente jurídica de la misma.

Es decir, que a partir de los procesos de aprehensión que el individuo desarrolla de un fenómeno en concreto, la aplicación del método fenomenológico de Husserl se ve determinado por la racionalización de la percepción sensible de este último, siendo limitado por reduccionismos estrictamente jurídicos.

En este sentido, la interacción de los individuos dentro de las relaciones sociales con repercusiones jurídicas, puede generar o no una respuesta dentro del marco normativo positivo, en tanto se genere un incumplimiento del contrato social (Roxin, 2006, p.23) como máxima garantía de convivencia social, estableciéndose como un producto racionalizado mas no fundamentándose en conciencias colectivas morales (Durkheim, 1999 citado por Huertas, 2009, p.106) para justificar

la existencia de la rehabilitación social como una expiación ante el incumplimiento de un imperativo categórico (Kant,2007, p.29).

Es menester aclarar que, la relación social deriva de las interacciones sociales que se generan en relación a la concepción gnoseológica (Lambert, 2006, pp.519-521) del individuo sobre los marcos normativos como imperativos categóricos (Kant, 2007, pp.29-31) de obligatorio cumplimiento dentro de la estructura social, por lo cual la interacción trasciende la mera descripción de los fenómenos percibidos (Lambert, 2006, pp.524), asimilándose dentro del habitus (Bourdieu, 2007, p.86) de los individuos como una categoría abstracta que justifica la existencia de la rehabilitación social como un elemento de la sociedad que es susceptible de aprehensión gnoseológica.

Tomando como punto de partida la conceptualización fenomenológica de la rehabilitación social como un instituto susceptible de análisis, es menester determinar el alcance de la misma a partir del marco gnoseológico aprehensible (Lambert, 2006, p.520), superando a la psicología empírica de las interacciones sociales de los individuos.

La conceptualización derivada del proceso de la epojé[2] como reducto de lo inmanente (Husserl, 1982, p.84) determina la asimilación de varios objetos del plano intersubjetivo de la realidad social, enfocándose en la capacidad del individuo de percibirlos (Husserl, 1985, p.512), determina el alcance de la rehabilitación social como una institución social por cuanto el individuo que es sometido al proceso de rehabilitación social lo comprende y lo interioriza generando una nueva realidad social cuya vigencia radica en el periodo de tiempo que dure dicho tratamiento.

Estas aproximaciones fenomenológicas de esta nueva realidad social a la que el individuo infractor es sometido, parten desde una precomprensión del mundo que se fundamenta en el ámbito lingüístico de la sociedad (Restrepo, 2017, p.10), es

[2] La epojé trascendental que plantea Husserl se define como una abstracción del mundo externo en la realización de juicios valorativos al respecto de la realidad en sí misma mediante el establecimiento de paréntesis durante el proceso de aprehensión gnoseológica (Guerrero, 2004, pp.389-390).

decir que tanto los conceptos y categorías parten de una determinada imagen que la sociedad concibe previo al proceso fenomenológico. En este sentido, las aprehensiones cognoscitivas derivadas de fenómenos sociales son meras interpretaciones provenientes de las relaciones entre los individuos.

Las conceptualizaciones de las experiencias poseen estructuras horizontales que toman forma dentro de los periodos de tiempo en las cuales existen esas experiencias, determinando puntos de aprehensión entre lo percibido y lo perceptible (Restrepo, 2017, p.15), por lo cual se genera una reducción entre el lenguaje y el sentido de lo percibido dentro de los procesos cognoscitivos.

Dentro de la categorización de la rehabilitación social como una institución aprehensible aislada de la teoría de la pena, el trabajo de Husserl ha permitido determinar que, previo al proceso de creación de normas existe un concepto aprehensible que no se distingue de las reducciones estrictamente psicológicas de los individuos.

En el contexto ecuatoriano, la rehabilitación social surge como un concepto contaminado por percepciones psicológicas de los legisladores sobre la institución jurídica de la rehabilitación social, perpetuando la conceptualización punitivista de la misma a partir de un ejercicio precario de abstracción gnoseológica (Guerrero, 2004, p. 390) de la misma.

En este sentido, la categorización de la rehabilitación social como un fenómeno aprehensible (Lambert, 2006, p.520) se ve limitada por el espacio donde se desarrolla la interacción social de los individuos, siendo determinante la precomprensión que una sociedad tiene al respecto de un fenómeno, así como por el periodo determinado de tiempo donde se pretende conceptualizar. Es decir que cada sociedad, a través de su experiencia cognoscitiva y la aprehensibilidad de la misma, determina el alcance y la relevancia de la rehabilitación social dentro de su contexto social. En la presente disertación, tanto el alcance como la relevancia de la conceptualización gnoseológica de la rehabilitación social se analizarán en acápites posteriores.

1.1.4. Racionalización y alcance de la rehabilitación social a partir de la aprehensión gnoseológica de los fenómenos sociales

A partir de las conceptualizaciones determinadas por procesos gnoseológicos, encontramos la existencia de una multiplicidad conceptual que se determina por tres descomposiciones gnoseológicas del fenómeno de la rehabilitación social: el ámbito gnoseológico del Derecho, la reducción descriptiva de los individuos no infractores y desde los individuos infractores. Estas descomposiciones gnoseológicas serán abordadas en párrafos posteriores.

La primera, corresponde al ámbito gnoseológico del Derecho como ciencia, pues los operadores judiciales, legisladores y profesionales en el libre ejercicio de la profesión, determinan a la rehabilitación social como un concepto surgido del ámbito normativo punitivo, que se asimila como concepto en observancia del modelo de contrato social que se encuentre vigente al momento de la aprehensión conceptual (Lambert, 2006, p.520). La segunda, proviene de la reducción descriptiva de las vivencias de los individuos que conforman la sociedad y cuya conducta, gustos y preferencias (Bourdieu, 2007, p.86) no se han visto modificados por el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Y la tercera, por parte de los individuos cuya conducta se ha visto sancionada por el Estado (Zaffaroni, 2002, pp.62-63) generando una participación directa dentro del Sistema de Rehabilitación Social (Mathiesen, 2003, pp.70-79), modificando sus gustos, conducta y preferencias.

Es menester recalcar que la determinación gnoseológica tomada por el legislador ecuatoriana dentro del proceso constituyente de 2008, se constituye en una amalgama de la reducción fenomenológica de índole jurídica en observancia de la reducción descriptiva de los miembros no participantes de los sistemas de rehabilitación para la conceptualización del alcance de la rehabilitación social como un instituto vigente dentro del Ecuador.

Por lo cual, dentro del marco constitucional de derechos del Estado ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 201, determina que la finalidad de la rehabilitación social incluye la reinserción social (Const., 2008,

art.201), determinando el alcance de la rehabilitación social como fenómeno jurídico constitucionalmente reconocido, siendo extensivo dentro de las etapas posteriores del cumplimiento de la sentencia por parte del individuo.

Es necesario reconocer que la rehabilitación social existe como un fenómeno jurídico independiente del Derecho Penal por disposición de la Constitución de la República del Ecuador de 2008[3], es decir, que la existencia de la rehabilitación social no se limita en sí misma a un proceso penal, sino que es posterior a dicho proceso y abarca un proceso posterior a la ejecución de la pena, denominado reinserción.

El Estado como ente jurídico, es el encargado de la tutela de los derechos de los individuos que son parte del mismo o se ven afectados por su poder de decisión, lo cual, dogmáticamente, implica el reconocimiento del contrato social en función de la legitimación del marco constitucional de derechos, viéndose materializado en la práctica por la creación de cuerpos normativos que permitan garantizar y tutelar el ejercicio de dichos derechos.

Es importante tomar en cuenta las reducciones gnoseológicas de los individuos, que dentro de la concepción contractualista vigente, siguen siendo parte de la sociedad para el establecimiento de las instituciones de la rehabilitación social como un ente jurídicamente pleno, que busca efectivizar la rehabilitación y reinserción social determinada por la Constitución, pues la omisión de las reducciones descriptivas de las personas privadas de la libertad, puede generar una falsa premisa de validez para las concepciones cognoscitivas de orden fenomenológico que el legislador, desde un ámbito puramente jurídico, ha concebido dentro del procedimiento de creación de ley.

Por lo cual, la naturaleza de la rehabilitación social se ve fundamentada en los constantes procesos sociales determinados por la interacción de los sistemas y subsistemas sociales (Urteaga, 2009, pp.306-308). Estando reconocida por la

[3] El artículo 51 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 contempla un catálogo de derechos para las personas privadas de la libertad estableciendo a la rehabilitación social como tratamiento propiamente dicho.

Constitución a partir de concepciones cognoscitivas provenientes de dichos sistemas sociales (Urteaga, 2009, pp.308-311), que recogidas por el legislador, determinan el alcance de la misma, estableciendo el campo de acción y permitiendo generar instituciones jurídicas que dentro de los subsistemas sociales permiten cumplir con los procesos y procedimientos relativos al cumplimiento de la pena.

Por otra parte, siendo la institucionalidad parte fundamental de esta categorización, permite al legislador un mejor desarrollo normativo, establecido por la interacción de la rehabilitación social y el Derecho Penal como dos subsistemas jurídicos independientes pero no excluyentes dentro de un sistema jurídico.

Esta subsistencia permite determinar campos de acción específicos en relación a las categorías existentes, sin que implique un detrimento de los sistemas sociales en los que se fundamentan los sistemas jurídicos.

Determinada la naturaleza y el alcance de la rehabilitación social a partir de la fenomenología de Husserl y de la conceptualización de las aprehensiones gnoseológicas procederemos a analizar a la rehabilitación social como una institución y su interacción entre los subsistemas sociales.

1.2. Estructura jurídica: Institución social e institución jurídica

1.2.1. Rehabilitación social como institución social

La conceptualización de una institución, como la rehabilitación social, se ve fundamentada en la agrupación de ideas, prácticas, relaciones e interacciones sociales provenientes de grupos sociales (Smith, 1962, pp.96-97) cuya regularización dentro de la interacción determina la institucionalidad de la misma (Smith, 1962, p.95).

Como resultado de dicha agrupación de elementos conceptuales, la institución social determina comportamientos entre los individuos generando sentido de organización (Hiller, 1947 citado por Smith,1962, p.97) dentro del desarrollo de sus interacciones sociales, pudiendo incorporar valores determinados por conciencias colectivas morales (Durkheim,1999 citado por Huertas, 2009, p.106), aportando

elementos materiales propios dentro del funcionamiento institucional (Smith,1962, p.98).

Debido a la naturaleza subjetiva de la interacción social, el aporte de elementos constitutivos de concepto propios de una institución social, se ve influenciada tanto por normas culturales, funciones, así como por las sanciones (Smith, 1962, p.100) que se deriven de la observancia o no de dichos elementos a partir de la interacción social de los individuos.

En este orden de ideas, para Smith los elementos conceptuales se constituyen en el conjunto de acciones de los individuos que pueden resultar deseables o no dentro del marco de interacción social, permitiendo determinar la aceptabilidad o no de una conducta en observancia de la realidad social, sin perjuicio de generar consecuencias jurídicas (1962, p.100) que propician la creación de estructuras modificatorias de preferencias y conductas (Bourdieu, 2007, p.86) que los individuos asumen dentro de su imaginario.

Tomando en cuenta los aportes realizados por Fennell, la existencia de una institución social reconocida por el ámbito positivo normativo, implica tanto el reconocimiento de la institución por sus elementos conceptuales externos, así como la interacción entre individuos (Fennell, citado por Sahui, 2018, p.125).

Por lo expuesto, la rehabilitación social como institución social tiene su punto de origen en las relaciones sociales provenientes de los individuos infractores en una etapa posterior al juicio penal. En ese contexto, la rehabilitación social se estructura a sí misma como un subsistema social independiente dentro del sistema penal, siendo ajeno a las instituciones jurídicas punitivas como un fenómeno alejado a la inaceptabilidad de una conducta o comportamiento socialmente establecido en ejercicio de la coerción social. Como resultado de dicha interacción social, las percepciones cognoscitivas de los individuos infractores se ven modificadas en tanto los elementos conceptuales derivados de la rehabilitación social generan marcos de actuación en cuanto a conductas que son aceptadas o no dentro del ámbito penitenciario transformando la construcción identitaria del infractor durante el tratamiento rehabilitador.

Debido a la naturaleza de la rehabilitación social como fenómeno social, el alcance de los elementos conceptuales se ha visto determinado por los diferentes periodos de tiempo, siendo de naturaleza estática los elementos propios de la coerción como por ejemplo la disciplina.

Este apego a la disciplina propicia la creación de estructuras estables en las relaciones sociales de los individuos al respecto de los individuos (Mathiesen, 2003, pp.68-76) estableciendo la aceptabilidad de las interacciones de los individuos que se ven legitimados o deslegitimados en relación a otros subsistemas que presentan estructuras rígidas de cumplimiento, para verbigracia el subsistema del derecho punitivo dentro de la configuración social.

Dicha estabilidad sustentada en la coercibilidad es en sí, parte del funcionamiento de la rehabilitación social como institución, debido a la existencia de límites formales de carácter normativo que se determinan como el complemento de las normas culturales determinadas por los sistemas sociales imperantes.

Para autores como Maldonado, dentro de la sociología jurídica, la existencia de una normativa rawlsiana en las instituciones sociales implica la posibilidad de discriminar entre actos (Sahui, 2018, p.125) a partir de la objetividad del mismo, dejando de lado las determinaciones subjetivas relativas a la voluntad.

Por lo expuesto, la rehabilitación social es un proceso al que el individuo infractor se somete en orden de volver a ser integrado y considerado dentro del contrato social, como un ser capaz de aceptar el conglomerado de normas formales y culturales que lo componen. En este proceso de reintegración, el individuo se somete a fuerzas de carácter político y jurídico que modifican su configuración moral (Mathiesen, 2003, p.61).

Para facilitar el desarrollo del proceso de rehabilitación social, esta se fundamenta en la coexistencia con la prisión como una institución de control social, autorizada y reconocida por el Estado para privar de derechos a los individuos infractores en ejercicio del legítimo poder punitivo.

Para tratadistas como Mathiesen, dentro de los procesos de rehabilitación social, la coercibilidad se ve determinada por la existencia de la disciplina como uno de los elementos conceptuales dentro de la misma (2003, p.76), estableciéndose como un mecanismo de control social propio de la institución.

La existencia de la disciplina como elemento conceptual, ubica a la rehabilitación social como parte material una institución de control social, que dependiendo de los procesos históricos, ha sido aprehensible para el legislador. Dependiendo del periodo de tiempo en el que se la pretenda conceptualizar y del modelo contractualista vigente en dicho periodo de tiempo; de tal forma que la existencia de dicha institución se ve delimitada por la construcción cognoscitiva de la sociedad al respecto del concepto de castigo y de infractor (Martínez, 2004, pp.33-34).

Desde el punto de vista sociológico, la rehabilitación social es una institución que se presenta dentro del contexto social de la prisión como instrumento de control social, que responde a la necesidad social de castigar, recogida por el legislador, para determinar los parámetros de actuación dentro de las relaciones sociales surgidas entre las personas privadas de la libertad en el contexto social del cual forman parte. De tal manera que, a partir de la construcción conceptual de la rehabilitación social, se pueda establecer elementos conceptuales propios del sistema social predominante en observancia de las normas formales (Smith, 1962, p.98) para la generación de construcciones identitarias (Toledo, 2012, pp.46-47) compatibles con la sociedad per se.

1.2.2. Rehabilitación social como institución jurídica

La existencia de la rehabilitación social como producto de un proceso cognoscitivo, genera marcos axiológicos que determinan el límite formal de la misma, legitimando la creación de instituciones jurídicas de control y cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico de carácter positivo.

Dichos marcos axiológicos se determinan mediante axiomas que dentro de la estructuración del sistema jurídico buscan reafirmar la naturaleza formal de dicho sistema, empero de las inconsistencias sistémicas con la realidad social (Iturralde,

2007, pp.348-349). Es decir, que la existencia y reconocimiento de principios dentro del ordenamiento jurídico no garantiza la eficacia de los mismos dentro de la sociedad.

En el Ecuador, los límites de la rehabilitación social, como institución jurídica, están determinados en la Constitución como parte de una orientación material del Derecho Penal (Durán, 2016, p.276). Esta orientación, se fundamenta en la injerencia directa de la Constitución en procesos judiciales y procedimientos legislativos.

Dentro de los procedimientos legislativos del Ecuador, la rehabilitación social responde a un marco constitucional en el cual se ha previsto un catálogo de bienes jurídicos, a los cuales esta última debe tutelar de manera abstracta (Durán, 2016, pp.276-277) mediante el reconocimiento formal que presenta la Constitución Política a derechos inherentes al hombre.

Este proceso nomogenerador de carácter abstracto permite construir instituciones jurídicas a partir de construcciones gnoseológicas fundamentadas en la interacción aprehensible de los subsistemas sociales de la realidad. En este sentido, la Constitución Política establece un marco normativo el cual regula y determina las conductas asimiladas como positivas dentro del ordenamiento jurídico y subsecuentemente dentro del sistema penal.

Como consecuencia de los procesos cognoscitivos al momento de determinar la teoría de la pena, catalogan a la rehabilitación social como parte de esta última, confundiendo la protección y reconocimiento jurídico de bienes y valores jurídicos para la justificación del sistema normativo punitivo del Ecuador.

Dentro del sistema punitivo, la sociedad ha tratado de justificar la existencia de la coerción legitima del Estado, que desde el marco positivo se encuadra dentro de la ley penal (Zaffaroni, 2002, pp.37-38) como fundamento formal de actuación del Estado alrededor del delito como fenómeno jurídico (Carrara, 1956, p.43); mediante la categorización de concepciones cognitivas de los individuos, la justificación de la existencia del Derecho Penal se ve centrada en la conceptualización de lo "ilegal"

o "ilegitimo" que maneje una sociedad, generando la existencia de posturas ideológicas al respecto de la actuación del Estado ante el injusto penal.

Dentro de la sociedad, la necesidad de garantizar una convivencia pacífica en la sociedad se manifiesta en la existencia de instituciones de control social para proteger a los individuos mediante la determinación de limites formales a la libertad de acción de los mismos, manifestándose en estructuras de poder que para Foucault dependían de la determinación estatal de lo licito o ilícito (1990, pp. 10-15) como manifestación de existencia del Estado.

En este sentido, la existencia de la prisión, como manifestación de la construcción positiva del legislador, se conceptualiza en observancia del contrato social a partir de concepciones teóricas cognoscitivas producto de la realidad social.

A nivel material, el aislamiento del individuo que ha cometido un injusto se ha visto determinado por la catalogación o estereotipización (Zaffaroni, 2002, pp.7-10) que la sociedad ha construido sobre el concepto de infractor, en observancia a la vulneración de los bienes jurídicos protegidos de relevancia penal. La idea de castigo legitimo al infractor busca justificar la merma de los derechos civiles y políticos del mismo.

Esta conceptualización sobre el individuo ha mutado conforme a la necesidad social de reprimir y castigar a los infractores, desde la expiación de los pecados[4] hasta la rehabilitación y reinserción social del mismo.

La existencia del sistema penitenciario dentro de la realidad social, se constituye como una manifestación práctica del castigo a nivel social, que muta con relación a la conceptualización que la sociedad construye sobre el individuo infractor y la finalidad de la pena. Razón por lo cual, la creación de la prisión como un órgano puramente punitivista de control social, recaía en el mero aislamiento del individuo.

[4] A nivel dogmático el Derecho Penal tuvo presente el desarrollo de instituciones jurídicas fundamentadas en el castigo divino, por lo cual ante el cometimiento de un "mal" se debía expiar el pecado de quien lo cometió (Durán, 2011, pp.125-126).

La determinación de la Constitución Política como norma fundamental dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, permite el reconocimiento de derechos fundamentales a todos los individuos que forman parte del sistema social ecuatoriano, incluyendo a los individuos infractores, que en virtud del reconocimiento constitucional se conceptualizan como personas privadas de la libertad. Esta conceptualización permite identificar al infractor como un sujeto de derechos aun ante el cometimiento de un injusto penal por cuanto los preceptos kantianos sobre la dignidad humana establecen marcos de protección jurídica para el infractor. Es decir que, a pesar de su confinamiento dentro de un centro de rehabilitación social, gozan de derechos constitucionales plenamente reconocidos.

Además, esta conceptualización garantista del individuo infractor, modifica la naturaleza de la prisión como instrumento de control social y aislamiento que busca precautelar al ordenamiento jurídico como fin propiamente dicho, tomando al individuo como sujeto activo durante su confinamiento para que so pena de su aislamiento, pueda reintegrarse a la estructura social mediante procesos cognitivos modificatorios de conducta durante el cumplimiento de su sentencia condenatoria.

La rehabilitación social es un conjunto de procesos cognitivos, pautas de comportamiento que modifican la conducta del individuo durante el aislamiento determinado por un tribunal penal ante el cometimiento de un injusto penal.

Este proceso se determina como ajeno, tanto para las normas subjetivas y adjetivas penales, por cuanto la naturaleza del mismo no es de carácter punitivo, sin que esto reste legitimidad al ordenamiento positivo del sistema penal.

Es menester determinar a la rehabilitación social como una institución jurídica, que so pena de la interacción de los individuos que son parte de la misma, es reconocida por el sustrato social que no participa directamente dentro del tratamiento rehabilitador, sin perjuicio de la imposición de elementos formales para el funcionamiento de la rehabilitación social. Esto quiere decir que, independientemente de la preconcepción cognitiva que se tiene de la rehabilitación social durante la creación de normas, esta existe dentro del plano intersubjetivo de

la realidad social independientemente del subsistema en donde se conceptualice la misma a nivel normativo.

Si bien la rehabilitación social parte del entendimiento de elementos sociales determinados por el espacio y tiempo, no se constituye en un relativismo, pues los elementos conceptuales se construyen social y públicamente (Sahui, 2018, p.129), generando estructuras sociales de control que se prolongan en el tiempo mientras la sociedad tome dichos elementos como legítimos.

Es importante establecer que dentro de las sociedades se presentan estructuras derivadas de prácticas netamente materiales que sirven como parámetro de discriminación al respeto de la validez de una conducta (Fennell, 2000 citado por Sahui, 2018, p.125) en el plano intersubjetivo de la realidad social.

A partir de la aprehensión de dichas conductas surgen parámetros formales para la valoración de las mismas dentro de las relaciones sociales, generando la legitimación social dentro de los procesos nomogeneradores[5].

La protección de bienes jurídicos supera la construcción categórica establecida por los presupuestos deontológicos kantianos, por cuanto la aplicabilidad de la norma punitiva se limita a establecer el injusto penal en relación a un sujeto al que se le atribuye la responsabilidad mediante un proceso penal en observancia del principio de legalidad.

La separación sistematizada de los bienes jurídicos en bienes penalmente relevantes o no, facilita la protección de los mismos (Roxin, 2006, p.35) mediante una estructuración sistémica del ordenamiento jurídico que permite establecer marcos sancionatorios legítimos que no vulneren derechos fundamentales de los individuos infractores. A nivel dogmático, la separación entre conceptos permite una mejor categorización, por cuanto la limitación a la norma penal es identificable mediante juicios de valor a priori (Kant, 2007, p.30) sobre la relevancia de los mismos dentro de una estructura punitiva.

[5] Este concepto hace referencia a los procesos legalmente previstos para la generación de normas positivas.

Por lo anteriormente expuesto, como institución jurídica, la rehabilitación social se fundamenta en reglas formales de las relaciones sociales, determina elementos conceptuales que son sujetos a un juicio valorativo de carácter axiológico a partir de instituciones materiales propias de la realidad social, evitando caer en el relativismo normativo y subsecuentemente en la multiplicidad conceptual.

Desde el punto de vista estrictamente positivista, la ley adopta interpretaciones de la dogmática penal y genera una similitud jurídica conceptual entre la rehabilitación social y la pena, estableciéndolas como una sola institución dentro del sistema penal.

Por otro lado, desde el ámbito constitucional, la rehabilitación social es parte de la prisión como institución, que nace a partir de la sentencia condenatoria ejecutoriada, permaneciendo durante la fase de ejecución de esta última y debe extenderse hasta que el individuo infractor pueda ser considerado como socialmente relevante dentro de las expectativas sociales (Jakobs, 2006, p.18) vigentes al momento del cumplimiento de la sentencia, que en palabras de Mathiesen, devuelven de forma simbólica la concepción de dignidad para el individuo infractor (2003, p.63) como manifestación de la aprehensión del proceso de rehabilitación.

Como institución jurídica se constituye en un producto de la aprehensión cognoscitiva de una institución social por parte del legislador, formando parte del subsistema penitenciario, el mismo que institucionaliza de manera formal a la prisión como un órgano de control social, que se informa constantemente del sistema social predominante observando estructuras materiales.

Durante este proceso se adaptan las pautas de carácter social, siendo jurídicamente catalogadas como legítimas. Permitiendo ejercer control social legítimo como consecuencia del incumplimiento del contrato social. Coexistiendo con el subsistema jurídico de la pena, resultado de la construcción gnoseológica sobre el Derecho Penal, siendo posterior a un proceso jurisdiccional.

La naturaleza extrajudicial de la rehabilitación social permite determinarla dentro del grado de ejecución de la pena, sin necesidad de considerarse como penalmente

relevante para las leyes de carácter subjetivo y adjetivo del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este orden de ideas, la rehabilitación social no se origina en una dimensión contenciosa que sea susceptible de ser conocida por un órgano jurisdiccional de carácter punitivo haciéndola ajena a la norma penal positiva de carácter adjetivo.

CAPÍTULO II. REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EL ECUADOR

El constante cambio de los modelos cognitivos de índole dogmática que orientan a la normatividad positiva del Derecho ha generado nuevas instituciones dentro del ámbito jurídico, forzando la adaptación de las mismas a las necesidades sociales. La racionalización conceptual de términos como "persona privada de la libertad" o "centro de rehabilitación social" han permitido ampliar la protección de derechos –al menos en teoría– del grupo de individuos sobre el cual recae este proceso racionalizador.

Estos conceptos por su aporte y fundamento dogmático se muestran como una respuesta al fenómeno social, el cual a través de procesos cognitivos (Lambert, 2006, p.520) ha trascendido tanto los ámbitos jurídicos como políticos de orden interno formando parte de la discusión internacional de los ordenamientos normativos.

En este orden de ideas, a partir del fenómeno civilizatorio del post colonialismo que devino en los periodos posteriores a la segunda guerra mundial, los estados se estructuraron en organizaciones político-jurídicas de ámbito supranacional con la finalidad de establecer pautas-soluciones a los problemas globales de índole político jurídica constituyendo la Organización de las Naciones Unidas –en adelante ONU– (ONU, 2015, párr.2).

En el ámbito de la post guerra, ante la masacre y la crudeza de la guerra, la comunidad internacional decide unirse como una organización supranacional denominada ONU, con el propósito de proteger los derechos fundamentales de los individuos (Ferrajoli, 2005 p.19).

En el afán de generar marcos jurídicos de protección, los Estados miembros de la ONU han generado instrumentos internacionales de protección de derechos. En el presente acápite analizaremos los instrumentos internacionales creados para la protección de las personas privadas de la libertad y su injerencia dentro de los marcos normativos internos de cada Estado miembro.

Esta organización internacional ha realizado el reconocimiento de índole kantiana sobre los derechos de los individuos y manifestado en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos[6], el cual determina un catálogo de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) que los estados miembros de la ONU han determinado como relevantes para la supervivencia de la vida en sociedad de la comunidad internacional.

En este contexto, el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos –en adelante DUDH– aunque legalmente no es de carácter vinculante, propició la creación de instrumentos internacionales que han desarrollado el contenido normativo propuesto en la DUDH tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos facultativos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su respectivo protocolo facultativo.

Con la DUDH, las naciones europeas en el ámbito de la post guerra, desarrollaron un modelo ontológico normativista que suplantó al mero legalismo que hasta entonces fue la imagen predominante del Estado (Donnelly, 2011, pp.2-3). Estados como Alemania, aunque dividida tanto en términos políticos, sociales y culturales, plasmaron en sus marcos constitucionales una conciencia sobre los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19), para verbigracia, Alemania Occidental en la Ley Fundamental de Bonn[7] (1949) recogía en su artículo 1 el reconocimiento de la dignidad humana como precepto normativo de carácter fundamental.

Este tipo de incorporaciones de preceptos ontológicos derivados de la DUDH ha permitido la consolidación de marcos constitucionales, por cuanto el reconocimiento de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) implica un mayor parámetro de protección y de regulación del poder en torno a los individuos parte de un estado.

Como se ha señalado en párrafos anteriores de la presente disertación, esta asimilación de normas de índole internacional al marco constitucional ecuatoriano se transmite a la

[6] La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento realizado por los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas ratificado el día 10 de diciembre de 1948.
[7] Actualmente la Ley Fundamental de Bonn perduró en el tiempo y tras 60 modificaciones de carácter constitucional continúa vigente en la República Federal de Alemania.

legislación secundaria por principio de irradiación[8], es decir, que la normativa constitucional influye de forma determinante dentro del proceso de construcción legislativa de la normativa secundaria (Barroso, 2008, p.35), tales como las leyes ordinarias y las leyes orgánicas.

En el contexto ecuatoriano, estos instrumentos internacionales de Derechos Humanos han sido reconocidos por el marco constitucional de derechos desde la Constitución Política de la República del Ecuador de 1978, la cual dentro de su texto reconoce expresamente en el artículo 19 de la misma, la protección de Derechos Humanos como parte de la actividad estatal sin reconocer fuerza normativa de instrumentos de Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En la Constitución Política del Ecuador de 1998, la protección de Derechos Humanos viene de la mano con un reconocimiento expreso del orden constitucional, por cuanto el artículo 18 establece la obligatoriedad del cumplimiento de los instrumentos internacionales. Esta tendencia proteccionista de derechos humanos se manifiesta y continúa en la actual Constitución de la República del Ecuador de 2008, que en el artículo 11, numeral 3 reconoce a los derechos devenidos de instrumentos de derechos humanos como directamente invocables y aplicables.

En tal razón, los cuerpos normativos secundarios tales como el COIP, adoptan la configuración ontológica que determina a la Constitución como un instrumento orientador dentro de la estructuración de las instituciones jurídicas contenidas en el mismo (Durán, 2016, p.276). Ante la expuesta relevancia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos dentro de la Constitución de la República del Ecuador, se procederá al análisis de dichos instrumentos dentro del ámbito de rehabilitación social.

2.1. Rehabilitación social desde el Derecho Internacional

En el contexto de la rehabilitación social, la ONU generó una serie de recomendaciones normativas denominadas "Reglas Mínimas para el Tratamiento

[8] Dentro de la presente disertación se adopta el término jurídico de "principio de irradiación" por cuanto sin ser objeto de estudio de la presente. Es menester mencionarlo sin profundización alguna para evitar equivocidades conceptuales con la obra del Alexy.

de Reclusos", en adelante "SMR"[9], en el año 1955, durante la realización del Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Reclusos[10], las cuales establecieron parámetros básicos para el tratamiento de las personas privadas de la libertad y dio pautas sobre la correcta administración de los centros penitenciarios, que han permitido estructurar a la rehabilitación social dentro de los Estados miembros de la ONU.

Estas reglas tendrían una posterior revisión en el año 2015, en consuno con el progreso de la rehabilitación social como categoría dogmática, se reformulan estas reglas bajo el nombre de Reglas Nelson Mandela[11], en adelante "RNM", observan y desarrollan directrices y reglas desarrolladas previamente por la ONU en materia de rehabilitación social, sin quitar ámbitos de aplicación exclusivos como la rehabilitación social de menores y el tratamiento de mujeres privadas de la libertad.

Dentro de este marco normativo también se incluye a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en adelante "CAT", así como su protocolo facultativo. En este sentido, la rehabilitación social como tratamiento se ve reconocida por la ONU desde la post guerra, haciendo un avance significativo desde 1955 con una evolución conceptualmente marcada por la incorporación dogmática de preceptos kantianos relativos a la dignidad humana dentro de los marcos normativos propuestos por las diferentes oficinas de la ONU.

En el contexto latinoamericano, la organización supraestatal que tomó la posta en los temas de protección de derechos y la generación de políticas de cooperación dentro del territorio americano, responde al nombre de la Organización de Estados Americano, en adelante "OEA".

En este sentido, tras la ratificación por parte del Estado ecuatoriano a la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante "CADH", se determinaron

[9] Las respectivas siglas de los tratados internacionales, convenciones, protocolos y demás se mantendrán en idioma inglés, exceptuando la abreviatura de las Reglas Mandela que es del autor.
[10] Estas reglas surgen en el ámbito de la post guerra, fueron aprobadas por el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas.
[11] En este sentido, las "Reglas Nelson Mandela" constituyen la denominación que el grupo de expertos considero pertinente para la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

parámetros normativos de actuación a nivel regional para los Estados, en observancia de los marcos internacionales previos formaron el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual se desprenden tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante "CIDH", y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante "Corte IDH" como sus principales órganos.

Al respecto del tema de rehabilitación social, ambos órganos previamente mencionados, se han pronunciado. La Corte IDH, mediante sus sentencias, ha generado una serie de estándares que han determinado marcos de protección para personas privadas de la libertad, así como marcos de actuación de los estados en observancia a la condición de la persona privada de la libertad mientras es parte del sistema de rehabilitación social. Por otro lado, la CIDH ha establecido una serie de principios para el tratamiento de personas privadas de la libertad.

Si bien el Ecuador ratifico la CADH y sus protocolos facultativos en 1988 y en 2010 respectivamente, no existe una ratificación expresa por parte del Estado ecuatoriano sobre las SMR ni de las RNM, siendo estas últimas vinculantes para el Estado ecuatoriano por cuanto la Constitución de la República del Ecuador en su texto establece la obligatoriedad y la aplicación de los instrumentos de derechos humanos. Esta obligatoriedad responde al reconocimiento que la constitución realiza sobre los derechos y garantías determinadas en instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Const., 2008, art. 11, num. 3), aplicándose también para los estándares señalados por la Corte IDH y los principios establecidos por la CIDH.

Esto se reafirma en el texto constitucional cuando dentro de la jerarquía normativa se establece que serán aplicados los tratados internacionales (Const., 2008, art.425) así como la sujeción de todos los individuos dentro del territorio ecuatoriano a las disposiciones constitucionales (Const., 2008, art.426); por lo cual, para los casos en los que el Ecuador como Estado deba resolver sobre la vulneración de un derecho, los tratados internacionales de Derechos Humanos no ratificados son vinculantes y de inmediata aplicación.

En este sentido, sin necesidad de determinarse como ratificado un instrumento de Derechos Humanos, este viene a ser vinculante por mandato constitucional, consolidando el discurso garantista contenido en la Constitución de la República del Ecuador.

2.1.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos

En 1955, en la ciudad de Ginebra, se realiza el primer congreso de la ONU sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, en este contexto surgen las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos como una directriz no detallada sobre el funcionamiento y estructuración del sistema penitenciario de los estados miembros de la ONU para ser aprobadas en el año1977.

Las SMR, como parámetros abstractos de optimización del sistema penitenciario, representan un avance dentro del reconocimiento de la dignidad humana en los marcos normativos de carácter internacional, reforzando argumentos deontológicos sobre el ser humano ante los ordenamientos jurídicos (Schachter, 1983, p.851). En este contexto, representan un cuerpo cuasi normativo de carácter dialéctico por cuanto las condiciones sociales, jurídicas y políticas de los estados miembros de la ONU permiten establecer e incorporar nuevos parámetros para la aplicación y desarrollo de dichas reglas (UNECOSOC, 1957, regla.3).

Dentro de los preceptos axiológicos contemplados en las reglas, se determina como pilar fundamental la no discriminación. Al respecto de la no discriminación, para razones prácticas de esta primera versión de las reglas, se considera la imparcialidad de la aplicación del sistema de rehabilitación social sin importar condiciones supervinientes al individuo infractor. (UNECOSOC, 1957, regla.6). Así entonces, es importante aclarar que si bien las mismas reglas promueven un tratamiento diferenciado para los individuos infractores, se refiere a la aplicabilidad del tratamiento rehabilitador en función del acto antijurídico cometido o del estado de su detención (UNECOSOC, 1957, regla.8, lit. b), es decir, una separación entre las personas cuya sentencia se encuentra ejecutoriada y de las personas con prisión preventiva, más no una distinción fundamentada en raza, sexo, religión, ideología entre otras (IIDH, 1998, pp.15-16).

Este conjunto de reglas reconoce expresamente elementos constitutivos del tratamiento rehabilitador que la dogmática posteriormente reconocería. Por ejemplo, para el tratadista Mathiesen dentro del tratamiento rehabilitador existen elementos tales como el trabajo, la salud, el respeto a la ideología, la educación y el sistema disciplinario (2003, p.76) mismos que posteriormente serían revisados para la elaboración de las denominadas "Reglas Nelson Mandela".

Constituyen un primer intento, desde el ámbito internacional, para la racionalización penitenciaria, es decir, propiciar condiciones sociales y jurídicas concordantes con los instrumentos internacionales de derechos humanos para proteger derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) de personas privadas de la libertad. Estas reglas al ser de naturaleza mínima constituyen un estándar (IIDH, 1998, p.17) para el tratamiento de personas privadas de la libertad.

Esta primera aproximación a la rehabilitación social desde el derecho internacional aporta conceptualizaciones tanto para personas privadas de la libertad como centros de rehabilitación y los centros de detención

En este orden de ideas, las SMR se configuran dentro del deber ser pudiendo establecerse principios ontológicos de carácter idealista, por cuanto en la praxis no existe un sistema penitenciario fundamentado en su totalidad sobre dichas reglas. Esto permite adaptar modelos pre existentes para lograr adaptar la mayoría de reglas al contexto político jurídico de cada país miembro de la ONU a partir de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por los mismos.

Si bien estas reglas –en principio– están orientadas a la protección de la persona privada de la libertad dentro de una institución penitenciaria, estas también contemplan el funcionamiento y optimización de las mismas a partir de consideraciones sobre la cualificación del personal que labore dentro de la institución (UNECOSOC, 1957, regla.47), incluyendo la incorporación de personal profesionalizado y especializado para el tratamiento de los reclusos (UNECOSOC, 1957, regla.49).

En el año 2015, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal formula una revisión a las SMR de 1955 con el propósito de establecer mejores parámetros de protección y regulación para las personas privadas de la libertad en relación a los cambios sociales de las últimas décadas.

Esta revisión se realizó en un periodo de 5 años, en observancia de los criterios de especialistas en rehabilitación social y ciencias penitenciarias (UNECOSOC, 2015, p.1) precautelando los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La denominación "Reglas Nelson Mandela[12]" fue acuñada por los expertos que participaron en la revisión de las SMR y posteriormente aceptada al momento de su aprobación.

El 17 de diciembre de 2015 las Reglas Nelson Mandela son aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas consolidando las distintas reglas e instrumentos relativos a personas privadas de la libertad en un solo cuerpo (UNECOSOC, 2015, p.2) con preceptos kantianos previamente establecidos en instrumentos internacionales.

Dentro de la estructura de las Reglas Nelson Mandela, se adoptan conceptos como la dignidad humana (UNECOSOC, 2015, regla 1) que se extiende en virtud del principio *pro homine* hasta la adaptabilidad del centro de reclusión para eliminar condiciones *in situ* que vulneren derechos fundamentales de los individuos (UNECOSOC, 2015, regla 5).

Estas reglas profundizan en la recopilación de datos personales de la persona privada de la libertad en relación al tratamiento rehabilitador (UNECOSOC, 2015, regla 7) siendo de carácter reservada excepto para el personal penitenciario siempre y cuando sean necesarias para el tratamiento (UNECOSOC, 2015, regla 9).

Al respecto del régimen disciplinario interno de los centros de rehabilitación social se determina la procedibilidad de los castigos que implican la separación del individuo del grupo de presos, establece la imperiosa necesidad de contemplar un

[12] En este sentido, la denominación "Reglas Nelson Mandela" o RNM serán utilizados en la presente disertación para evitar confusiones al lector con las SMR de la ONU.

reglamento interno cuyas causales sean de índole taxativa y reservada para casos excepcionales (UNECOSOC, 2015, regla 39. num. 3). La aplicación de sanciones debe ser de carácter progresivo considerando los aspectos intrínsecos del individuo como discapacidades o enfermedades que puedan agravarse con el castigo prohibiendo específicamente la tortura en concordancia con la CAT.

En este sentido, las Reglas Mandela contemplan un amplio espectro para la protección de derechos de las personas privadas de la libertad, desde la protección de sus datos hasta la incorporación de bibliotecas dentro de los centros de rehabilitación social. Estas construcciones, aunque dogmáticamente son aplicables, en la *praxis* se ven limitadas por el presupuesto de los estados en la medida de la planificación de políticas públicas.

Las Reglas Mandela aportan claridad conceptual en cuanto a la categoría de rehabilitación social por cuanto profundizan en la distinción de persona privada de la libertad con la de persona detenida o a la espera de juicio, separando los ámbitos de aplicación de las mismas reglas en función del principio de inocencia que recae sobre los últimos (UNECOSOC, 2015, regla 111). Es menester aclarar la inexistencia formal y material del tratamiento rehabilitador para personas detenidas o a la espera de juicio, implicando un reconocimiento del inicio de la rehabilitación social en la sentencia condenatoria ejecutoriada.

Después del análisis de la relevancia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos para el marco constitucional ecuatoriano, podemos determinar una supremacía –al menos teórica– de los derechos fundamentales de los individuos, determinando elementos formales para la existencia de la rehabilitación social como un proceso.

So pena del interés de proteger derechos fundamentales que han demostrado las organizaciones supranacionales mediante la generación de estándares de protección, en la praxis por un precario control de convencionalidad, no se llega a cumplir con la finalidad establecida por dichos instrumentos sin perjuicio de haber sido reconocidos en la normativa positiva secundaria.

2.2. Reglas mínimas sobre el tratamiento de reclusos conforme el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las primeras organizaciones supranacionales de ámbito panamericano se conformaron con miras a optimizar las relaciones de comercio entre los estados (OEA, 2018, párr.1). En este sentido, las conferencias panamericanas propiciaron un ambiente de cooperación entre estados para lograr fines comunes en ámbitos internacionales, generando varias instituciones político jurídicas dentro del contexto regional (OEA, 2018, párr.6).

Dentro de este proceso de consolidación de relaciones internacionales, en 1910 se creó la Unión Panamericana la cual en el año 1948 sería reemplazada por la Organización de Estados Americanos, en adelante OEA. Durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en la ciudad de Bogotá se adoptan tanto la Carta de la OEA, el Pacto de Bogotá y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 2018, párr.7) que serviría como fundamento para convenciones posteriores de derechos humanos a nivel panamericano.

En la Carta de la OEA, se establece la imperiosa necesidad de garantizar la protección de derechos humanos dentro del contexto interamericano generando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1948, art.106), en adelante CIDH, como órgano consultivo especializado en la materia. La necesidad de institucionalización de la protección de Derechos Humanos se satisfizo en 1969 con la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica (OEA, 2018, párr.8) generando la Convención Americana de Derechos Humanos o CADH.

Entre los aportes de la CADH al sistema interamericano, se establece un marco procedimental sobre el cual funciona la CIDH (1969, arts. 34-51), tanto para la admisibilidad de causas como para la sustanciación de las mismas, además de generar un órgano contencioso denominado Corte Interamericana de Derechos Humanos o Corte IDH (CADH, 1969, art.52). Tanto la CIDH como la Corte IDH forman parte del sistema interamericano de Derechos Humanos.

El Ecuador ha ratificado tanto la Carta de la OEA como la CADH y sus dos protocolos adicionales relativos al reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), así como la abolición a la pena de muerte (Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a la abolición de la pena de muerte, 1990). Esto implica que tanto las sentencias de la Corte IDH y las opiniones consultivas de la CIDH son de carácter vinculante para el Estado ecuatoriano.

Por reconocimiento expreso de la Constitución, los casos contenciosos ante la Corte IDH en los que el Estado ecuatoriano no figure como parte procesal, son de imperativo cumplimiento, por cuanto se reconoce la fuerza normativa de carácter constitucional (Const., 2008, art.11) de los estándares –como presupuestos dogmáticos– emitidos mediante las sentencias de este órgano judicial. Por otra parte los casos contenciosos en los que el Estado ecuatoriano figure como parte procesal son vinculantes por cuanto se ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH el día 24 de julio de 1984.

Por lo analizado, el actual modelo de rehabilitación social ecuatoriano propone la aceptación de un modelo discursivo garantista, empero de omitir normas del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en virtud del bloque de constitucionalidad ecuatoriano (Caicedo, 2009, p.12). Es decir, que sistemáticamente a pesar de la aplicación de un modelo estrictamente protector de derechos se siguen vulnerando categóricamente derechos de las personas privadas de la libertad.

2.2.1. Marco de actuación del Estado como garante de los derechos de las personas privadas de la libertad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el contexto de personas privadas de la libertad, la Corte IDH ha reconocido la responsabilidad del Estado sobre dichos individuos, por cuanto representa la tutela de una persona en situación de suspensión de derechos. En este sentido, el precepto de dignidad humana juega un rol fundamental dentro de la tutela de las personas privadas de la libertad de tal manera que la estadía dentro de un Centro de

Rehabilitación Social no puede atentar contra la dignidad del reo siendo el estado responsable por la vida y la integridad del mismo (Neira Alegría y otros vs. Perú, Serie C No. 29, 1995, párr. 60).

En este contexto la Corte IDH, ha determinado la responsabilidad del Estado de conformidad con lo establecido en la CADH (1969, art.1.1). Al respecto de las personas privadas de la libertad, la Corte IDH ha determinado que en caso de detrimento o violación de derechos se presume la responsabilidad del Estado por cuanto se encuentran bajo su custodia (Asunto de la cárcel Urso Branco respecto Brasil, 2002, considerando. 8).

El encarcelamiento de un individuo implica la suspensión de determinados derechos y libertades en virtud de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada. En este proceso se generan relaciones sociales de carácter sistémico (Smith, 1962, p.100) que permiten establecer relaciones de poder sobre los individuos a manera de disciplina. Esta subordinación fáctica implica un rol de poder sobre la condición del individuo subordinado (Mathiesen, 2003, pp.68-76).

Al respecto de la situación social generada de la subordinación fáctica, la Corte IDH ha establecido que el ejercicio de poder por parte del Estado sobre las personas privadas de la libertad genera conflicto por la regulación de derechos de estos últimos estableciéndose el Estado como garante de estos derechos mientras tenga lugar el cumplimiento de la pena ("Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, Serie C No.112., 2004, párr.152).

Este reconocimiento de rol de garante del Estado no se limita a la abstención de cometer actos que puedan generar vulneraciones de derechos si no que el Estado es directamente responsable de garantizar, mediante actos positivos, los derechos que no se ven directamente afectados por la privación de la libertad (Fleury y otros vs. Haití, Serie C No.236, 2011, párr.84).

En este orden de ideas, la protección de la vida, la integridad personal y la dignidad humana son parámetros fundamentales dentro de un sistema de rehabilitación social de un estado de derecho (Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Serie C

No.160, 2006, párr.310), puesto que la imposición de una pena no puede suspender derechos fundamentales por pretexto de ejercer poder punitivo sobre los individuos.

Esta protección a la integridad personal trasciende la protección que se realiza a un nivel físico sobre el individuo, por cuanto implica protección jurídica en observancia de la dignidad humana como un concepto abstracto susceptible de interpretaciones teleológicas. En el ámbito de rehabilitación social, la Corte IDH ha establecido que esta protección de derechos de las personas privadas de la libertad implica el aseguramiento de condiciones de vida, en los cuales la persona privada de la libertad se pueda desarrollar y cumplir el programa rehabilitador (Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Serie C No.150, 2006, párr.146).

Dentro de estas condiciones de vida, se debe observar las condiciones fácticas en las cuales se desarrolla la aprehensión física del individuo. La observancia por parte del Estado de condiciones carcelarias que eviten el hacinamiento, promuevan una separación categórica entre los individuos encarcelados, así como el acceso a salud, agua, alimentación, educación, trabajo, condiciones de salubridad permite cumplir a cabalidad con los artículos 4, 5 y 11 de la CADH (Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Serie C No.241, párr.67).

En conclusión, los estándares de protección para personas privadas de la libertad tales como el principio de trato humano, el uso de fuerza por parte de los agentes del Estado, acceso a la justicia, integridad personal, entre otros, han sido formulados por la Corte IDH fungiendo como complemento en relación al concepto kantiano de dignidad humana para establecer un alcance de la misma.

Es decir que, a partir de interpretaciones de carácter teleológico, los estándares establecen pautas –teóricas– para garantizar la protección de la dignidad humana (Abramovich, 2006, p.14) dentro de los ordenamientos jurídicos positivos tomando elementos dogmáticos determinados como abstractos con miras de fortalecer la conceptualización de un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico interno de un Estado.

Por lo anteriormente expuesto en el presente acápite, las actuaciones u omisiones del Estado con relación a las personas privadas de la libertad generan un marco de responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte IDH ha determinado que dentro del marco de actuación del estado existe la imperiosa necesidad de prevenir, garantizar e investigar (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Serie C No.4, párr.174) actuaciones que produzcan vulneraciones a derechos fundamentales.

Si bien no es el tema central de la presente disertación es importante recalcar la responsabilidad internacional como una consecuencia jurídica de los actos u omisiones del estado al respecto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

2.3. Rehabilitación social en el ordenamiento jurídico interno

En el contexto normativo ecuatoriano, la existencia de la rehabilitación social como un fenómeno jurídico vio un proceso de conceptualización histórico en el cual se ha determinado mediante marcos normativos internos en concordancia con la constitución. Para el año 1978, la Constitución Política del Ecuador no hacia un reconocimiento expreso de la rehabilitación social so pena de existir un ordenamiento jurídico secundario de carácter penitenciario. Esto se desarrollará con mayor amplitud en acápites posteriores.

Previo a hacer el análisis de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, es necesario remitirnos a su predecesora de 1998, por cuanto en aquella, se sientan las bases del Estado neoliberal y, consecuentemente, todo el sistema político, económico y social, que tuvo lugar durante su vigencia.

La Asamblea Constituyente de 1998 reunida en Sangolquí, dio origen a la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, la misma que contemplaba una estructuración del Estado, enfocado en el modelo liberal debido a la participación activa dentro de la economía nacional del sector privado (Acosta,

2012, pp.316-319). Dicho modelo de gobierno planteado en la mencionada Constitución de 1998, consideraba la protección de derechos de los ciudadanos enmarcándose en el reconocimiento de derechos humanos de tercera y cuarta generación so pena de su naturaleza neoliberal (Pazmiño, 2008, párr.12). Este periodo se caracterizó por cambios de paradigmas en materia de reconocimiento de derechos, accesibilidad a la justicia dentro de la institucionalidad del Estado como un fenómeno arraigado a un inminente paternalismo estatal (Hurtado, 2007).

En el año 2007, mediante "Consulta Popular" se decide cambiar con el paradigma jurídico vigente de corte neoliberal predominante en la Constitución Política de 1998 y se convoca a la Asamblea Constituyente de Montecristi. En el año 2008 el Ecuador afrontó un proceso constituyente para establecer una nueva Constitución Política orientada a un proyecto político concreto y regentado por un movimiento aglutinador de fuerzas políticas en consuno con la sociedad civil con predominancia de agrupaciones sociales de izquierda, con tendencia a reformular la estructura del Estado, buscando responder a las necesidades sociales, en cuanto a la protección y creación de derechos a partir de concepciones dogmáticas de índole garantista.

Dentro de este proceso nomogenerador que atravesó el Ecuador y como parte de este enfoque garantista adoptado por la Asamblea Constituyente de 2008, se establece dentro de sus postulados iniciales un planteamiento orientado a buscar un modelo de Estado que sea lo suficientemente capaz de combatir las desigualdades sociales (Moreno, 2007, p.827), en contraste con el aparataje estatal propiciado por los modelos neoliberales que seguían vigentes a la época.

Para Ferrajoli, el modelo de Estado liberal no es propicio para la protección de derechos fundamentales, en cuanto estos no se presentan como factor determinante de la libertad de mercado, como un elemento conceptual de dicho modelo de Estado (2005, pp.13-15), constituyéndose en una prioridad la determinación de un modelo teórico de Estado que proteja y garantice los derechos fundamentales ante las actuaciones del mismo.

Bajo la premisa del garantismo y la creación de un modelo de Estado garante de derechos, la Asamblea Constituyente de Montecristi adapta, escuetamente, esta

teoría a la realidad social ecuatoriana, con miras de combatir las necesidades sociales y de regular las actuaciones estatales, buscando la separación de la conceptualización del derecho como instrumento del poder político (Moreno, 2007, p.828). Adoptada la premisa del garantismo, la Asamblea Constituyente de 2008, el día 20 de octubre de ese mismo año, promulga la nueva Constitución de la República del Ecuador, con miras a determinar y garantizar la plena protección de los derechos fundamentales.

Dentro de la estructura constitucional, la conceptualización de los derechos fundamentales responde a los postulados deontológicos kantianos, por cuanto estos derechos son atribuibles a la persona por considerarla como un fin en sí mismo (Kant, 2007, pp.12-14). De esta forma, los derechos subjetivos que entran en la configuración legal determinada por la Constitución, son reconocidos en relación a la naturaleza del individuo como titular de derechos dentro de las situaciones jurídicas propias del plano intersubjetivo de la realidad social.

En el Ecuador, el marco constitucional de derechos y garantías establece a la rehabilitación social como un producto del abandono de las teorías retribucionistas de la pena, siendo una asimilación de preceptos kantianos sobre la dignidad humana, determinándola como un fenómeno jurídico propiamente dicho, por cuanto dentro de la norma constitucional, la rehabilitación social se determina como un proceso contrario al del sometimiento físico denominado como "castigo".

Esta asimilación del Derecho Penal al marco constitucional como una condición sustancial de existencia, formalmente determinó la implementación del Derecho Penal mínimo (Ferrajoli, 2006, p.38), así como adaptó la finalidad de la pena a la protección del individuo sancionado, buscando evitar la venganza pública o las sanciones desproporcionales del Estado.

A nivel dogmático, el reconocimiento de las personas privadas de la libertad, por mandato constitucional, como un sustrato social de atención prioritaria, establece al Estado en un rol de garante, que de conformidad con la expectativa social (Parsons, 1966, p.48) determinada tanto por la legislación primaria y reafirmada en

la legislación secundaria, reconoce y tutela los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) de las personas privadas de la libertad.

La praxis de las teorizaciones garantistas del Derecho Penal, han resultado incoherentes por cuanto los planteamientos realizados por el legislador no responden a la realidad social ecuatoriana. Por ejemplo, el quebrantamiento del principio de estricta legalidad dentro de la rehabilitación social, por cuanto se establece la creación de "normas técnicas" por parte de los ministerios sectoriales, constituyéndose en el punto de quiebre entre el garantismo como teoría determinante del marco constitucional, generando un detrimento en los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) de los individuos que forman parte del sistema de rehabilitación social.

Este detrimento en los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad se fundamenta en la inaplicabilidad del principio de estricta legalidad por cuanto este –tal como se configura en la praxis– permite actuaciones discrecionales por parte del ejecutivo y de sus ministerios, generando normativa punitivista para regular ámbitos constitucionalmente determinados como garantistas.

La formalización de la teoría garantista dentro de la nueva conceptualización de Estado que el Ecuador afrontó, trajo consigo la necesidad de generar contenido normativo, tanto adjetivo como subjetivo, que sea de carácter legitimador al marco constitucional, pues dentro del texto constitucional se establece que se deroga toda norma jurídica contraria a la Constitución del 2008.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la existencia de la norma penal como manifestación del poder punitivo del Estado, ha sido una constante desde la vida republicana del Ecuador, siendo frecuentemente modificado en relación al modelo de organización política del Estado.

El Código Penal vigente a la fecha de promulgación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, data del 22 de enero de 1971, recogía el catálogo de bienes jurídicos de relevancia penal que el legislador había considerado como pertinentes dentro del ordenamiento jurídico, coexistiendo con el Código de

Ejecución de Penas y Rehabilitación Social promulgado el día 17 de noviembre de 2006.

Esta separación de la rehabilitación social y el Derecho Penal positivo determinaba la existencia de fenómenos jurídicos independientes plenamente reconocidos por el legislador, manifestándose en cuerpos positivos determinados para cada tipo de normativa. Esta positivización permitió la individualización de los campos de acción de ambas instituciones jurídicas sin que la existencia separada de cada institución represente un detrimento dentro del marco constitucional brindándole coherencia sistémica al mismo.

Durante este proceso de generación de normas positivas, la tendencia garantista predominó y forzó a la codificación de normas que sean concordantes con los principios contenidos en la Constitución de la República, como reducto de la teoría garantista de Ferrajoli.

Lo anteriormente señalado, provocó la adaptación del Derecho Penal a las disposiciones constitucionales vigentes (Durán, 2016, p.276), con la finalidad de garantizar los derechos de los individuos, hecho que se concretó en la codificación de las normas sustantivas y adjetivas de carácter punitivo, así como las relativas a rehabilitación social dentro de un solo cuerpo normativo, el COIP.

La conceptualización del Derecho Penal como parte del Derecho Constitucional, generó una equivocidad conceptual (Zaffaroni, 2002, pp.3-5), determinada por un ámbito de aplicación normativo propio de la Constitución, relativo a garantizar los derechos de los ciudadanos, desnaturalizando la naturaleza punitiva y excepcional del Derecho Penal.

La promulgación del Código Orgánico Integral Penal en febrero de 2014, implementó explícitamente la corriente garantista dentro del sistema penal ecuatoriano, orientándose a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) so pena del cometimiento del injusto penal.

La determinación de conceptos e instituciones dogmáticas dentro de sus artículos, reconoce a la pena en el artículo 51, como una restricción a los derechos de una persona infractora determinada a nivel jurídico como una consecuencia de las acciones u omisiones del infractor (COIP,2014, art.51). De esta forma se superan las concepciones retribucionistas de la pena al respecto del castigo sobre el individuo. Posteriormente, en el artículo 52, se reconoció la existencia de la pena mediante la visión de la prevención general negativa (COIP, 2014, art.52), en tanto que, en el artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que la finalidad de la pena, a través de la rehabilitación social, se comprende en la reinserción y la rehabilitación integral de las personas privadas de la libertad (Const., 2008, art.201).

Esta disparidad conceptual entre el COIP y la Constitución deriva en una conceptualización de teorías unificadoras de la pena que en palabras de Jakobs buscan legitimar los fines preventivos de la norma penal positiva (1998, p.10) dentro de la sociedad. En este sentido, el legislador –mediante el COIP– permite entender a la rehabilitación social como teoría de la pena, por cuanto los esbozos normativos contenidos en la norma penal no distinguen sistemáticamente a dichas instituciones jurídicas.

En la estructura del COIP, se establecen las normas rectoras, la infracción penal, el proceso jurisdiccional y en cuanto a rehabilitación social se refiere, el libro tercero que trata de la ejecución de penas se establecen los órganos competentes, para su regulación y control como parte del ejercicio jurisdiccional del Estado; tales órganos se constituyen como una aparente respuesta normativa a la realidad social del régimen de rehabilitación social. En este sentido, el COIP, en el artículo 672, se señala que el sistema nacional de rehabilitación social comprende instituciones formales, así como principios generales del Derecho, para garantizar de forma integral la ejecución de la pena en observancia del marco constitucional de derechos (COIP, 2014, art.672), estableciendo un organismo técnico de regulación y control para los estándares del sistema de rehabilitación social.

Como estructura formal dentro del sistema de rehabilitación social, la norma determina la existencia de un organismo técnico, el mismo que se encarga de velar

por el cumplimiento integral de las políticas de rehabilitación social para verbigracia el trabajo, la educación, la cercanía familiar entre otras para garantizar la reinserción de los individuos.

Dentro de las funciones del Organismo Técnico de Rehabilitación Social se encuentran las de crear el Reglamento de Aplicación de las Normas Contenidas en el Libro Tercero del COIP, en el que se establece la necesidad de generar "normas técnicas" dependientes de cada Ministerio propio del órgano para cumplir con las finalidades determinadas por la Constitución.

En la disposición transitoria décimo primera del COIP se establece que el Presidente de la República será el encargado de la creación del Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, efectivizándose con el Decreto Ejecutivo N° 365, el cual determina la conformación del mismo. Es importante recalcar que el Presidente del Organismo Técnico es el Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Es menester recalcar la acumulación de poder punitivo que recae sobre la figura del Presidente de la República por cuanto, según la configuración legal de la normativa secundaria, es quien da fuerza al Sistema Nacional de Rehabilitación Social. En este sentido, la conformación de los órganos de regulación en materia de rehabilitación social, se ven constreñidos por la injerencia manifiesta del ejecutivo por cuanto plantea una expansión del poder punitivo.

Esta ampliación del marco de actuación del ejecutivo implica la participación de dicha función a través de sus ministerios dentro del proceso generador de normas relativas a la rehabilitación social lo cual termina siendo contraria a la configuración garantista y limitadora de poderes que plantea la Constitución de 2008 para verbigracia la implementación de uniformes dentro del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

Como se expuso en párrafos anteriores, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la existencia de principios dentro del marco constitucional de derechos, lo cual ha propiciado la generación de estructuras formales y materiales para

garantizar su cumplimiento. En este sentido, el legislador ecuatoriano, en un esfuerzo de comprender al fenómeno jurídico, generó cuerpos normativos codificados estructurados, con la finalidad de establecer un marco positivo de protección de derechos, empero, la construcción normativa del legislador so pena de fundamentarse en la doctrina garantista, termina vulnerando derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19), debido a la inobservancia de la realidad social.

El COIP en su Libro Tercero que trata de la ejecución, establece los órganos competentes, los jueces de garantías penitenciarias, el Sistema Nacional de Rehabilitación; los centros de privación de libertad, el régimen de penas no privativas de libertad, el régimen de medidas cautelares personales y rehabilitación social. Es importante señalar que se produce la creación de las o los jueces de garantías penitenciarias como ente jurisdiccional encargado de vigilar y controlar el cumplimiento de la condena en observancia a la protección de los derechos subjetivos de las personas privadas de la libertad, tal como lo establece el artículo 669 del mencionado cuerpo normativo.

Si bien la codificación de las normas positivas de índole penal se dio en observancia de la Constitución como marco normativo fundamental, la inclusión de la rehabilitación social dentro de dicha codificación implica una modificación a la concepción de la misma. Para Ferrajoli, al incluirse preceptos no punitivos dentro del sistema penal, este último es propenso a violar derechos fundamentales (2005, p.19) de las personas privadas de la libertad que en primera instancia se planificó proteger.

Dentro de la estructura del garantismo se observan dos teorizaciones importantes: la primera, es el principio de estricta legalidad determinada por la existencia de las normas dentro del ordenamiento jurídico; y, la segunda, es el principio de jurisdiccionalidad que recae en el aparato jurisdiccional del Estado para constatar que las normas jurídicas de carácter sustantivo sean coherentes mediante el uso de normas adjetivas (Moreno, 2007, p.833).

Estas teorizaciones determinan la coexistencia de los derechos subjetivos y la aplicación del poder por parte del Estado, pues mediante una restricción de poderes estatales mejor se tutelan los derechos de los individuos, a nivel de la praxis estos principios son reconocidos y protegidos por la existencia de garantías normativas y garantías constitucionales.

Bajo esta premisa, la protección de derechos subjetivos es de carácter objetivo en cualquier sistema o subsistema jurídico dentro de sus normas secundarias, pues la determinación de las mismas permite dar vigencia a las normas primarias en observancia al modelo de contrato social establecido y aceptado por el pueblo.

En la conceptualización de Derecho Penal que realiza el legislador, resulta coherente la aplicación del principio de estricta legalidad (Ferrajoli, 2006, pp.35-41), empero, la existencia de normas punitivas fuera de la ley penal hace difícil la aplicación del principio de jurisdiccionalidad (Ferrajoli, 2006, pp.42-45), por cuanto, un juez, formado y especializado en dogmática y ley penal, no puede conocer cuanta ley, reglamento o instructivo ministerial imponga sanciones de carácter punitivo.

El quebrantamiento de dichos principios, resulta en una incoherencia de carácter sistémico, la necesidad de proteger derechos subjetivos (Moreno, 2007, p.832) dentro de los subsistemas jurídicos es imperiosa, pero no recae exclusivamente en construcciones dogmáticas fundamentadas en éticas de mínimos (Cortina, 1994, pp.87-95), sin observar el entramado social del cual se desprenden los elementos constitutivos de un acto punitivo, recae en la aprehensión cognitiva (Lambert, 2006, p.520) de dichos fenómenos dentro de los procedimientos generadores de normas jurídicas.

En el ámbito de la rehabilitación social, la inaplicabilidad del sistema garantista ha sido evidenciada dentro de la práctica, para verbigracia el reglamento realizado por el organismo técnico y su remisión a "normas técnicas" establecidas por los ministerios parte de este organismo. Dicho reenvío que realiza la ley penal hacia la normativa secundaria del ejecutivo se constituye en un detrimento al ejercicio de derechos subjetivos por parte de la persona privada de la libertad, por cuanto no

existe una determinación formal establecida en la ley para garantizar la vigencia de sus derechos. La falta de determinación de "normas técnicas" dentro del ordenamiento jurídico se constituye en una norma en blanco, que contradictoriamente con los postulados del garantismo, se constituyen en una atribución de poder para el ejercicio discrecional de las facultades del Estado por cuanto no establecen un límite claro de las potestades normativas del ejecutivo generando vulneraciones a los administrados.

La rehabilitación social, al estar contenida en el COIP, se sujeta al principio de legalidad que el sistema penal establece para la norma positiva, al determinarse dentro de las funciones del organismo técnico la creación de "normas técnicas", se genera un fenómeno de remisión (Doval, 1999, p.170) en el cual la norma positiva de rehabilitación social hace una incorporación por referencia de otras disposiciones normativas no determinadas.

En este orden de ideas, las "normas técnicas", en observancia de la conceptualización jurídica de índole penal que el legislador ha realizado de la rehabilitación social, se constituyen como normas en blanco que remiten a normas jurídicas de menor jerarquía (García, 2012, p.66), por cuanto son responsabilidad de un ministerio mas no del legislador, generando falencias sistémicas dentro del ordenamiento jurídico de índole garantista.

Las normas positivas de naturaleza no penal a las que remiten las "normas técnicas", derivan en el ejercicio discrecional por parte de los órganos del Estado. La atribución de actos legislativos a ministerios u otros órganos del Estado cuya función no radique en la legislatura propiamente dicha (García, 2012, p.73), constituye una violación al principio de estricta legalidad acogido por la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro de la configuración social ecuatoriana, la existencia del poder punitivo del Estado se manifiesta en diversos grados de interacción social, desde instituciones formales de carácter manifiestas que operan dentro del campo jurídico (Bourdieu, 2000, p.161) determinando al individuo como un sujeto profano ajeno a la lógica

de las interacciones jurídicas (Bourdieu, 2000, pp.167-169), estableciendo un grado de rechazo ante las estructuras de control social.

Partiendo de una racionalización categórica se puede determinar como base del sistema jurídico a los bienes jurídicos protegidos cuya relevancia radica en la importancia que ocupan dentro del sistema social (Urteaga, 2009, pp.306-308), por cuanto los individuos, a nivel teórico, acceden a ceder conscientemente sus derechos para la constitución de una entelequia (Rosseau, 1999, pp.52-53.) de carácter superior que sea capaz de imponerse ante los otros individuos de forma legítima, para proteger los dichos derechos.

Estos bienes jurídicos son la materialización positiva de los imperativos categóricos kantianos por cuanto se asimilan dentro del marco constitucional de derechos y justicia en observancia de las necesidades sociales. Los bienes jurídicos protegidos son los que permiten determinar, desde el ámbito material de la Constitución, la configuración normativa que adopta el sistema jurídico para proteger dichos bienes.

En el ámbito de la rehabilitación social, la propuesta garantista del Estado, superponiéndose a las configuraciones neoliberales y de los estados de mera legalidad, determina un sistema categórico de restricciones al poder del Estado, que amparándose en garantías jurídicas y en observancia de los bienes jurídicos protegidos aparentemente protege los derechos fundamentales de los individuos empero dentro de la praxis así como la inobservancia a los factores sociales de carácter material derivado de las interacciones sociales de las personas privadas de la libertad, no guarda coherencia con la estructura normativa.

Dentro del marco categórico anteriormente expuesto, la configuración jurídica determinada por el Derecho Penal como un constructo delimitado de normas específicas de ámbito punitivo, funge como garantía máxima del contrato social, (Roxin, 2006, p.23), por cuanto sus funciones se constituyen en la protección de bienes jurídicos en última ratio y la limitación del ejercicio del poder punitivo eliminando la concepción castigadora que hasta el momento se le ha dado al Derecho Penal.

Como se ha descrito en líneas anteriores, la rehabilitación social responde a una etapa posterior a la sentencia condenatoria establecida por un proceso penal, es decir, que los bienes jurídicos protegidos de la rehabilitación social son los mismos inherentes al contrato social (Rosseau, 1999, pp.52-53.) con la restricción legítima de la libertad de movilidad como consecuencia de un quebrantamiento dentro de dicho contrato.

Dentro del contexto ecuatoriano, la racionalización de las categorías conceptuales relativas a la rehabilitación social deben formarse en dos instancias valorativas, la primera se constituye en la aprehensión cognoscitiva de la realidad social ecuatoriana en cuanto a factores criminógenos; y, la segunda, radica en los procedimientos de creación de normas, estableciendo un catálogo de bienes jurídicos protegidos que limitan la discrecionalidad estatal al respecto de las limitaciones formales que el mismo establece como sanción a los individuos infractores.

En este sentido, a pesar de la existencia de una limitación legítima de derechos establecida por el Estado, para los individuos infractores no impide el desarrollo de marcos normativos para proteger los bienes jurídicos de los cuales no pueden ser privados por actuación estatal, evitando la falencia sistémica entre el modelo garantista y el neopunitivismo normativo al momento de proteger derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) de naturaleza post kantiana.

Esta separación dogmática de categorías jurídicas permite dar vigencia al marco constitucional de derechos, por cuanto los marcos de protección de derechos y justicia se determinan a partir de la norma, evitando el contenido subjetivo de los argumentos estrictamente kantianos, permitiendo generar un sistema penal independiente de un sistema penitenciario.

2.3.1. Política criminal ecuatoriana ante el fenómeno de la Rehabilitación Social

La política criminal se constituye en una disciplina que estudia las medidas legislativas que el Estado toma para la prevención y la represión del delito

(Orellana, 2015, p.231), resultando fundamental en relación a la estructura social determinada y vigente al momento de su formulación.

En este sentido, las construcciones dogmáticas relativas al Derecho Penal como ciencia sistemática (Welzel, 1969, citado por Roxin, 2006, p.35), la política criminal se constituye como un elemento conceptual del mismo, aportando conceptualizaciones sobre el fenómeno de la criminalidad dentro de la organización social propia de un Estado.

La estructuración de la política criminal dentro de un Estado de derechos responde a una sistematización de conceptos y categorías relacionadas al fenómeno criminal, de tal manera que en observancia de las construcciones legislativas determinadas en la ley positiva y los principios generales del Derecho aplicables al Derecho Penal, determinan el alcance y la naturaleza del sistema penal como un fenómeno complejo.

Esta construcción del sistema penal, desde la criminología aplicada (Orellana, 2015, p.232), se fundamenta en la construcción política de la criminalización de un conflicto social, mediante una teorización sobre la legitimidad de dicha criminalización primaria (Zaffaroni, 2002, pp.7-10) en consuno con el desarrollo normativo positivo por parte del legislador, es decir, que dentro del proceso legislativo la fundamentación política de la criminalización de una conducta responde a un proceso de construcción conceptual sobre lo penalmente relevante.

En el ámbito político, la observancia de la dogmática penal permite racionalizar las interpretaciones políticas sobre los fenómenos sociales en orden de establecer un axioma dinámico (Fernández, 2009, p.233) coherente con la realidad social durante el proceso de legitimación. Esto nos permite establecer limitaciones dentro del proceso de justificación política, para verbigracia, la observancia de la norma constitucional en su acepción material.

Dicho proceso de justificación política del injusto penal, permite la conceptualización dinámica de bienes jurídicos (Fernández, 2009, p.234) a través de la observación de factores sociales determinantes, conciencias colectivas

morales y la efectividad de las normas jurídicas que protegen dichos bienes jurídicos.

La racionalización de la justificación política influye directamente en la construcción legislativa, de tal manera que en aplicación de modelos discursivos se puede generar una norma justa, valida y eficaz (Bobbio, 1994, pp.20-24) en relación a las construcciones categóricas previamente mencionadas.

Como disciplina, la política criminal, desde un aspecto constructivista, mediante la aplicación de modelos éticos discursivos busca subsanar la precariedad kantiana de las estructuras dilemáticas, propios de la razón práctica, entre los constructos cognoscibles y los sensibles (Kant, 2007, pp.61-62) a partir de la formulación de leyes penales socialmente legitimadas y aceptadas para consolidar el sistema penal.

En este sentido, la política criminal se informa tanto de la criminología, que como disciplina auxiliar permite determinar fenómenos criminógenos dentro de las estructuras sociales (Orellana, 2015, p.232), así como del Derecho Penal que establece construcciones normativas de carácter positivo en relación al injusto penal.

Para Orellana, la estructuración de la política criminal contiene axiomas determinantes (Orellana, 2015, p.233) dentro del campo de acción, dichos axiomas responden a la necesidad de establecer control sobre la eficacia de la misma dentro de la realidad social.

Dichos principios, consolidados como máximas que informan a una institución, permiten establecer parámetros racionales sobre la generación de política criminal en observancia de la realidad social, el individuo infractor y de las funciones punitivas del Estado. En este sentido, las construcciones sistémicas propias de la política criminal se consolidan en un proceso de ingeniera institucional.

Para Zaffaroni, la ingeniería institucional es producto de la interdisciplinariedad del Derecho Penal, la Criminología y el sistema penal (Zaffaroni, 2002, p.153-155) lo cual permite la consolidación de instituciones dentro del proceso de

conceptualización del injusto penal a partir de construcciones cognoscitivas. Como constructo social la ingería institucional forma parte de un conjunto de disciplinas que determinan los ejes en los cuales la política criminal ha de orientarse permitiendo la generación de ingeniería constitucional (Orellana, 2015, p.236) penal en configuraciones estatales de carácter garantista.

Dentro de las construcciones cognoscitivas que abarca la formulación de la política criminal, la aplicación de dichas construcciones enfocadas a la realidad social en relación al conflicto (Orellana, 2015, pp.236-237), penalmente relevante, determinan el surgimiento de la ingeniera institucional como un mecanismo estructurado permite planificar medidas sociales que permitan morigerar el delito.

A nivel sociológico, la política criminal se constituye en una institución de carácter formal que aporta elementos conceptuales (Smith, 1962, p.96) a las instituciones sociales de relevancia jurídica enmarcada dentro del ámbito punitivo del Estado.

Por lo cual, la política criminal es una disciplina que aporta al desarrollo de limites formales dentro de la aplicación del poder punitivo por parte del Estado, empero ser considerada como secundaria dentro del sistema penal.

Dentro de la configuración social actual, las imbricaciones morales determinadas por los conglomerados sociales, determina la existencia de riesgos dentro de las interacciones sociales. Dichos riesgos pueden constituirse en fenómenos sociales determinados dentro de la estructura social, que posterior a juicios categóricos de carácter constructivista se determinan en un injusto penalmente relevante. En el contexto de la rehabilitación social, los elementos conceptuales derivados de las relaciones sociales y de las expectativas sociales en relación a la imagen del individuo infractor como un constructo social independiente de la construcción identitaria del infractor.

Esta interiorización de los riesgos influye dentro del proceso de fundamentación política sobre la criminalidad de una determinada conducta o institución, pueden generar problemas dentro de las instituciones de control social de carácter material y formal, pues a nivel normativo, so pena de existir un proceso de racionalización

discursiva sobre la naturaleza del injusto, puede degenerar en populismo punitivo. Las construcciones cognoscitivas de carácter dogmático que derivan de la criminología respecto de la víctima y del infractor, obedecen a una conceptualización kantiana del individuo per se, por cuanto la estructuración de la política criminal, en observancia de la concepción material de la Constitución, debe garantizar y proteger los derechos de ambos individuos a través de la estructuración de normas positivas de carácter penal coherentes.

Dicha protección de derechos surgida de la política criminal, como disciplina, trasciende a la esfera de lo punitivo y se extiende al ámbito de la rehabilitación social por lo que es menester el reconocimiento de axiomas dinámicos dentro de la estructuración del sistema penal en observancia de las construcciones conceptuales al respecto de factores criminógenos.

En el contexto propio de la realidad social ecuatoriana, la rehabilitación social, como institución jurídica, se ve reconocida dentro del sistema penal como una extensión del derecho punitivo a fin de justificar a la pena, de una manera deontológica (Kant, 2007, pp.26-28), generando una equivocidad conceptual; es decir, que se fundamenta en el hombre y las construcciones conceptuales que se desprenden de su naturaleza como ser dentro de la estructura social, por lo cual en observancia de la racionalización jurídica de los fenómenos sociales, debe generar normas positivas coherentes con la protección de dichas cualidades intrínsecas durante el proceso de rehabilitación social.

Dentro de los procesos de racionalización, la conservación de un ordenamiento jurídico coherente se torna en prioridad por cuanto los fenómenos sociales determinados como injustos penales deben ser categorizados y sistematizados dentro de cuerpos normativos ordenados y estructurados.

Esta construcción normativa se ve informada por la Función Ejecutiva, que mediante los ministerios, en ejercicio del *ius imperium*, formulan políticas que establecen parámetros de actuación estatal para cumplir con las necesidades sociales determinadas por los individuos, siendo de carácter orientador al momento de establecer un conjunto de normas jurídicas que regulen la ejecución de dichas

políticas, mediante la creación de órganos específicos y la asignación de partidas presupuestarias para garantizar su funcionamiento.

Para Baratta, desde la criminología crítica, este conjunto de órganos, leyes y procesos internos de criminalización racionalizada (1984, p.74) determina el marco categórico de la política criminal como parte de un sistema penal estructurado. Es menester recalcar que la Criminología no se determina como un sinónimo de política criminal, determinando la importancia de la Criminología como una disciplina auxiliar dentro del sistema penal para la creación e interpretación de la política criminal.

Por otra parte, para autores como Zambrano, la distinción entre la Criminología y la política criminal, radica en la reflexión racionalizada de la criminalidad que propone la Criminología en contraste de la existencia de la política criminal como un mecanismo organizado de control social (2009, p.292). En este sentido, la política criminal es un conjunto de prácticas político jurídicas que forman parte del sistema penal siendo inspirada por la Criminología como ciencia.

En el Ecuador, el desarrollo de la política criminal se encuentra establecido en el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 -en adelante PNBV 2013-2017- dentro del objetivo 6, el cual busca morigerar la desigualdad material y formal del ciudadano ante los órganos jurisdiccionales del Estado. Actualmente, denominado como el Plan de Estructuración de Políticas Públicas generado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo se denomina Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021.

Dentro de los lineamientos estratégicos del objetivo 6, el PNBV 2013-2017 propone una estructuración y consolidación del sistema penal del Ecuador mediante la consolidación del sistema de rehabilitación social, el fortalecimiento de las normas positivas, así como la optimización del sistema de investigación científica del delito.

Siendo determinada la política criminal ecuatoriana dentro del marco de políticas públicas, los objetivos establecidos por el PNBV 2013-2017 responden a una

formulación categórica desde la Criminología al momento de establecer los objetivos y marcos de acción.

Dichas políticas, como constructos sociales, se ejecutan mediante la intervención directa del Estado mediante sus órganos, es decir, que los ministerios son capaces de intervenir dentro de la ejecución de los lineamientos establecidos por el PNBV 2013-2017 actuando tanto de forma individual como colectiva.

Como resultado de la conceptualización de la política criminal en el Ecuador, el Ministerio Coordinador de Seguridad como ente rector, en observancia del PNBV 2013-2017, formula el Plan Nacional de Seguridad Integral, el mismo que determina las categorías de cumplimiento de las políticas públicas en cuanto a la seguridad ciudadana. Dicho plan integral se fundamenta en la seguridad ciudadana con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los individuos, bajo preceptos dogmáticos kantianos orientados a la realización del "Buen Vivir"[13] concordando –al menos dogmáticamente– con los postulados formulados por Ferrajoli.

Para asegurar el cumplimiento de dichos planes nacionales, el Estado mediante sus ministerios genera sistemas nacionales, los cuales son conformados por ministerios, direcciones, secretarías y agencias ejecutivas del Estado, tales como la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas para garantizar la ejecución de los mismos.

En temas de política criminal, para el cumplimiento y fomento de la política pública, se establecen órganos determinados para el desarrollo de las mismas, para verbigracia la Dirección de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado, dentro de la cual se contempla la creación de directrices en cuanto a la morigeración del fenómeno delictivo, así como estudios criminológicos.

[13] Para Macas, el Sumak Kawsay se define como la vida en plenitud, entendiéndose como una amalgama entre la vida espiritual y material expresándose por la armonía del individuo en relación con la comunidad estableciendo los principios de reciprocidad y redistribución fundamentados en el comunitarismo propio de los pueblos ancestrales (2010, p.452)

Por otra parte, dentro del Acuerdo Ministerial 0093 se expide el Reglamento Integral del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en su artículo 3 establece como objetivos institucionales la creación de políticas públicas coherentes con la norma constitucional, así como la generación de política criminal.

Como bien se ha señalado en líneas anteriores, el desarrollo de la política criminal en el Ecuador, se concibe como un reducto de la política pública en orden de preservar la convivencia en observancia del marco constitucional de derechos.

La política criminal ecuatoriana tal como se formula y concibe en los planes nacionales, surge a partir del análisis de datos estadísticos relativos al delito. Desde la Criminología crítica, la política criminal responde a los factores sociales recogidos por el legislador ecuatoriano, siendo la consideración punitivista de la rehabilitación social parte del sistema penal determinado a partir de las construcciones conceptuales sobre la justificación de la pena en un Estado de derechos y justicia (Orellana, 2015, p.147).

En el contexto jurídico ecuatoriano, la rehabilitación social ha sido planteada desde la Constitución como un derecho de las personas privadas de la libertad, por lo cual, mediante el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017 se establecen objetivos al respecto de la rehabilitación, planteando desarrollo de normativa secundaria por parte del legislador, así como directrices específicas de cada una de las instituciones encargadas de la ejecución de dichas políticas.

Dentro del ámbito de ejecución de las políticas públicas relativas a la rehabilitación social, la existencia de "normas técnicas" determinadas por los ministerios miembros del sistema nacional de rehabilitación social, pueden establecer un ámbito de discrecionalidad mayor al estipulado dentro de la ley, pues la regulación constante en una norma técnica no establecida de forma expresa en el ordenamiento jurídico, tiende a aumentar el poder punitivo (Zaffaroni, 2002, p. 17-18) del Estado, por cuanto existe una indeterminación expresa de la ley.

La consideración de la realidad social para la formulación de política criminal, determina el ámbito de aplicación y de regulación de la misma, en observancia de la Criminología, el Derecho Penal y disciplinas auxiliares, permiten generar un sistema penal coherente con las necesidades punitivas de cada sociedad en un periodo de tiempo determinado.

En el contexto práctico, es menester aterrizar los preceptos dogmáticos dentro del marco de interacciones sociales de los ecuatorianos, por cuanto las construcciones identitarias (Toledo, 2012, pp.46-47) de la sociedad ecuatoriana son distintas a las características de las sociedades europeas y latinoamericanas. La construcción de la política criminal debe observar a la realidad social, por cuanto la aprehensibilidad de la rehabilitación social como un fenómeno de estudio independiente a la teoría de la pena permite establecer marcos de actuación para el estado brindándole coherencia sistémica al marco constitucional de derechos.

Por lo anteriormente expuesto, es menester determinar el ámbito no punitivo de la rehabilitación social, estableciéndola como una institución jurídica independiente a la teoría de la pena, la cual en observancia de la multidisciplinariedad del sistema penal, permita proteger derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, permitiendo generar coherencia dentro del ordenamiento jurídico así como en la praxis.

CAPÍTULO III. DIVERGENCIA ENTRE LA TEORÍA DE LA PENA Y LA REHABILITACIÓN SOCIAL

3.1. Teoría de la Pena

La dogmática jurídica define a teoría de la pena como el fundamento del castigo coercitivo del Estado (Roxin, 2007, p.70) determinado como legítimo, por cuanto se establece en torno a la realidad social relativa a un periodo de tiempo determinado. Como fenómeno jurídico, la teoría de la pena responde a la necesidad punitiva de control social (Foucault, 1990, pp.11-13), fungiendo como argumento legitimador de la sanción estatal, mientras que como fenómeno social, dentro del campo jurídico, se determina como la interpretación legítima (Bourdieu, 2000, p.216) de la realidad social al respecto del castigo propiamente dicho.

Partiendo de las conceptualizaciones adoptadas por el sistema penal, las cuales pueden ser de índole garantista o radicalmente neoliberales, dentro del elemento normativo se determina la necesidad de una pena en relación al poder punitivo y en su función manifiesta (Zaffaroni, 2002, pp.7-8), siendo contemplado y regulado por un conjunto de axiomas que orientan el proceso de construcción normativa. En este sentido, para autores como Zaffaroni, las teorizaciones relativas a la pena responden a una construcción abstracta de la pena como limitación al poder punitivo (1980, p.33) por cuanto delimitan el campo de acción del Derecho Penal en relación al principio de legalidad teniendo –al menos en el deber ser del Estado moderno– un limite sujeto a la Constitución.

La injerencia de los modelos dogmáticos de Constitución dentro de la formulación de la teoría de la pena vigente dentro de una sociedad, responderá a la conceptualización formal o material (Durán, 2016, p.276) que dicha sociedad tenga de la Constitución como norma. Al respecto del marco constitucional de derechos, la determinación de la concepción de la pena establecida en la Constitución ha sido un concepto dúctil propiamente dicho, pues la concepción de la pena dentro de los ordenamientos jurídicos positivos y subsecuentemente dentro de los sistemas penales, se ha modificado con el tiempo y determinado según el paradigma (Kuhn, 1975, p.218) imperante dentro de cada sociedad.

A partir de la implementación de un modelo dogmático de Constitución, la categorización de la teoría de la pena previamente señalada y adoptada debería influir en la normatíva secundaria por principio de coherencia, en observancia de la estricta legalidad constitucionalmente consagrada, por cuanto se establece que el cuerpo normativo secundario de carácter positivo que contiene a la norma penal debe establecer las penas relativas a cada acto infraccionario (Jiménez, 1997, p.18) determinando la coherencia entre el acto punible y la punición estatal.

Para Durán, esta manifestación de principios reguladores de la actividad punitiva trasciende al ámbito judicial (2011, p.144) siendo identificable en la aplicación y valoración de la pena para todos los individuos que conforman la sociedad. Dentro de esta conceptualización, el rol de la Constitución Política como instrumento valorativo e informativo del sistema penal, sobre la teoría de la pena se fundamenta en un conjunto de preceptos y valores (Durán, 2011, p.150) legitimamente determinados por la Constitución.

Como construcción categórica, la pena surge a partir de la necesidad social de establecer una sanción legitimada por el Derecho para garantizar la convivencia en sociedad, por lo cual la pena se conceptualiza a partir de las determinaciones propias de criminalidad de la realidad social. Esta categorización de la pena está sujeta a un marco de actuación constitucional puesto que dentro de la misma se establecen tanto los bienes jurídicos protegidos como los límites formales de la teoría de la pena.

Ahora bien, el marco de actuación del Derecho Penal, constitucionalmente determinado, establece la finalidad de la pena a partir de modelos discursivos determinados por la legitimidad de la institucionalidad derivada de la legalidad (Habermas, 2001, pp.184-197) que de esta ultima se desprende, por lo cual la limitación del poder punitivo radica en el reconocimiento bipartito de derechos a nivel macro.

Dependiendo de la conceptualización de índole contractualista de Estado que se adopte en el marco constitucional que maneje una sociedad en concreto sobre su

realidad social, la teoria de la pena puede ser legitimada o deslegitimada en observancia a dicha conceptualización.

Como parte de un sistema dogmático estructurado, la teoría de la pena se ha abordado desde la "penología", misma que se refiere al estudio de la pena y sus consecuencias jurídicas (Bombini, 2018, p.17) dentro de la sociedad.

3.1.1. Fundamento criminológico de la teoría de la pena

Desde la política criminal, la medición de los objetivos propuestos para el correcto funcionamiento de un sistema penal, son determinables a partir de las consecuencias de los actos punitivos y de la valoración tanto de cirscunstancias constitutivas de un acto infraccionario penalmente relevante (Jiménez, 1997, p.18), como de la medida de la culpabilidad del individuo infractor (Hörnle, 2001, p.407).

A partir del análisis de la Criminología como elemento constitutivo del sistema penal (Bombini, 2018, pp.17-18), la teoría de la pena se aborda a partir de la estructuración de conceptos derivados del ámbito criminal (Orellana, 2015, pp.231-233) que dentro del ámbito social son interpretados en relación a la reprochabilidad social de la conducta en observancia de valores socialmente determinados como relevantes.

En la estructuración social y marco de reprochabilidad de las conductas, la penología ha adaptado conceptos teóricos dentro de las estructuras sociales de control social; en este sentido, la conceptualización de la pena bajo la premisa de eficiencia del Estado ha permitido la expansión del aparataje estatal (Copetti, 2017, pp.24-25).

Como producto de la realidad social, la pena responde a la configuración axiomática determinada por el modelo de contrato social aceptado y legitimado por los individuos sin dejar de lado la configuración politica de cada sociedad (Puig, 1982, pp.16-17) comprendida dentro de un periodo de tiempo determinado. La incorporación de discursos populistas ha determinado el detrimento en los procesos de conceptualización y legitimación política de la teoría de la pena, por cuanto el

argumento fundamental deriva de una relación de poder utilitarista en observancia de la econometría y no de una construcción categorica de índole jurídico-filosófica (Copetti, 2017, p.37). En este orden de ideas, es menester determinar la naturaleza de la teoría de la pena a partir de las construcciones dogmáticas y filosóficas dentro del sistema penal y las distintas conceptualizaciones de la pena en sí misma que derivan de dichas construcciones.

3.1.2. Naturaleza de la teoría de la pena

Desde la dogmática penal y la Filosofía del Derecho se ha pretendido conceptualizar la necesidad de la pena dentro de la sociedad, mediante la formulación de discursos legitimadores de índole política (Fernández, 2009, p.233). En este sentido, para la dogmática penal, la teoría de la pena se ha constituído como una de las prioridades académicas para los entendidos en Derecho; en tal razón, se busca justificar el detrimento de derechos que la imposición de una pena estatal implica (Copetti, 2017, p.38), así como de los efectos que se producen en el individuo sometido.

Dentro de la sociedad, la necesidad legítima de establecer control social, ha permitido conceptualizar la legitimación de la sanción de acuerdo al sistema político imperante y a la realidad social propiamente dicha. A partir de las conceptualizaciones contractualistas, la justificación del castigo surge como una prerrogativa legitimadora de la intervención estatal dentro de las relaciones sociales de los individuos. Según la teoría rousseana, la legitimación del pacto social se fundamenta en la protección de los contratantes (Rosseau, 1999, p.31). Según la conceptualización hobbesiana, la legitimación de la pena se determina en relación al mantenimiento del Estado con apego a su soberanía (Hobbes, 2010, pp.142-143).

En este orden de ideas, la teoría de la pena se refleja dentro del ordenamiento jurídico positivo en los cuerpos normativos, que reflejan la conceptualización del legislador al respecto del castigo estatal. Esta conceptualización proviene de la concepción gnoseológica (Lambert, 2006, p.520) del legislador sobre la aprehensión de la realidad social. La teoría de la pena como fenomeno aprehensible responde a un periodo de tiempo determinado en el cual, el influjo de factores

sociales derivados de la realidad social determinan la relevancia penal (Smith, 1962, p.98) de una conducta o no.

Para autores como Donna, la existencia de la teoría de la pena encuentra su fundamento en la determinación realizada por el legislador (1996, p.19), de la existencia de un acto infraccionario penalmente relevante (Jiménez, 1997, p.18) en observancia de un periodo de tiempo determinado.

Ahora bien, esta determinación jurídica de un fenómeno social puede estar influenciada por fuerzas políticas o morales que determinan la relevancia penal del fenómeno, derivando en una equivocidad conceptual (Zaffaroni, 2002, pp.3-5) sobre la fundamentación de la pena.

En las construcciones dogmáticas relativas a la conceptualización de la pena dentro de la sociedad y del ordenamiento jurídico, encontramos distintas acepciones tomadas por el legislador en observancia del modelo de contrato social imperante al momento de su formulación. Estas teorías se dividen en dos tipos: absolutas y relativas.

3.1.2.1. Teorías absolutas de la pena

La imperiosa necesidad de establecer una finalidad al castigo estatal permitió generar planteamientos filosóficos sobre el castigo en si mismo derivando en teorías, las mismas que conciben al fenómeno punitivo como un producto del quebrantamiento del orden moral reflejado en el ordenamiento jurídico a través de la entelequia estatal (De Araújo, 2018, p.66).

Estas teorías buscan la justificación de la pena, como una consecuencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, siendo aplicable la sanción por cuanto esta reafirma la fuerza normativa del ordenamiento jurídico mediante la configuración proposicional hegeliana continuando con la tradición académico-filosófica del idealismo alemán (Hörnle, 2015, p.22).

Dentro del ámbito académico del derecho, la exitencia de planteamientos relativos a la pena se ve determinada por un conjunto de ideologias dominantes dentro de la sociedad pretendiendo establecer la legitimidad de la misma en observancia de la configuración estatal.

Para académicas como Hörnle, las teorías de la pena de carácter absoluto cuyo énfasis discursivo recae sobre la escuela idealista alemana de Kant y Hegel promueve el abandono del método analítico de interpretación en cuanto la existencia de derechos fundamentales es ignorada dentro de la configuración del sistema de justicia penal (2015, pp.22-23).

Las teorizaciones relativas a las teorías absolutas de la pena han sido abordadas desde factores y criterios de demarcación propios del falsacionismo ingenuo recalcando la carencia de logica interna de las proposiciones por cuanto el criterio de demarcación en si mismo es de indole teológica y empírica (Escobar, 2018, p.127) generando conceptualizaciones sobre el fenómeno social que representa la pena dentro del sistema penal.

Dentro de las conceptualizaciones absolutas de la pena encontramos a dos grandes vertientes: la expiación y la retribución.

3.1.2.1.1. Expiación

Como bien se ha determinado en los párrafos anteriores la teoría de la pena es una construcción establecida a partir del orden social por lo cual, los modelos de gobierno determinados por la injerencia religiosa, han determinado la producción normativa en consuno con el contexto político generando modificaciones a los argumentos legitimadores de la punición estatal desarrollando, a partir de un argumento teológico (Hörnle, 2015, p.26), un sistema penal aparentemente estructurado.

Dogmáticamente la conceptualización del Estado como un ente institucionalizado en un individuo, denominado soberano, permite determinar categorías normativas relativas al mantenimiento y consolidación de la organización político

administrativa anteriormente descrita que para fines de la presente disertación se traducen en la conceptualización de la pena de los regímenes teocráticos.

En el contexto expiacionista, la perpetuación de la iglesia como estamento de poder durante los estadíos históricos, determinó la consolidación de un poder hegemónico de la iglesia al respecto de los soberanos. En este orden de ideas, la asimilación de conceptos religiosos dentro de la esfera normativa se materializó en el ámbito penal. Esto permitió la conceptualización de términos como culpa, castigo, pecado dentro del ámbito jurídico otorgandole fuerza positiva dentro del ordenamiento jurídico.

Determinado el Estado como un órgano de gobierno, la necesidad de regular las interacciones sociales parten de las conductas tomadas como válidas según el paradigma imperante. Para tratadistas como Beccaria, el ejercicio de la punición por parte del soberano se legitima en cuanto se protege al contrato social, ya que existe la necesidad de castigar (2013, pp.9-10), esto implica la existencia de un proceso de racionalización, al menos aparente, de la vindicta.

La legitimación del castigo entendido desde el ámbito punitivo, determina a la vindicta como una reacción proporcional al quebrantamiento del ordenamiento jurídico encarnado en el soberano (Cano, 2017, p.96) que a su vez es representante de Dios en la tierra. Esta asimilación de la deidad encarnada en el soberano y de forma indirecta sobre el Estado, determina que el quebrantamiento al "ordenamiento jurídico" es el cometimiento de un pecado propiamente dicho.

En este sentido, la conceptualización de la pena es determinada por la ofensa cometida ante Dios (Cano, 2017, p.96), justificando el sentido punitivo de la expiación del pecado mediante el sufrimiento físico del infractor, es la consecusión de un fin determinado por convicciones el que legitima la punición (Hörnle, 2015, p.25)

La conceptualización religiosa de la pena propició el aumento del poder punitivo (Zaffaroni, 2002, pp.7-9) ejercido por la iglesia y los príncipes católicos. Un claro ejemplo de la equivocidad conceptual de la pena propiciada por la injerencia del

catolisismo dentro del Derecho Penal, es la creación del *Malleus Maleficarum*[14] que determinaba conceptos, manuales y pautas para la detección de la brujería (Bigalli, 2006, p.95).

Esto legitimó la idea de que el pecado, o sea, el delito, se purga mediante la expiación o el suplicio del cuerpo, producto del sometimiento del infractor. Es decir, que la pena se concibe como el castigo de un individuo por atentar contra la divinidad.

En este sentido, debido a la presencia del derecho europeo continental en el sistema penal latinoamericano, la existencia de la pena responde a una prerrogativa de carácter religioso en el cual, la pena se constituye en la purificación del penitente mediante el castigo (Donoso, 2017, p.8), llegando a positivizarse en cuerpos normativos y con tendencia a perdurar.

Para Larrañeta, la pena en este periodo de tiempo se caracteriza por carecer de racionalidad hegeliana y establecerse a partir de la moralidad como un sustrato mitológico desde la filosofía de Kierkegaard (2016, p.274), de tal manera que se evidencia la supremacía de la sacramentalidad ante la racionalidad.

Estos planteamientos dogmáticos se verán cuestionados por el idealismo alemán a través de los criterios de Immanuel Kant y de Friedrich Hegel, los cuales sostuvieron la racionalidad del ordenamiento jurídico desde la dignidad humana así como desde el derecho en sí mismo, como el punto de quiebre entre los criterios estrictamente moralistas de carácter teológico asumidos durante la época de vigencia de la expiación. Estos criterios serán analizados en acápites posteriores.

3.1.2.1.2. Retribución

La teoría de la pena retributiva, se determina en dos vertientes determinadas por estructuras de gobierno, asi como por periodos de tiempo determinados. En este

[14] El Martillo de las Brujas, fue una obra producida por Jakob Sprenger y Heinrich Kraemer como manual sobre el delito de brujería de la inquisición.

sentido, la retribución se conceptualiza de dos maneras distintas como objeto de estudio.

En un principio, las teorías retribucionistas se determinaron como una respuesta jurídica ante la negación del Estado, mismo que por su configuración política recaía sobre la figura del rey. Dicha negación implicaba la determinación del individuo infractor como un ultrajador de la autoridad y poder del monarca (De Araújo, 2018, p.67).

Durante este periodo de tiempo, la pena como tal adopta tintes religiosos por cuanto, el Estado se fundamentaba en la monarquía de carácter conservador, por lo cual la pena se determina como la mera atribución de un mal por otro mal (De Araújo, 2018, pp.67-68). En tal razón, los planteamientos alemanes determinaron el progreso dogmático de la conceptualización de la pena y su función en el Estado al respecto de los ciudadanos. Es por ello que las teorizaciones sobre la conceptualización de la pena recaen en la crítica de los relativismos de índole utilitarista que eran propios del *ancien régime*[15], el cual determinaba la relevancia del castigo en función del beneficio cuantificable del mismo.

Los planteamientos alemanes de Kant y Hegel constituyen una respuesta dogmática a la revalorización del hombre en relación a la sanción estatal (Durán, 2011a, p.125) durante el periodo posterior a la ilustración.

Como respuesta a dichos relativismos, surgen los trabajos de Kant y Hegel para plantear una revalorización del individuo a partir del cometimiento de un acto infraccionario penalmente relevante (Jiménez, 1997, p.18). A partir de los pensamientos de la escuela alemana idealista, la pena se fundamenta en que la culpabilidad de un individuo solo se compensa con la imposición de una pena (Roxin, 1976 citado por Durán, 2011a, p.126) en observancia de la justicia, por cuanto debe existir una proporcionalidad con el injusto cometido.

[15] Es un término utilizado durante la revolución francesa para determinar al gobierno monárquico en el periodo previo a la misma.

El reconocimiento de la dignidad del hombre (Kant, 2007, pp.12-14) dentro del derecho positivo de carácter punitivo, se establece como una oposición abierta a la determinación del hombre como elemento de disuación (Durán, 2011a, p.126).

En este sentido, la pena es un fin en sí mismo, en cuanto la relación existente entre el injusto y la pena obedece al principio de proporcionalidad (Durán, 2011a, p.126-127), estableciéndose a la culpabilidad del individuo como la medida en la cual la pena ha de imponerse sobre el mismo.

Para Kant, el reconocimiento de la existencia de un conjunto normativo punitivo como un imperativo categórico que trasciende la consciencia individual, implica un cumplimiento estricto en observancia del deber moral (1989, p.167), alejándose de las concepciones contractualistas de la pena (Durán, 2011a, p.129) por cuanto concibe al delito como una manifestación de la voluntad del hombre.

Para Hegel, desde la conceptualización de la pena se deriva un sistema dialéctico de pensamiento, en este sentido la negación del ordenamiento jurídico es el injusto y a su vez la negación del injusto es la pena, por cuanto esta última constituye como un reestablecimiento del derecho (1955, p.101). Es decir, que para Hegel, la fundamentación dogmática de la pena establece a la misma como un resultado del reconocimiento que el Derecho hace frente al injusto para poder subsanarlo (De Araújo, 2018, p.69).

En este sentido para Hegel, dentro de la conceptualización del Derecho, este se determina a sí mismo como un sistema autorreferente el cual bajo la lógica dialéctica abordada en el párrafo anterior implica la negación del injusto subjetivo del individuo infractor, por cuanto el reconocimiento de la persona en sí misma implica la existencia del mismo dentro de la realidad, aun cuando exista la negación del mismo (Mizrahi, 2004, p.12).

Como resultado del reconocimiento del infractor como un ser racional, implica la imposición de una ley subjetiva en la que dicho individuo se faculta para lesionar a otro, siendo únicamente reconocida como válida por el infractor. La aplicación de

la pena se fundamenta como justa por cuanto se determina como una restitución del ordenamiento jurídico al respecto de dicha ley subjetiva (Mizrahi, 2004, p.14).

Para autores como Miller, el retribucionismo es una consecuencia personalista de la apropiación del conflicto penal (2009, p. 240) determinando al conflicto en su dimension moral, por cuanto este propende a suprimir la dimension legal del mismo. El retribucionismo simple (Miller, 2009, pp.240-241) responde a una forma de censura moral antes que a una coherción estatal.

En este sentido, Mathiensen afirma que dentro del retribucionismo la rehabilitación como ideología, se determinaba en la corrección del desliz moral (2003, p.65) mediante la imposición de obligaciones y sanciones a los presos, mientras que la conceptualización actual de rehablitiación es un proceso social posterior a un proceso jurisdiccional, superando la mera imposicion disciplinaria por parte del Estado. Es decir, que la imposición de la pena, es una mera retribución por el cometimiento de un injusto, por cuanto el infractor, entendido como persona, conserva el derecho de ser sancionado.

Los postulados de índole Kantiana y Hegeliana han derivado en reformulaciones sobre la fundamentación dogmática de la pena tal como la corriente neoretribucionista. Esta corriente se opone abiertamente al fracaso de la tendencia preventiva de la pena (Durán, 2011, p.124) con una ideología propia de la corriente Hegeliana adoptada por Jakobs.

Siguiendo este marco sistemático, procederemos a explicar las teorías relativas de la pena para ahondar en los conceptos dogmáticos establecidos por la dogmática penal al respecto de la teoría de la pena y así proporcionar mayor claridad en la presente disertación.

3.1.2.2. Teorías relativas de la pena

Son teorías que proponen la legitimidad de la pena en cuanto a la prevención de fenómenos delictivos dentro de la realidad social. Deja de lado la conceptualización

de la pena como un fin y se construye bajo un concepto de prevención (De Araújo, 2018, p.69).

Este enfoque de argumentos legitimadores externos a la naturaleza de la pena se ve fundamentado en la maxima de Séneca (s.f) *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*[16] (Séneca, citado por Ashton, 1995, p.297).

En relación al tipo de previsión sobre el fenómeno delictivo dentro de la realidad social, existe una conceptualización de la legitimidad de la pena determinada en relación a terceros o sobre la persona en sí misma (Ashton, 1995, p.298), siendo determinadas por la doctrina como prevención general y prevención especial, respectivamente. Dichas prevenciones pueden ser tanto de carácter positivo como negativo.

3.1.2.2.1. Prevención general

Como se ha señalado en líneas anteriores, la prevención general se fundamenta en relación a la pluralidad de individuos de la realidad social (De Araújo, 2018, p.70), estableciéndose como un mecanismo de prevención sobre la criminalidad mas no sobre el criminal.

En sentido abstracto, la prevención general se ve determinada en relación al conjunto de interacciones sociales de los individuos en observancia de los actos infraccionarios. Esto quiere decir, que como teoría relativa, la prevención general se determina en relación al impacto social de una conducta lesiva o como esta es percibida dentro de la sociedad, descartando al individuo infractor dentro de la construcción de premisas legitimadoras para esta teoría.

Desde la criminología, el análisis de los efectos intimidatorios de la ley para con la sociedad son los que determinan a la pena en sí misma, por cuanto es parte posible y previsible de la aplicación de una norma (Orellana, 2015, p.244). Es decir, que la

[16] Nadie que sea prudente castiga por el cometimiento de un delito, si no que castiga para evitar el cometimiento de uno nuevo.

conceptualización de la pena a partir de la mera intimidación o reafirmación del ordenamiento jurídico recae en la configuración legal de la norma punitiva.

En este sentido, tanto la dimensión intimidatoria como la reafirmadora de la pena determinan la exclusión del individuo infractor, despojándolo de personalidad y de identidad como sujeto de una relación jurídica, estableciéndolo como un mero instrumento de presión social sin ser determinada la teatralidad (Foucault, 1990, p.16) de la pena para la consecución de los fines puramente disuasivos.

Como teoría legitimadora de la pena, abandona los planteamientos kantianos del individuo y adopta un argumento utilitarista, por cuanto la punición de un acto infraccionario se determina relevante en tanto el efecto generado dentro de la sociedad permita evitar el cometimiento de actos infraccionarios, estableciendo a la norma penal positiva como medio y fin.

Para efectos de la presente disertación, se analizará tanto la vertiente intimidatoria de la prevención general negativa, como la vertiente reafirmadora de la prevención general positiva.

3.1.2.2.1.1. Prevención general negativa

Esta conceptualización de la teoría de la pena fundamenta la legitimidad de la misma mediante la intimidación de la colectividad social en miras de la prevención del fenómeno criminal excluyendo al individuo infractor como un sujeto activo y consciente de la punición estatal.

Para autores como Greco, la teorización de la pena desde la Filosofía Crítica instaurada por Kant, permitió que Feuerbach concibiera el argumento psicológico sobre la punibilidad (2015, p.41). Dicho argumento se fundamenta en el temor consciente que se genera dentro de la sociedad mediante la pena (Ashton, 1995, p.298) siendo el objeto determinante el cometimiento de un delito.

En este orden de ideas, Hörnle considera que la factibilidad de la fundamentación teórica de la prevención general negativa recae en la valoración social de la

probabilidad de imposición de una sanción penal en observancia a su comportamiento (2015, p.29). Esto quiere decir, que los efectos intimidatorios de una sanción son fluctuantes en relación al tipo de infracción penal, así como de los potenciales infractores dentro del conglomerado social, generando un temor consciente en los individuos no infractores.

Este temor consciente se fundamenta en la amenaza, de índole jurídica, que recae sobre la sociedad como un fenómeno abstracto en relación al ilícito buscando establecer a la disuasión como fin último de este planteamiento.

3.1.2.2.1.2. Prevención general positiva

Esta teoría al igual que la prevención general negativa se fundamenta en la prevención del cometimiento del delito. Para Durán, el argumento legitimador de esta teoría al respecto de la pena, recae en la reafirmación del ordenamiento jurídico (2016, pp.278-279). Esta no tiene por objeto de estudio la conducta criminal del infractor, sino que se fundamenta en la infracción del ordenamiento normativo propiamente dicho.

En este sentido, la pena se determina como una reafirmación del Derecho (Durán, 2016, p.279) que produce un reforzamiento de la consciencia jurídica de la sociedad. Este argumento de índole hegeliano, permite establecer la relevancia de la norma en si misma, por ser considerada el Derecho propiamente dicho en esta variación de la prevención general.

La norma, como un enunciado jurídico, es a su vez la transmisora de valores y derechos (función manifiesta) que el legislador ha considerado relevantes dentro de la sociedad y el efecto que tiene dentro de los ciudadanos (función latente).

En este orden de ideas, los ciudadanos, como concepto abstracto dentro de la teoría de la prevención general positiva, participan de un proceso de aprehensión cognosible (Lambert, 2006, pp.519-521) de la norma como un elemento modificador de conductal por lo cual, a nivel social, se espera generar pacificación social (Durán, 2016, p.282).

Para Jakobs, la conservación del contrato social radica en la expectativa social sobre el cumplimiento del marco normativo (1997, p.10). Esto implica el desarrollo de una consciencia legitimadora de la sociedad para con los individuos fieles a la norma y su imperatividad (Hörnle, 2015, p.32).

3.1.2.2.2. Prevención especial

Estas teorías de la pena, no radican sobre terceros abstractos sino que se radican en individuos específicos dentro de la sociedad, siendo el principal objeto de estudio el criminal y su conducta criminal (De Araújo, 2018, p.73) dentro de la realidad social, buscando evitar el cometimiento de nuevos crímenes por parte de un criminal.

La determinación de estas teorías de la pena radica en la ejecución de las mismas. Es decir, que la teoría encuentra su argumento legitimador en la etapa posterior a la sanción punitiva por parte del órgano jurisdiccional del Estado.

Para Orellana, la imposición de una sanción jurídica obedece a una conducta delictiva, estableciendo un grado de atención sobre el individuo infractor, que en observancia del aseguramiento del orden social (2015, p.245) impone al individuo infractor un sistema estatal coercitivo determinado por el orden constitucional de derechos.

El efecto de intimidación sobre la sanción legal se determina sobre el individuo infractor, estableciéndolo como sujeto de la relación jurídica punitiva sobre el cual recaen los efectos de la sanción jurídica, modificando su comportamiento legal sea mediante una mejora o por medio de la inocuización (Hörnle, 2015, p.26).

Este conjunto de teorías se establecen como un quiebre definitivo entre el sentido retribucionista de la pena, estableciendo categorías de influencia sobre los individuos. Es decir, que la preponderancia del orden social se ve determinado por la aplicación del derecho para con los individuos infractores, pudiendo estos últimos ser determinados como "corregibles" o "no corregibles" sin dejar de lado

los individuos no infractores (Orellana, 2015, p.245). Esta distinción de los individuos infractores permite establecer las diferentes categorías de esta teoría sobre la legitimidad de la punición estatal.

3.1.2.2.2.1. Prevención especial negativa

Como parte de la clasificación de individuos que formula la prevención especial, esta teoría se fundamenta en la aplicación de la pena en concreto sobre el individuo infractor, negando la posibilidad de reinsertarse dentro de la sociedad (De Araújo, 2018, p74).

Es decir, que dentro del marco normativo establecido para el establecimiento de penas, la pena tiene como objeto el modificar la conducta del individuo infractor de manera tajante. En este orden de ideas, la sanción establecida sobre el individuo tiene la función de separarlo de la sociedad, fundamentándose en el cometimiento de un injusto penal.

Para la jurista De Araújo, la determinación del delincuente como causa criminógena deriva del pensamiento de la escuela positivista (2018, p.75). Es una respuesta jurídica para atacar al crimen desde el autor

El efecto intimidatorio recae sobre el individuo infractor, tomado como factor criminógeno, por lo cual es alejado de la sociedad con miras a evitar el cometimiento de más crímenes en relación a su presencia dentro del conglomerado social. Esta lógica en principio segregacionista, toma fuerza dentro de los ordenamientos jurídicos estructurados en los cuales la doctrina de la sociedad de riesgo es adoptada como parte de la ingeniería institucional de la sociedad (Zaffaroni, 2002, p.153-155), generando políticas actuariales poco fundamentadas en factores criminógenos determinados.

Desde la criminología crítica, la prevención especial negativa, se constituye en una indeterminación conceptual, por cuanto la legitimación de la actuación estatal no se encuentra determinada sobre la vida del individuo (Orellana, 2015, p.246), enfocándose en una defensa radical del orden social a costa de la inocuización de

un individuo infractor sin tomar en cuenta los derechos fundamentales que recaen en el mismo. El límite de la inocuización propiamente recae en la consideración del ordenamiento social.

3.1.2.2.2.2. Prevención especial positiva

En contraposición con la prevención especial negativa, esta teoría se enfoca en el infractor como un sujeto social proponiendo la reinserción y rehabilitación del individuo dentro de la sociedad adoptando una finalidad preventiva que toma al individuo dentro de un proceso de reinserción para eliminar los factores criminógenos dentro del mismo (De Araújo, 2018, p.75-76).

Para Zaffaroni, la prevención especial positiva implica un mejoramiento orientado al infractor a fin de aplicar la pena como un beneficio para el mismo (2002, pp.62-63) por cuanto el infractor es relativamente inferior y requiere ser tutelado por el Estado.

En este orden de ideas, la conceptualización de la rehabilitación social como teoría de la pena, parte de la aplicación del castigo al infractor en relación a la expectativa social, de tal manera que justifica la intervención punitiva del Estado sobre el infractor (Zaffaroni, 2002, p.62).

Como modelo teórico, los postulados de la misma se ejecutan dentro del plano intersubjetivo de la realidad social mediante las instituciones formales de control social en observancia del poder punitivo manifiesto (Zaffaroni, 2002, p.37).

Para Hörnle, la conceptualización del tratamiento dentro de este modelo teórico constituye un método de resocialización del individuo infractor y de la proximidad social de los intervinientes (2015, p.27). Es decir, que la incipiente modificación conductual del individuo infractor no se ve limitada a sí mismo, sino que se ve estructurada en relación a la realidad social en la cual se determina el método resocializador.

Desde la criminología, la prevención especial positiva se establece en función al individuo cuya conducta se ha visto modificada por la aplicación de un castigo legítimo de carácter positivo y observa el contexto en el cual el método resocializador se lleva a cabo (Orellana, 2015, p.245).

Al respecto de esta teoría de la pena, se puede señalar que es donde nace la asimilación conceptual entre las categorías de la rehabilitación social y la teoría de la pena, pues en gran medida, la corriente de pensamiento fundada por el idealismo alemán, que en principio fue formulada por Kant y posteriormente desarrollada por Hegel, concibe a la rehabilitación social como un fenómeno indistinto a la necesidad social de punición, por cuanto fundamentan la legitimación del castigo estatal con el método resocializador.

3.1.2.3. Abolicionismo penal

Dentro de las corrientes ideológicas relativas a la conceptualización de la pena dentro del sistema penal, el abolicionismo surge a partir de la Criminología crítica como una respuesta al fenóeno delictivo y a la utilidad de los mecanismos de control social de carácter formal como la prisión.

En este orden de ideas, el abolicionismo se plantea en observancia de las relaciones sociales derivadas del agresor y la víctima como sujetos de derecho. Busca proponer un sistema alternativo de solución de conflictos en contraste con los sistemas penales tradicionales de índole punitivista (Badaró. 2018, p.713).

La existencia del abolicionismo como un sistema de ideas, implica una disminución sobre el poder punitivo institucionalizado, siendo similar a la tendencia del Derecho Penal mínimo.

El abolicionismo aparece bajo una multiplicidad conceptual, para Mathiesen, se fundamenta a partir de premisas de índole marxista, Hulsman y Christie adoptan el enfoque fenomenológico para explicar al abolicionismo asi como para Scheerer se fundamenta en la sensibilización al respecto del punitivismo imperante.

En este sentido, Scheerer afirma que la limitación del ejercicio de poder punitivo por parte del Estado debe ser establecido en relación a los derechos fundamentales (1989, p.16), por lo cual se determina como una teoría sensibilizadora antes que un cambio paradigmático dentro de la doctina penal.

A nivel dogmático, el abolicionismo al ser una construcción de carácter crítico, presenta esquemas de deconstrucción sobre la insitucionalidad del control social (Scheerer, 1989, p.22).

El cuestionamiento de la estructuración del poder punitivo, no deriva en la creación de una institución, por cuanto la misma se vería atrapada dentro de la lógica formal y material de la institución previamente cuestionada (Mathiesen (s.f) citado por Scheerer, 1989, p.25).

La deconstrucción de la realidad social a partir de la Sociología reflexiva de la dogmática abolicionista, plantea la reconceptualización del delito como una situación conflictiva (Kostenwein, 2017, p.131) ante la cual las concepciones punitivistas ya no aplican.

Dicha inaplicabilidad recae en la naturaleza abstracta de los conceptos de "pena" o de "delito" que se maneja en los sistemas penales (Hulsman, 1993, pp.107-108), desnaturaliza el conflicto social tornándolo en un instrumento ajeno a las partes intervinientes.

La teoría de la pena dentro del abolicionismo, concibe al castigo o pena como la evaluación social desde marcos axiológicos de un valor sobre el cual se pretende determinar la legitimidad de un valor por sobre otro valor (Kostenwein, 2017, p.134), mediante la apropiación del castigo a través de la culutra, negando así al castigo como una imposición del dolor a un infractor.

Para tratadistas como Badaró, el abolicionismo hace una exclusión de toda garantía normativa de contención de poder punitivo, cayendo en el negacionismo de los sistemas penales, tanto liberales como garantistas (2018, p.715), formulándose como un sistema de reapropiación social del conflicto.

Es importante recalcar que dentro de la corriente abolicionista, la pena como concepto dogmático no se encuentra determinada o especificada en sí misma, de tal manera que su conceptualización depende del enfoque jurídico o sociológico que se le de a la misma.

3.1.3. Configuración de la teoría de la pena según el Estado de derechos y justicia

Tomando en cuenta la configuración y modelo de organización estatal en la que se ha agrupado la sociedad ecuatoriana, este se determina como estado de derecho, el cual responde a una conceptualización rousseana de división de poderes, en el cual todos los ciudadanos se ven sujetos a marcos normativos constitucionalmente determinados (Ferrajoli, 2004, p.99) propiciando la igualdad formal y material de los individuos.

Dentro del marco jurídico que rige las interacciones sociales de las personas propias del contrato social, el sistema penal determina los marcos normativos de carácter positivo sobre los cuales se determina la existencia de injustos penalmente relevantes.

Parte de la actividad estatal surge ante la imperiosa necesidad de determinar un marco positivo de derechos sobre el cual se orienten las interacciones de los individuos. En este sentido, dicho marco jurídico observa y categoriza lo socialmente permitido de lo socialmente no permitido, y elabora marcos secundarios de regulación y control.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, la actividad normativa del Estado toma como fundamento modelos dogmáticos filosóficos para generar una línea concatenada –y aparentemente coherente– entre los marcos secundarios del marco principal. Es decir, que el fenómeno normativo debe guardar coherencia con el modelo teórico planteado como guía a los presupuestos jurídicos de índole positivo.

En este orden de ideas, el Estado ecuatoriano ha desarrollado sus marcos normativos en observancia a las conceptualizaciones dogmáticas de cada periodo de tiempo determinado. Desde un ordenamiento colonialista pasando por un

incipiente modelo neocolonialista liberal (Sartre, 1968, pp.2-4) hasta un modelo garantista, la norma positiva del Estado ecuatoriano ha mutado e institucionalizado, a nivel jurídico, la realidad del territorio nacional.

Dependiendo de la configuración dogmática adoptada por la sociedad como marco normativo de regulación de conductas, se establecen instituciones jurídicas que determinan al Estado y a su vez se determinan dentro del marco constitucional de derechos.

La necesidad punitiva del Estado se reafirma en la construcción conceptual del castigo que cada sociedad impone, por lo que ante dicha necesidad, surge el sistema penal. Dentro del sistema penal de cada Estado, se determina como menester el justificar las actuaciones punitivas ante los ciudadanos, ante lo cual desde la dogmática penal y las construcciones normativas de carácter positivo y general se formula una justificación teórica sobre la pena propiamente dicha.

La teoría de la pena, se ha ido desarrollando *mutatis mutandis*[17] en virtud del progreso de la construcción del sistema penal de cada forma de organización estatal siendo evidenciable por su incorporación en el ordenamiento normativo de carácter positivo. Durante el año 2014, con el Código Orgánico Integral Penal, el sistema penal se modifica dentro del Estado ecuatoriano observando a la Constitución como marco normativo de carácter informativo (Durán, 2016, p.277).

Hoy en día, el Estado ecuatoriano, por su configuración jurídica se determina como un Estado constitucional de derechos y justicia (Const., 2008, art.1), por lo cual las construcciones normativas de carácter positivo se determinan en función del marco constitucional. Es menester aclarar que la configuración constitucional adoptada por el Estado ecuatoriano, se encasilla dentro del garantismo, por lo cual la prioridad del ordenamiento normativo es la protección de derechos fundamentales (Ávila, 2013, p.38) de los individuos.

[17]Locución latina que significa "cambiar lo que se deba cambiar"

Esta conceptualización formal del Estado ecuatoriano permite determinar el fundamento funcional del Derecho Penal, en cuanto a la regulación del poder punitivo (Puig, 1982, pp.39-40), que a su vez establece al fundamento político del Derecho Penal dentro de la esfera preventiva de la teoría de la pena.

Esta determinación de carácter positivo, determina dentro de los cuerpos normativos codificados la fuerza de conceptos dogmáticos mediante la positivizacion y el subsiguiente reconocimiento de los mismos por parte del Estado reconociendo la vigencia del contrato social como mecanismo de estructuración social (Rosseau, 1999, pp.14-16).

En los Estados de derecho, la congruencia entre el marco normativo y el marco consitucional es fundamental al momento de establecer o determinar la teoría de la pena, por cuanto la inobservancia de uno de los marcos anteriormente mencionados puede derivar en terror penal (Puig, 1982, p.32). Esta coherencia de los marcos normativos debe guardar proporcion a las configuraciones dogmáticas que se han contenido dentro de la Constitución.

En el Ecuador, el marco constitucional de derechos de índole garantista, dogmáticamente es concordante con una conceptualización kantiana de la dignidad humana, por lo cual, la protección de derechos de los individuos y la separación de poderes –dentro del Estado– se manifiestan en el ámbito positivo.

Para Durán, dentro de los Estados democráticos, la Constitución adopta una orientación teleológica de carácter material, por cuanto se constituye como un marco de actuación y fundamentación para el Derecho Penal y sus normas positivas (2016, p.277), estableciendo las finalidades de la pena dentro del mismo marco constitucional, modificando el discurso punitivo del Estado.

Por lo anteriormente expuesto, el discurso puntivo paso de ser una manifestación teatral de la corporalidad del castigo sobre el individuo (Foucault, 1990, p.16) hacia la reclusión del mismo con el minimo reconocimiento de derechos para terminar en un modelo garantista protector de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19). En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66,

numeral 1, determina la inviolabilidad de la vida como parámetro orientador para las sanciones de índole penal, estableciendo una prohibición explícita de la pena de muerte dentro del Ecuador (Const., 2008), sin perjuicio de establecer en el mismo artículo la prohibición de penas degradantes y crueles.

Esta conceptualización determinada por el marco constitucional de derechos, obedece a postulados kantianos en cuanto a reconocimiento de derechos, excluyendo del ordenamiento jurídico los postulados propios de las teorías absolutas de la pena, implicando el desarrollo de norma positiva de carácter mínimo. En este sentido, la pena trasciende al mero retribucionismo, aunque sin determinar expresamente una vertiente de las teorías relativas, pues elimina la conceptualización de castigo, jurídicamente hablando, como el sufrimiento y martirio del cuerpo del infractor.

Para Mir Puig, la conceptualización de la pena dentro de los Estados democráticos responde a la necesidad de protección de derechos y el reconocimiento de principios (1982, pp.30-31), siendo menester eliminar la determinación de castigo retributivo para incorporar preceptos dogmáticos que permitan establecer mecanismos de reafirmación del Derecho.

En el Ecuador, el COIP reconoce a la pena como un concepto dogmático y por configuración legal, determina la naturaleza de la misma en observancia al marco constitucional de derechos. Al ser negada la vertiente absoluta de las teorías de la pena, el legislador ecuatoriano ha determinado en el COIP una finalidad preventiva sobre la pena.

Esta determinación de índole preventiva propone una unificación de conceptos dogmáticos, por cuanto busca la resocialización del individuo así como el disuadir a los individuos del cometimiento de conductas antijurídicas, mediante el reforzamiento de practicas y valores del sistema jurídico imperante.

El establecimiento de una teoría de la pena unificadora en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, busca determinar marcos normativos sólidos, que en observancia del principio de legalidad determinan formal y materialmente (Puig, 1982, p.33) al

injusto penal, sin dejar de lado la necesidad de generar confianza entre los individuos al respecto del ordenamiento jurídico.

A nivel práctico, la equivocidad conceptual entre la teoría de la pena y la rehabilitación social, se determina por los reduccionismos gnoseológicos que recaen sobre la prevención especial positiva, determinando como uno solo al fundamento político y funcional (Puig, 1982, pp.39-40) de la pena dentro del Estado de derechos y justicia, generando una imposibilidad fáctica de concresión al respecto de la finalidad de pena. En este sentido, las precarias conceptualizaciones sobre la teoría de la pena llevan a un quebrantamiento –en principio involuntario– del contrato social.

3.1.4. Teoría de la Pena como garantía del contrato social

Los planteamientos teóricos propios del Estado moderno, surgen a partir del siglo XVII[18] como respuesta a la configuración política, jurídica y filosófica del *ancien regime*. Bajo esta premisa, el contractualismo como pensamiento surge a partir de la necesidad de determinar el origen de la sociedad.

Los postulados de filósofos como Jean Jaques Rosseau, Thomas Hobbes y John Locke aportaron al desarrollo de esta tendencia de pensamiento gracias a sus determinaciones, en abstracto comunes, sobre el individuo y la organización social y detentación del poder.

Dichos postulados determinan la formulación del concepto de Estado a partir de la concurrencia volitiva de los individuos que se proponen ser parte de la misma para establecer garantías minimas de convivencia. Para De Oliveira, el contractualismo surge como la conjunción de prerrogativas morales a partir de la racionalidad de los individuos (2015, p.34), es decir, que la necesidad de asociarse se realiza mediante un acto libre el cual implica consciencia y voluntad.

[18] Durante este siglo se abandonan concepciones filosóficas de la escuela escolástica, de contenido fundamentalmente religioso, dando paso al periodo de la ilustración.

En este sentido, la conceptualización del contrato social como estructura político jurídica, se determina a partir de sus elementos constitutivos[19] para conformar diferentes modelos de organización social. El surgimiento del Estado como entelequia legitimada, contempla tanto al individuo como a las relaciones sociales propias de la realidad social para generar marcos en los cuales, el ejercicio del poder sea coherente con la realidad social.

Dichos marcos de ejercicio de poder pueden responder a conceptualizaciones de carácter absolutista (Hobbes), liberal (Locke) o social (Rosseau). Estas conceptualizaciones constituyen el punto de partida del Estado moderno.

En escencia, el contrato social, implica un pacto realizado por los individuos con el fin último de establecer orden dentro de sus relaciones sociales, este pacto implica un desprendimiento formal de determinadas libertades inherentes del individuo para la creación de un ente regulador. Producto de este pacto, surge la sociedad civil como una entelequia politicamente organizada bajo la premisa racional de la convivencia para la consecución de un objetivo en común, observando las libertades cedidas por los individuos para su constitución.

En este sentido, el Estado surge como una institución legitimada por la renuncia de libertades que se encuentra facultada para proteger a los individuos o contratantes, así como el garantizar las libertades (De Oliveira, 2015, p.39) de los mismos, que no se han renunciado mediante dicho pacto social sin que esto implique una actuación arbitraria por parte del Estado, de tal forma que las libertades cedidas por los individuos constituyen el límite formal para el accionar de dicha institución.

Como parte de sus facultades reconocidas, el Estado genera marcos normativos que buscan garantizar la convivencia en sociedad y protegerla de vulneraciones y detrimentos. Como resutado de este proceso los individuos parte de la sociedad, subsumen su voluntad para la conceptualización de lo jurídicamente relevante. Esto implica que la determinación del injusto –dentro del marco normativo– nace a partir de la vulneración de las libertades no cedidas en el pacto social o que a su vez, las

[19] Estado de naturaleza, pacto social y estado de sociedad, son categorías determinadas por Hobbes dentro de su obra "Leviatán o la forma y poder de una república Eclesiástica y Civil".

libertades cedidas sean utilizadas con propósitos distintos para los que fueron cedidas.

Ante el injusto, el Estado como ente regulador y protector, determina la forma en la que se responde al injusto a partir de la voluntad de las partes contratantes. Esto quiere decir, que la sociedad es la encargada de determinar el discurso político de legitimación de la intervención estatal en respuesta del injusto, por lo cual se determinan parámetros de actuación del Estado en observancia de las libertades no cedidas.

En este sentido, el injusto existe como un incumplimiento del contrato social por cuanto transgrede la convivencia en sociedad siendo este su objeto principal. Por tanto, el injusto en si mismo puede determinarse desde varias ramas del ordenamiento normativo estatalmente generado en observancia del detrimento que este representa para el pacto social.

Como respuesta estatal, se valora la naturaleza del injusto dando paso a distintos marcos de actuacion jurídica legitimada, permitiendo confrontar al mismo desde ambitos especializados de actuacion con miras de proteger al contrato social y garantizar su permanencia en el tiempo. En este sentido, la valoración de un injusto civil no es igual de relevante para el contrato social que la valoración realizada por el organo estatal sobre los injustos penales.

Entonces, el Derecho Penal surge como el máximo garante del contrato social, por cuanto formula las teorías tanto del delito como de la pena a manera de construcción dogmática para la determinación del injsuto así como del castigo ante el incumplimiento del contrato social, constituyendo a la pena como la máxima coerción legitimada (Roxin, 2007, p.70), es decir, que se produce un marco normativo que determina las conductas que se oponen al contrato social en si mismo, así como a la sanción jurídica o pena, ante la vulneración expresa del contrato social.

Esta unificación de preceptos dogmáticos se determina en observancia del contrato social, por cuanto la superación de la imposición del más fuerte (Rosseau, 1999,

pp.7-8) implica una modificación de la conciencia jurídica de una sociedad (Puig, 1982, p.30), sin generar detrimento al sistema penal.

La teoría de la pena obedece a una delimitación tanto de espacio como de tiempo al momento de su formulación, *mutatis mutandis* del sistema penal al cual responda las libertades cedidas por los individuos al momento de agruparse social y políticamente. La teoría de la pena es en si mismo, una garantía de *ultima ratio*[20] para el cumplimiento del contrato social.

3.2. Rehabilitación Social

A nivel dogmático, la rehabilitación social determina un conjunto de prácticas y tecnologías (Copetti, 2017, pp.24-26) orientadas a la reinserción del individuo dentro de la sociedad. Estas instituciones se fundamentan en el plano intersubjetivo de la realidad social por lo cual aportan elementos dentro del proceso de conceptualización de la misma. Para Durkheim (1999), la funcionalidad de los elementos conceptualizadores se ve determinada por las conciencias colectivas morales que determinan al castigo como un proceso social (Citado por Huertas, 2009, pp.106-109).

Como se ha determinado en el capítulo anterior de la presente disertación, la rehabilitación social es un proceso que tiene lugar en la etapa posterior a la ejecución de la sentencia judicial, producto de un proceso penal. Durante esta etapa se determinan conceptos que se incorporan al ordenamiento positivo mediante una serie de aprehenciones de carácter cognoscitivo (Lambert, 2006, pp.519-521) del legislador las cuales determinan su naturaleza y función dentro del sistema penal (Bombini, 2018, pp.17-18).

Esta comprensión del proceso social que realiza el legislador ecuatoriano, durante el proceso constituyente que dio forma a la Constitución de la República del Ecuador de 2008, determina a la rehabilitación social como un fenómeno jurídico, aunque no considerado como independiente por la legislación secundaria, que se

[20] Locución latina que significa "última razón"

aleja de las conceptualizaciones de indole moral (Huertas, 2009, p.110) sobre el fenómeno punitivo como manifestación del *ius imperium* del Estado. Esta determinación positiva establece la organización sistémica de la rehabilitación social a partir del reconocimiento de la misma, como un conjunto de normas e instituciones orientadas por parámetros de actuación contenidos en el marco constitucional.

Para Robinson (2008) este reconocimiento constitucional de la rehabilitación social implica un cambio desde el modelo utilitarista correcionalista hasta la conceptualización de la rehabilitación social desde un enfoque de derechos humanos (Citada por McNeil, 2015, p.10). En este orden de ideas, la Constitución propone un reconocimiento, al menos dogmático, del infractor como el sujeto activo del proceso de rehabilitación social así como a la rehabilitación social como un derecho de los individuos infractores.

En este sentido, la rehabilitación social se establece como un fenómeno jurídico distinto al de la teoría de la pena por cuanto no justifica o legitima, en sí misma, la sanción estatal, careciendo de un fundamento funcional propiamente dicho. La precariedad de la formulación de la funcionalidad de la pena en relación a la rehabilitación social, determina la equivocidad conceptual positivizada entre ambas instituciones.

3.2.1. Categorización de la Rehabilitación Social

Desde la doctrina se ha pretendido conceptualizar a la rehabilitación social a partir de categorías estrictamente jurídicas, generando errores en la determinación de una definición concreta sobre la realidad social. La concepción social existente al respecto de la rehabilitación es determinada a partir de los elementos conceptuales derivados de estructuras culturales y sociales (Bourdieu, 2007, p.86).

Para McNeil, el fenómeno de la rehabilitación social como objeto de estudio debe comprender la concepción social del delito así como las determinaciones psicológicas individuales de los individuos infractores (2015, p.6), en este sentido Raynor y Robinson determinan que las fuentes psicológicas de la rehabilitación

social determinadas por el individuo tienden a desconocer la realidad social (2009, pp.16-17).

Tomando en cuenta la concepción rousseana del contrato social, la rehabilitación social obedece a factores sociales en los cuales el Estado debe intervenir como garante principal (McNeil, 2015, pp.6-7) dejando de lado las concepciones estrictamente psicológicas de los factores criminógenos.

A través de la historia, la rehabilitación social ha sido abordada desde dos perspectivas opuestas, la psicológica y la moral. La primera perspectiva responde a la corrección sistematizada de la conducta del infractor, mientras que la segunda responde a una conceptualización reformadora del carácter moral del individuo (McNeil, 2015, p.6). La categorización de la rehabilitación social ha sido de carácter dinámico durante el paso del tiempo puesto que en los primeros albores de organización social de índole estatal, pasó de ser concebida como un sistema meramente expiatorio del pecado a un sistema enfocado en el individuo a partir de un tratamiento resocializador (Rotman, 1990, citado por McNeil, 2015, p.7).

Esta conceptualización expiacionista de la pena tiende a legitimar la tortura estatal sobre el infractor, por cuanto se establece un castigo como manifestación de punición estatal (Foucaul, 1990, pp.11-13).

En este sentido, el esfuerzo científico de la escuela clásica del Derecho Penal, adoptó una posición humanizadora de la pena, esta postura ha sido adoptada por los ordenamientos jurídicos positivos determinando de manera clara y expresa los límites de la pena dentro de los cuerpos codificados que bajo el principio de coherencia se formulan en observancia del marco constitucional de derechos.

En el Ecuador este proceso de humanización de la pena se presenta como tardío, por cuanto la configuración político-jurídica del periodo pregarciano (Goetschel, 2016, p.1) en el cual so pena de constar como sanción jurídica la pena de muerte dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta se veía limitada por el principio de legalidad en observancia de la configuración legal. Es decir, que la pena de

muerte existía como consecuencia jurídica previsible para determinados actos antijurídicos.

Si bien en el Ecuador no existió un periodo de gobierno monárquico propiamente dicho, los rezagos del Derecho Penal retribucionista se mantuvieron presentes hasta ya instaurada la incipiente República del Ecuador. Para Goetschel, la pena de muerte como representación máxima del castigo corporal toma fuerza en el periodo de García Moreno con la Constitución de 1869 (2016, p.1.), por cuanto desecha los esfuerzos previos de abandonar las premisas retibucionistas de castigo buscando perpetuarlas desde el marco constitucional de derechos.

Para la Constitución de 1878, el abandono paulatino del retribucionismo se hace evidente dentro del texto constitucional, pues la pena de muerte quedaba relegada a casos específicos determinados por el legislador de la época. En este sentido, la construcción categórica de pena establecida por el Estado ecuatoriano dentro de sus albores como república, ha respondido a construcciones morales propias de un ordenamiento jurídico religiosamente dependiente, por lo cual la determinación de la pena ha respondido a miras estrictamente retribucionistas.

La superación de la concepción de castigo como pena dentro del territorio ecuatoriano es un proceso relativamente nuevo, por cuanto la Constitución Política de la República del Ecuador de 1906, en su artículo 26, numeral 1, suprime la pena de muerte, que hasta entonces constituía la máxima expresión del castigo corporal, estableciendo como derecho fundamental la inviolabilidad de la vida. La determinación de la inviolabilidad de la vida da paso a reconceptualizar a la pena y su finalidad dentro del ordenamiento jurídico como un fenómeno cognoscible (Lambert, 2006, p.520). La aprehensión de este fenómeno ha permitido establecer el modelo punitivo del sistema penal imperante dentro de un periodo de tiempo determinado.

Esta construcción teórica se ve determinada por factores propios de la realidad social como la cultura, la gama axiológica, marcos normativos, entre otros, por lo cual la rehabilitación social, como concepto dogmático, se modifica a partir de la realidad misma haciendo inaplicables los modelos de rehabilitación social de una

sociedad determinada, puesto que la realidad social no es idéntica en las distintas sociedades que conforman el mundo.

3.2.2. Instituciones de la rehabilitación social provenientes de la realidad social

Dentro de la rehabilitación social encontramos instituciones sociales que encuentran su punto de partida en relación a la conceptualización de rehabilitación social que se presente dentro de una sociedad. Estas instituciones se configuran dentro de un marco positivo el cual determina las características intrínsecas de dichas instituciones para separar a los individuos infractores de los no infractores.

Estas instituciones propias de la realidad social se generan en relación a los individuos infractores, considerándolos como miembros activos, dentro del proceso de rehabilitación social (Rotman, 1990, citado por McNeil, 2015, p.7), así como sujetos pasivos al respecto de la estructuración de relaciones de poder intrínsecas o extrínsecas al proceso de rehabilitación social.

En este sentido, las instituciones derivadas de la realidad social poseen tanto connotación jurídica como social por cuanto los elementos conceptuales de dichas instituciones son tomados en cuenta dentro del proceso de positivización de las mismas. En los siguientes acápites se analizará tanto a las personas privadas de la libertad como categoría así como la conceptualización de los centros de rehabilitación social.

3.2.2.1. Centro de Rehabilitación Social

Los centros de rehabilitación social –comúnmente denominadas prisiones– son la manifestación sistémica de las instituciones penales punitivas que aplican poder estatal legitimado sobre los individuos (Foucault, 1990, p.233) que se manifiestan en instituciones privativas de la libertad.

Dentro de las estructuras de control social, el Estado mediante su configuración legal determina espacios en los cuales se puede efectuar la privación de derechos para los individuos infractores. Son instituciones sociales propias del poder punitivo

manifiesto (Zaffaroni, 2002, pp.7-8) por cuanto se configuran a partir de un reconocimiento expreso por parte del Estado.

Al igual que con el concepto de "persona privada de la libertad", el de "Centro de Rehablitación Social" ha mutado de conformidad con la realidad social y el periodo determinado de tiempo en el cual cada sociedad se ha desarrollado. Esta mutabilidad del concepto ha permitido reconocer diversas instituciones sociales que han fungido como infraestructura de control social de naturaleza punitiva. Esta institución presenta procesos determinados por la implementación de factores como la ideología y la tecnología (Copetti, 2017, pp.24-26) en cuanto a la concepción de su finalidad como mecanismo formal de control social.

Para autores como Mathiesen, la infraestructura carcelaria, a través de sus diversas conceptualizaciones en el tiempo, implica la implementación de un sistema ideológico coercitivo (2003, p.50). En este sentido, la infraestructura carcelaria ha mutado de un lugar de confinamiento a un mecanismo de explotación laboral para posteriormente determinarse como un centro de rehabilitación social.

Como parte del sistema penal, la premisa de la institucionalización del conflicto social toma fuerza en los años 1600 (Mathiesen, 2003, p.48) con la incorporaciòn de las personas sin oficio dentro de la infraestructura penitenciaria.

Las primeras instituciones de la infraestructura penitenciaria se determinaron por la incoproración del trabajo como elemento fundamental dentro de las relaciones de control social propiciadas en dichas instituciones. El *hôpital* francés (Foucault, 1988, p.32), el *tukthus* noruego (Mathiesen, 2003, p.65), la casa de corregimiento holandesa fueron instituciones de control social orientadas a producir recursos económicos a través de distintas actividades productivas generando el fenómeno de la "economía del castigo" (Foucault, 1990, p.10).

Estas instituciones de "privación de la libertad" no rechazaban a modo de disciplina la aplicación de un suplicio físico a los infractores, sino que propendían a la normalización de la violencia punitivista de carácter retributivo. Según Mathiesen, para el siglo XVIII empieza el proceso de conceptualización de las cárceles como

mecanismos de control social punitivos propiamente dichos (2003, p.50), siendo determinante la distinción entre criminales y personas sin oficio.

En este sentido, se elimina la teatralidad punitiva (Foucault, 1990, p.16) de la pena y se adopta una ideología de aislamiento radical (Mathiesen, 2003, pp.50-51) del individuo infractor. Esta conceptualización del aislamiento permite establecer las primeras penitenciarías.

Este proceso de conceptualización fue tardío en el Ecuador puesto que dentro de la vida republicana del mismo se han observado diferentes estructuras punitivas de control social. Entre las estructuras presentes en el Ecuador, encontramos al panóptico de Bentham manifestado en el ahora ex penal García Moreno[21] que si bien era la manifestación formal del control social punitivista convivió con otras instituciones penitenciarias en el Ecuador.

En el año 1936 durante el gobierno del ingeniero Federico Páez Chiriboga, mediante el decreto ejecutivo 219, publicado en el registro oficial 187 del 12 de mayo del mismo año, se crea la colonia penal agrícola de Mera, ubicada en la provincia de Pastaza, en la cual se sometía a trabajos forzados a los condenados. Esta conceptualización utilitarista y retribucionista (Olmo, 2006, p.19) de la colonia penal continuó presente en el Código penal de 1938, perdurando las instituciones agrícolas de explotación de privación de la libertad. Esta visión sobre la ejecución de la pena se consolidaría en 1944 con la promulgación del decreto 496, publicado en el registro oficial 51 del 1 de agosto del mismo año. Este decreto establecía la colonia penal de la Isla Isabela ubicada en la provincia de Galápagos. Este tipo de infraestructura carcelaria perduraría hasta la reforma del Código Penal en 1971. En esta reforma se suprimen definitivamente las colonias penales y establecen los conceptos de "prisión correccional" y "casa de prisión" (CP., 1971, art.57-A) para el tratamiento rehabilitador de adultos mayores.

[21] El panóptico de Quito fue construido durante el mandato de Gabriel García Moreno e inaugurado en 1875, fungiendo como cárcel hasta la inauguración del Centro de Rehabilitación Social Regional Latacunga en el año 2014.

Siguiendo la lógica garantista de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la configuración legal determina a los centros de rehabilitación social en consuno con los centros de detención provisional como las únicas infraestructuras penitenciarias.

El Código Orgánico Integral Penal, dentro del libro tercero conceptualiza a la infraestructura carcelaria bajo la denominación de "centros de privación provisional de la libertad" destinado para los individuos sobre los cuales recae un apremio personal y los "centros de rehabilitación social" para los individuos con sentencia condenatoria ejecutoriada.

Con la conceptualización de los menores de edad como potenciales infractores, en observancia de la Constitución y el Código de Niñez y Adolescencia, surge el término de adolescente infractor así como una determinación legal sobre la infraestructura penitenciaria para el tratamiento del mismo. Esta infraestructura se denomina "Centro de Adolescentes Infractores" y está prevista para sentencias en las cuales se ha determinado el aislamiento total del menor infractor.

En conclusión, dentro del Ecuador, la infraestructura carcelaria ha sufrido cambios dentro de su concepción inicial, desde centros de trabajos forzados hasta centros de aplicación de técnicas y tratamientos sobre los individuos privados de su libertad. En este sentido, el cambio de conceptualización de la prisión al centro de privación de la libertad, en Ecuador, viene de la mano con el cambio de ideología manifestado dentro de la Constitución de la República del Ecuador reconociendo al sujeto infractor como una persona privada de la libertad y no como un mero instrumento de represión o trabajo.

Esto refleja una progresión dogmática sobre la conceptualización positiva de las instituciones jurídicas de la rehabilitación social para brindar coherencia al marco constitucional de derechos. En este sentido, tanto los conceptos de persona privada de la libertad y centro de rehabilitación social son necesarios dentro de la construcción de una política pública que permita garantizar la protección de los derechos constitucionales de las personas sometidas al tratamiento rehabilitador.

Ahora bien, dentro de la praxis las instituciones estrictamente dogmáticas de la rehabilitación social contenidas en el COIP responden a una lógica eficientista, por cuanto la realidad social sigue estableciendo mecanismos de supresión del individuo como la construcción de panópticos, el alejamiento del núcleo familiar de la persona privada de la libertad, entre otros, han convertido a los centros de privación de la libertad en centros de reclusión del individuo sin propósito alguno que trascienda al terror penal.

3.2.2.2. Persona Privada de la Libertad

Dogmáticamente, la conceptualización de persona privada de la libertad es un término reciente, por cuanto la construcción conceptual de la misma determina una aprehensión gnoseológica (Lambert, 2006, p.520) de carácter estructural sobre derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) así como de una determinación kantiana sobre el individuo. El reconocimiento del individuo infractor del contrato social como persona privada de la libertad es el resultado de un proceso ideológico (Mathiesen, 2003, p.51) de construcción conceptual sobre el individuo.

Dentro del sistema penal, la persona privada de la libertad es aquella persona que después de haber afrontado un proceso jurisdiccional de índole penal por el cometimiento de un acto infraccionario (Jiménez, 1997, p.18) de relevancia penal. La conceptualización del individuo infractor en la etapa posterior al juzgamiento penal ha sido determinada por la equivocidad conceptual (Zaffaroni, 2002, pp.3-5) producto de un eufemismo. Por ejemplo, dentro de los *tukthus*[22], los infractores eran considerados "pobres" y las cárceles como "fundaciones de caridad" (Mathiesen, 2003, p.66).

Para cada sociedad y su necesidad de control social se ha determinado un modelo carcelario, sin que exista una definición concreta para quien incurre en la misma. Es decir, que desde el *hôpital* francés (Foucault, 1988, p.32) hasta en las casas de corregimiento de Amsterdam, el condenado pasa a ser denominado desde *patient* hasta internos (Mathiesen, 2003, p.65). Estas conceptualizaciones primarias de la

[22] Locución escandinava usada en los años 1735- 1790 para referirse a las casas de corregimiento del incipiente modelo carcelario noruego (Mathiesen, 2003, p.65).

realidad social, determinaron al individuo como un sujeto ajeno al proceso de rehabilitación estableciendo la función de la punición estatal desde la corrección moral hasta la asignación de un oficio remunerado.

En el Ecuador, la definición de la persona que ha sido sentenciada como resultado de un proceso jurisdiccional de índole penal, ha sido precaria e inconstante; en este sentido, las definiciones de reo, preso o detenido comparten su significado dentro de los cuerpos normativos de carácter positivo. En este sentido la Constitución Política del Ecuador de 1998, en su artículo 208, establece que la persona privada de la libertad será aquella que sea declarada culpable en un proceso penal producto de una sentencia condenatoria ejecutoriada (Const., 1998, art.208).

Esta determinación positiva realizada por el legislador ecuatoriano, establece una situación jurídica distinta a la del procesado para el individuo infractor, por cuanto la misma se encuentra condicionada a la existencia de un proceso penal previo, de una sentencia condenatoria y que la misma se ejecutoríe de conformidad con la configuración legal del proceso, siendo materializada en la legislación secundaria.

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de 2006, determina la pérdida de fuero jurisdiccional a los individuos infractores a partir de la sentencia condenatoria (CEPRS, 2006, art.39) y los denomina "internos" para efectos del cuerpo normativo anteriormente citado. Desde 1998, la determinación del concepto de "persona privada de la libertad" se define a partir de la norma como un elemento fundamental de dicha conceptualización, pues la norma es la que determina el cambio de situación jurídica para el individuo otorgándole un nuevo estatus dentro de la sociedad.

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se determina a las personas privadas de la libertad como grupos de atención prioritaria (Const., 2008, art.35), estableciendo la responsabilidad del Estado, en cuanto a los individuos determinados como personas privadas de la libertad gozan de derechos y garantías de orden constitucional (Const., 2008, art.363, num.5), so pena de encontrarse cumpliendo una pena privativa de la libertad tal como lo establece el artículo 51 de la Constitución (Const., 2008, art.51), en observancia de la conceptualización de

derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) propios de una determinación kantiana del individuo.

Este reconocimiento constitucional de la persona privada de la libertad como grupo de atención prioritaria implica el desarrollo de acciones afirmativas (Const., 2008, art.203, num.4) en relación a este grupo social. La normativa secundaria ecuatoriana reconoce la responsabilidad del Estado con las personas privadas de la libertad, estableciendo obligaciones al respecto de acciones u omisiones estatales que generen vulneraciones de derechos constitucionales (COIP, 2014, art.676).

En síntesis, el reconocimiento constitucional de la persona privada de la libertad, como una condición jurídica posterior a la sentencia condenatoria ejecutoriada, implica el reconocimiento de derechos y obligaciones legalmente establecidas durante el proceso de rehabilitación social. Esto permite determinar al individuo infractor como un sujeto activo dentro del proceso de rehabilitación social como resultado de una aproximación kantiana deontológica de dicho individuo.

La conceptualización de persona privada de la libertad, corresponde a una construcción sociológica sobre el individuo infractor por cuanto dentro de la construcción normativa positiva se determina una estructura dogmática kantiana orientada al ser en sí mismo. Esta estructura dogmática responde al cambio de paradigma constitucional que el Ecuador afrontó en 2008, provocó el reconocimiento de derechos fundamentales sobre los cuales la entelequia estatal guarda responsabilidad y establece mecanismos, de papel, para el cumplimiento de sus obligaciones con la persona privada de la libertad y la no vulneración ilegítima de derechos ajenos a la pérdida de libertad ambulatoria.

Esta aparente coherencia normativa sobre el concepto de persona privada de la libertad provoca una falsación sobre la lógica interna de la corriente garantista, como un saber práctico formulado a partir del saber normativo (Escobar, 2018, p.132), por cuanto desde la praxis, los mecanismos normativos previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se muestran como ineficientes ante la realidad social de la persona privada de la libertad, generando violaciones de derechos constitucionalmente reconocidos, verbigracia, los casos de tortura sucedidos en el

año 2016 en el Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur - Turi de la ciudad de Cuenca.

3.3. Análisis teórico de la Teoría de la Pena en contraste con la Rehabilitación Social como instituciones jurídicas independientes

Analizados los preceptos dogmáticos de la teoría de la pena, abordamos a la rehabilitación social como un fenómeno jurídico. En este sentido, se ha determinado la dimensión ideológica y la dimensión material de la rehabilitación social, por cuanto existe como un conjunto de ideas y técnicas, pero se desarrolla en espacios físicos denominados "centros de rehabilitación social".

En este punto analizaremos brevemente los elementos conceptuales por los cuales se puede distinguir dogmáticamente a la rehabilitación social de la teoría de la pena.

a) Origen

La teoría de la pena nace como una categoría de estudio a partir de la conceptualización del injusto jurídico como el pecado por cuanto este debía ser expiado de algún modo dentro de la sociedad. Por otra parte, la rehabilitación social tiene su origen en un periodo posterior a la sentencia condenatoria ejecutoriada. Esto determina a ambas instituciones como fenómenos aprehensibles distintos el uno del otro.

b) Objeto

El objeto de la teoría de la pena radica en la pena comprendida como sanción jurídica ante el cometimiento de un injusto penal, mientras que el objeto de la rehabilitación social en sí mismo es el individuo infractor que es sometido al poder punitivo del estado. Esta distinción permite establecer un enfoque normativo distinto al marco punitivo que se plantea desde la dogmática penal.

c) Fin

> La teoría de la pena tiene como finalidad la justificación y legitimación del castigo estatal surgido a partir del cometimiento de un injusto penal. La rehabilitación social se fundamenta en el proceso al que es sometido un individuo infractor como parte del castigo estatal, implicando una distinción entre los fenómenos por cuanto una conceptualización errónea induce a error y subsiguientemente a una vulneración de derechos fundamentales.

Como se ha mencionado brevemente en el presente acápite, las estructuras dogmáticas jurídicas de la teoría de la pena y la rehabilitación social parten de la formulación del saber práctico (Escobar, 2018, p.132) como lo es el derecho positivo. Esta conceptualización a partir de la praxis, permite analizar la fundamentación racional sobre la existencia de estas instituciones dentro de la ciencia jurídica.

En este sentido, la teoría de la pena como parte de un sistema dogmático estructurado en la premisa dogmática del deber ser (Donna, 1996, pp.1-2) propone generar estructuras discursivas de carácter punitivo. Esta construcción busca generar los argumentos políticos y funcionales (Puig, 1982, pp.39-40) necesarios para justificar la necesidad de la intervención del Estado dentro de las relaciones sociales.

Así entonces, la teoría de la pena se formula como un conjunto de postulados orientados por las conciencias colectivas morales (Durkheim, 1999 citado por Huertas, 2009, p.106) de un determinado periodo de tiempo, estableciendo la legitimidad del castigo de conformidad con la necesidad social de sancionar los actos infraccionarios. Esta mutabilidad conceptual permite establecer los distintos tipos de teoría de la pena en relación al modelo de Estado que se maneje dentro de la organización social.

En los albores de la organización política, el planteamiento de la teoría de la pena sirvió como fundamento legitimador del castigo estatal como una manifestación posible y previsible del quebrantamiento del orden moral y subsecuentemente el

jurídico por cuanto estos provienen de la divinidad (Cano, 2017, p.96) siendo tomado como precepto de organización. La teoría de la pena ha buscado fundamentar la legitimación del castigo mediante la positivización de ciertas garantías normativas al respecto de la actividad punitiva estatal, propendiendo a manifestarse dentro de los ordenamientos jurídicos a través de la normativa primaria y la secundaria para establecer un sentido de coherencia sistémica dentro del Derecho Penal.

Con el auge de los Estados democráticos, la incorporación de conceptos penales dentro de las Constituciones políticas ha permitido limitar la función punitiva del Estado a partir del reconocimiento de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19). Esta determinación de la orientación material de la Constitución (Durán, 2016, p.276) dentro del marco normativo, permite establecer un límite formal y material a la teoría de la pena, por cuanto la existencia de la sanción estatal se determina mediante la legislación secundaria consolidando a la pena como un fenómeno jurídico independiente de la rehabilitación social.

Contextualizando el modelo de rehabilitación social ecuatoriano dentro de la normatividad, este se encuentra determinado por una incorporación formal del marco constitucional de derechos, estableciendo marcos de actuación dinámicos en relación al funcionamiento de los centros de rehabilitación social (MJDHC, 2013, pp. 8-9). Es decir, este modelo contempla tanto los modelos de organización y distribución de las personas privadas de la libertad mientras son parte del sistema nacional de rehabilitación social en virtud de la protección de sus derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19).

Tanto el desarrollo de la infraestructura penitenciaria como de la ideología de rehabilitación se establece en periodos de tiempo determinados, por cuanto la mutabilidad de las conceptualizaciones de la rehabilitación social se ha visto ligado a la conceptualización de pena. Este proceso se ve determinado a partir de conceptualizaciones de índole kantiana sobre la dignidad humana, por cuanto se supera la visión retribucionista del castigo y se deja de usar al individuo como mecanismo de disuasión mediante la teatralidad punitiva (Foucault, 1990, p.16).

Se toma al individuo como un sujeto activo dentro del proceso de rehabilitación a su vez que se le reconocen garantías normativas y constitucionales, estableciéndose como un fenómeno distinto a la pena en sí misma, pues la rehabilitación social como proceso se fundamenta en el individuo mas no en el tratar de justificar el castigo estatal.

En este orden de ideas, encontramos que la teoría de la pena es en sí mismo un conjunto de presupuestos teóricos encaminados a justificar la punición estatal (Foucaul, 1990, pp.11-13) y brindarle legitimidad al mismo, usando la normativa secundaria del sistema penal, mientras que la rehabilitación social, como parte del sistema penal, es un conjunto de técnicas, tecnologías y procesos externos al Derecho Penal, por cuanto tienen su punto de origen a partir de la sentencia condenatoria ejecutoriada, pudiendo prologarse al periodo posterior del cumplimiento de la misma, por cuanto la reinserción social está prevista dentro del marco constitucional.

Dentro de la praxis de la rehabilitación social nos encontramos con situaciones fácticas de carácter inconstitucional que atentan contra los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, promoviendo un detrimento constante a la calidad de vida de los mismos, empero de existir un marco normativo que promueve la protección de derechos de las personas privadas de la libertad.

Esta disonancia manifiesta entre la praxis y la dogmática se refleja en las condiciones de sometimiento a las cuales se sujetan los individuos dentro del tratamiento rehabilitador. Estas prácticas de carácter regulador de las condiciones de vida –necropolíticas según Mbembe– serán analizadas en el siguiente acápite para brindar claridad al lector sobre los mecanismos y tecnologías de sometimiento a la que son sometidas las personas privadas de la libertad en el Ecuador.

3.4. Análisis de las tecnologías biopolíticas y necropolíticas del sistema de rehabilitación social en el Ecuador

Para entender el concepto de la necropolítica es menester aclarar que es un postulado derivado de las obras de Foucault sobre la biopolítica y la estructuración

del biopoder dentro del juego de poderes que comprende a la sociedad. En el presente acápite se analizará cómo el concepto de necropolítica se estructura a partir de las obras de Agamben, Esposito y Mbembe para conceptualizarse como una fuerza política que niega a la vida, así como la injerencia de la misma dentro del sistema de rehabilitación social y su interacción con el marco constitucional de derechos.

3.4.1. Fundamento filosófico de la biopolítica

Para Foucault, como planteamiento filosófico, la biopolítica surge a partir de la detentación del poder entendida a partir de la influencia de la misma en las relaciones sociales como una dinámica de interacciones de los individuos para modificar las condiciones sociales en las cuales se desarrolla la vida de los mismos (2005, p.98). Esta conceptualización formulada por Foucault permite establecer una distinción entre los modelos político-jurídicos de relaciones de poder sustentados en las relaciones de fuerza inherentes de los estamentos de detentación de poder dentro de la sociedad (Cayuela, 2015, p. 366).

La dinámica de las relaciones sociales permite determinar la existencia del poder dentro de los procesos biológicos de los individuos, estableciéndose como un conjunto de mecanismos y tecnologías centrados en la vida (Cayuela, 2015, p.367) generando políticas de regulación y control de los fenómenos sociales que se desprenden de las mismas.

La biopolítica, como concepto dinámico, incorpora elementos de los modelos de gestión del poder tanto bélicos como gubernamentalistas (Cayuela, 2015, p.369) estableciendo como elementos constitutivos a los aparatos disciplinarios, los mecanismos de seguridad y la soberanía siendo parte de los procesos civilizatorios de una sociedad determinados en un espacio tiempo concreto. Estos elementos dentro de la forma de estructuración estatal se manifiestan dentro de las prácticas de gobierno de cada Estado permitiendo a los individuos y conglomerados sociales existir dentro de las relaciones de poder.

En la sociedad, la conceptualización de las interacciones dentro de la biopolítica se ve determinada por reglas culturales de la vida humana. Para Campillo, tanto las relaciones de parentesco, económicas y políticas son determinantes para morigerar o aumentar la conflictividad de las interacciones sociales dentro del plano intersubjetivo de la realidad social (2001, pp.122-131) por cuanto se establecen condiciones para la permanencia del conglomerado social en el paso del tiempo.

Las relaciones sociales se determinan como elementos relevantes dentro de la estructuración del Estado, por cuanto representan un reconocimiento de la institucionalidad del Estado mediante los procesos de subjetivización relacionados a la gubernamentalidad (Cayuela, 2015, p.377) actuando de forma tripartita dentro del marco de interacción social[23].

Como se señaló en párrafos anteriores, la biopolítica es un concepto dinámico que se configura o legitima en observancia del modelo de Estado vigente para la estructuración político-jurídico de una sociedad, en concreto buscando propiciar condiciones en las cuales los individuos logren existir y desarrollarse. En este sentido, los mecanismos y tecnologías adoptados por un Estado se determinan en relación a un espacio de tiempo determinado, permitiéndole adaptarse a las necesidades naturales de los individuos.

En el caso ecuatoriano, la propuesta positivizada de biopolítica se manifestó –dogmáticamente– en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, por cuanto el legislador en ejercicio de su potestad nomogeneradora propuso un marco de protección de derechos que establecía garantías para los individuos así como el reconocimiento de un conjunto de tecnologías denominadas políticas públicas.

En tal razón, las políticas públicas se encuadran como las condiciones político-sociales generadas por los modelos de gobernabilidad que permiten establecer relaciones sociales dentro de los campos de subjetivización, que en observancia de

[23] En este sentido las subjetivizaciones individuales recaen en las relaciones de sujeto – objeto en el ámbito económico, yo – tú en el ámbito parental mientras que las colectivas recaen en las subjetivizaciones de índole política como la de nosotros- los otros (Cayuela, 2015, p.372)

la persona permiten establecer marcos axiológicos que fundamentan la legitimidad de las interacciones.

Por ejemplo, en un Estado de derecho los mecanismos biopolíticos son inherentes a sí mismo, es decir que por la configuración estatal adoptada, la predominancia de la proliferación de vida se opone abiertamente a los modelos bélico utilitaristas de estructuración del poder, por cuanto el Estado de derecho reconoce manifiestamente en su legislación primaria y secundaria una gama de valores y principios kantianos sobre los cuales recaen tanto las relaciones sociales como los individuos.

En este sentido, –al menos en teoría– los mecanismos disciplinarios y de regulación social se formulan a partir de un reconocimiento axiológico sobre los individuos con miras a generar espacios de subsistencia dentro de las esferas de interacción social para la conservación de la vida y el relativo reconocimiento de la estatalidad dentro de la misma para reafirmar su soberanía interna. En el caso concreto de la rehabilitación social esto se manifiesta en la protección de derechos que el estado realiza sobre las personas privadas de la libertad por cuanto la configuración biopolítica se halla legitimada dentro del ordenamiento jurídico.

Esta reafirmación de la soberanía, mediante los planteamientos biopolíticos, permite establecer espacios de desarrollo de la vida en observancia de los limites culturales delimitados por reglas "naturales", implicando un reconocimiento expreso de la realidad social y de los fenómenos derivados de la misma en el proceso civilizatorio de construcción de política. La concreción jurídica de la biopolítica se traduce en un estado de derecho.

3.4.2. Fundamento filosófico de la necropolítica

La necropolítica[24] como concepto filosófico nace a partir de la conceptualización de la biopolítica de Foucault. En este sentido, se plantea como un conjunto de

[24] Tanatopolítica o necropolítica son palabras de igual significado. Autores como el filósofo de origen camerunés Achille Mbembe utiliza el término necropolítica dentro de sus estudios relativos a la biopolítica, por otra parte, el italiano Giorgio Agamben desarrolla el concepto de la "política de muerte" bajo el término de tanatopolítica. Al respecto de la utilización de este último concepto, se suman las obras del maestro italiano Roberto Esposito.

condiciones sociales culturalmente determinadas que mediante un argumento de índole político jurídica –como una manifestación de la soberanía interna del Estado– legitiman la muerte de los individuos o conglomerados sociales dentro del Estado (Mbembe, 2006, pp.29-30).

En este sentido, la necropolítica es un conjunto de decisiones soberanas que legitimadas por un ordenamiento positivo generan condiciones y espacios para el desarrollo de la muerte dentro de la sociedad. Para dichos efectos la utilización de tecnologías como el miedo y las prácticas homicidas determinadas por un elemento ideológico brindan coherencia al modelo discursivo de la necropolítica, generando funciones de aniquilamiento, disciplinamiento y normalización (Criscione, 2011, pp.42-43).

Como parte de los procesos civilizatorios, la necropolítica se desarrolla de manera dialéctica, buscando establecer un parámetro de normalización o racionalización de la violencia dentro de periodos históricos determinados. La determinación de la aceptabilidad se construye de la mano con el concepto de enemigo por cuanto el derecho a matar por parte del estado se fundamenta a si mismo por cuanto recae sobre el enemigo (Mbembe, 2006, pp.33-34).

Para Criscione, la necropolítica se aleja de los postulados filosóficos de orden kantiano por cuanto la destrucción de las condiciones de vida determinan al individuo como un medio dentro de la sociedad (2011, p.62), en este sentido, para Esposito la necropolítica responde a una dinámica de poderes antagónicos, en la cual se protege la vida de un determinado grupo de individuos –y sus condiciones circundantes– para exterminar la de otros (2006, p.26).

Para Agamben, la reconceptualización de los preceptos biopolíticos de Foucault sobre la necropolítica supera a la soberanía como elemento determinante de las relaciones de poder de la sociedad (2006, pp.14-18), determinando la existencia de una biopolítica y una necropolítica como producto del ejercicio soberano del poder estatal. En este sentido, la configuración de la necropolítica no es más que un concepto extendido de la biopolítica, denominada como "negativa", siendo un

poder intrínsecamente ligado a la existencia de la normatividad como fenómeno jurídico (Lechuga, 2012, p.9).

Si bien la necropolítica genera funciones sociales de control, que se ven superditadas a la existencia del marco legal (Lechuga, 2012, p.9), estas se determinan por los efectos producidos dentro de las relaciones sociales del plano intersubjetivo de la realidad social. Es decir, que en observancia de la implementación de una política determinada por una función social esta será efectiva siempre y cuando logre producir efectos disciplinarios relativos a la supresión del individuo dentro de la sociedad (Criscione, 2011, pp.42-43).

Para Criscione, como parte de la fuerza social de las funciones de la necropolítica, se determinan dos vertientes establecidas: las homicidas y las no homicidas. La distinción entre dichas funciones radica en los efectos sobre los individuos que producen las mismas como parte del modelo discursivo fundamentado en el miedo (2011, pp.43-44).

A partir de un análisis foucaulteano, la necropolítica dentro de la sociedad funciona con relación a valoraciones de carácter económico, por cuanto la utilización de tecnologías, el surgimiento de funciones sociales y la generación de marcos legales legitimadores (Lechuga, 2012, p.9) son producto de un análisis económico. Es decir, que las decisiones soberanas de carácter necropolítico otorgan un valor a la vida humana siendo susceptible de remoción en función de la plusvalía –o valor agregado– que se genera para el Estado a partir de la muerte de los individuos (Lechuga, 2012, p.11) como se ha visto en los modelos eficientistas de rehabilitación social en los cuales el individuo queda reducido a una mera cifra.

Para Mbembe, la necropolítica se fundamenta en el ejercicio de soberanía del Estado entendida como el derecho a matar (2006, p.30) y la interacción que esta puede tener en observancia a los modelos de Estado que se han generado a nivel teórico. Entonces, la necropolítica se determina como una tecnología, legitimada por normas culturales de carácter disciplinario (Foucault, 2000, p.228), para tomar posesión de la vida de los individuos volviendo a retomar las conceptualizaciones retribucionistas de la pena.

Esta fundamentación de la necropolítica la hace incompatible con el Estado de derechos, por cuanto la utilización del miedo en modelos discursivos legitima modelos estatales en los cuales la distinción del enemigo se legitima mediante un ordenamiento jurídico positivo (Lechuga, 2012 p.9), oponiéndose directamente a un marco constitucional de derechos (Rabinow y Rose, 2006, p.33).

3.4.2.1. Necropolítica en el sistema de rehabilitación social del Ecuador

Las prácticas necropolíticas son una manifestación del ejercicio de la soberanía estatal fundamentado en un modelo discursivo de miedo (Criscione, 2011, pp.43-44) que no pondera entre la legitimidad de la protección de un derecho con la extinción de las condiciones de desarrollo de los individuos. Esta carencia discursiva entre la identificación de los elementos jurídicos y los elementos políticos da como resultado la inaplicabilidad –al menos de forma teórica– de prácticas necropolíticas dentro de la estructuración de un Estado de derechos y justicia (Const., 2008, art.1).

El modelo de rehabilitación social ecuatoriano se ve determinado a partir de las conceptualizaciones teóricas relativas a la teoría de la pena y no como un fenómeno jurídico individual. La conceptualización estrictamente punitivista desecha el valor categórico del individuo infractor como ser humano y se enfoca exclusivamente en legitimar el castigo al cual este último es sometido.

Dentro del contexto necropolítico, los centros de rehabilitación social establecen tecnologías disciplinarias destinadas a eliminar la subjetividad de los individuos estableciendo parámetros de control sobre las relaciones sociales de los mismos (Bello y Parra, 2016, p.372). Para Bauman, los centros de rehabilitación social se constituyen en un mero depósito de "residuos humanos" (2005, p.109) víctimas de un proceso neocolonizador.

Esta precaria conceptualización sobre el régimen de rehabilitación social ha propiciado la incursión de prácticas necropolíticas dentro de la realidad social ecuatoriana. En este sentido, estas prácticas se constituyen en un detrimento a la protección de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) para las personas

privadas de la libertad, por cuanto representan un avance desmedido del poder punitivo (Zaffaroni, 2002, pp.7-9).

Según el ex Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador[25] quien estuvo a cargo de la realización del Modelo de Gestión Penitenciaria de 2013, el actual modelo de gestión penitenciaria se determina como un "modelo progresivo" el cual busca contribuir al desarrollo de las personas privadas de la libertad mediante la protección y reconocimiento de derechos constitucionalmente establecidos (MJDHC, 2013, p.12) siguiendo una suerte manifiesta de aceptación de la biopolítica –constitucionalmente determinada– por cuanto se enfoca en la protección de los individuos sometidos al tratamiento rehabilitador.

Esta estructuración del modelo de rehabilitación social –aparentemente legitimadora de la Constitución– se fundamenta en el cambio de paradigma constitucional que el Ecuador afrontó en el año 2008 dando a entender que las prácticas relativas al biopoder están orientadas a la proliferación de las condiciones de vida dentro de un subsistema social (Urteaga, 2009, pp.308-311) como lo es un centro de rehabilitación social.

La realidad social en donde se determina la rehabilitación social en el Ecuador responde a biotecnologías de carácter necropolítco por cuanto existe una disonancia manifiesta entre los planteamientos recogidos por la Constitución de la República del Ecuador así como en la legislación secundaria permitiendo la vulneración de derechos y garantías de las personas privadas de la libertad.

En el contexto discursivo planteado por Criscione, el sistema de rehabilitación social presenta una serie de funciones necropolíticas de orden mixto, es decir, que se evidencian las prácticas homicidas y las no homicidas (2011, p.43-44) dentro de un mismo espacio social las cuales determinaremos en la presente disertación.

[25] Este ministerio se reestructura a cargo de la Secretaría Nacional de Planificación y desarrollo en el Ministerio de la Política y Derechos Humanos mediante el decreto presidencial 491 con fecha 23 de agosto de 2018.

3.4.2.1.1. Funciones necropolíticas homicidas

Este tipo de planteamientos necropolíticos son determinados según Mbembe como parte del proceso de cosificación humana (2006, p.32) son los que establecen las condiciones en las cuales el Estado, mediante un acto soberano, termina con la vida humana. No se fundamentan en la corrección disciplinaria del individuo sino que buscan la aniquilación del mismo (Criscione, 2011, p.53).

En este sentido, las funciones necropolíticas permiten mantener las relaciones de poder a partir de la violencia, perpetuando la desigualdad de fuerzas entre los individuos, por cuanto el encarcelamiento en sí mismo implica la reducción del "espacio de vida" y promueve el acercamiento del individuo a la muerte (Bello y Parra, 2016, pp.367-368).

Para los profesores Bello y Parra, dentro del sistema de rehabilitación social se determinan prácticas directas o indirectas (2016, p.373) determinadas por un marco de relaciones de poder y dominación sobre los individuos. La práctica directa más común es la ejecución extrajudicial, disponiendo de la existencia física del individuo (Criscione, 2011, p.54) a pretexto de ser entes dispensables dentro del sistema de rehabilitación social; por otra parte, las prácticas homicidas no directas recaen sobre la privación de derechos constitucionalmente reconocidos como el acceso a la salud, el alejamiento a la vida familiar y el hacinamiento (Bello y Parra, 2016, pp.373-374) generando espacios de proliferación de muerte dentro del centro de privación de la libertad.

3.4.2.1.2. Funciones necropolíticas no homicidas

Este tipo de funciones se determinan por no generar un detrimento físico directo sobre el individuo, propendiendo a menoscabar la integridad psíquica del mismo (Criscione, 2011, p.44). En este sentido, las funciones no homicidas cumplen la función de reeducación mediante la modificación de construcciones identitarias (Toledo, 2012, pp.46-47) del individuo sometido.

Dentro del sistema de rehabilitación social ecuatoriano, las funciones no homicidas responden a una categorización dogmática, que según Criscione pueden tener medios de ejecución físicos o meramente lingüísticos (2011, p.45). Los medios físicos de carácter necropolítico se caracterizan por someter directamente al individuo, entre estos medios encontramos a la tortura; esta práctica soberana de los agentes ejecutivos consiste en generar detrimento sobre el cuerpo de los detenidos, como es el caso de tortura reportado en el Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Sur "Turi" (Redacción El Telégrafo, 2017, párrs.5-6).

Por otra parte, el manejo del miedo como discurso determina la utilización de métodos intimidatorios como la amenaza que recae sobre una persona privada de la libertad, pudiendo venir tanto de funcionarios penitenciarios, así como de los mismos presos. Estas funciones no homicidas tienen la finalidad de reeducar a la persona privada de la libertad mediante el desconocimiento expreso de su condición humana (Kant, 2007, pp.12-14) en diversos espacios sociales dentro del subsistema penitenciario retomando las prácticas retribucionistas.

Por lo anteriormente expuesto, en el presente acápite podemos concluir que las falencias sistémicas del sistema de rehabilitación social están produciendo condiciones óptimas para la vulneración de derechos fundamentales transformando a las personas privadas de la libertad en meras cifras sin considerar su dignidad humana.

La utilización de prácticas necropolíticas dentro del sistema de rehabilitación social ha evidenciado la existencia de un tratamiento rehabilitador que no contempla a la dignidad humana como parámetro fundamental para verbigracia el Caso Turi. En este sentido, las funciones de la necropolítica determinadas en el ámbito de la rehabilitación social no se limitan a la extinción de la vida, si no que se manifiestan en conductas y prácticas que tienden a negar las condiciones de vida de los individuos.

Este detrimento de los derechos fundamentales implica un retroceso de derechos, por cuanto dentro del marco constitucional de derechos se ha reconocido derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con la

finalidad de establecer una mayor protección. En este sentido, la precariedad de la praxis carcelaria ha permitido la proliferación de tecnologías estatales que de forma expresa buscan generar un espacio de vulneración de derechos dentro del sistema nacional de rehabilitación social.

Por lo anteriormente expuesto, procederemos a analizar las inconsistencias sistémicas del modelo de rehabilitación social ecuatoriano a partir de un método lakatiano a partir de la dogmática, normativa y como estas interactúan dentro de la realidad social.

CAPÍTULO IV: EL EJEMPLO Y CONTRAEJEMPLO DE LA REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

Como se desarrolló en los capítulos anteriores de la presente disertación, la rehabilitación social ha determinado un punto gnoseológico dentro de las aprehensiones cognoscitivas (Lambert, 2006, pp.519-521) de los legisladores y del pueblo en sí mismo. Esta percepción sobre el concepto ha permitido mutatis mutandis el establecer nuevos modelos compatibles con construcciones axiológicas determinadas por un periodo de tiempo en concreto.

Ante la aparente incoherencia del Sistema Nacional de Rehabilitación Social con el ordenamiento jurídico a partir de una conceptualización a priori de la rehabilitación social como parte del sistema positivo punitivo ecuatoriano, es menester establecer mediante un método ordenado y sistematizado de análisis la veracidad del modelo imperante de rehabilitación social dentro del Ecuador.

En este sentido, las interpretaciones y aproximaciones estrictamente discursivas del modelo de rehabilitación social del Ecuador no permiten generar un modelo de falsacionismo para las conjeturas iniciales, por lo que es determinante analizar la validez de dichas conjeturas mediante una metodología propia del racionalismo crítico (Lakatos, 1983, pp.42-43) para evitar los falsacionismos meramente descriptivistas e ingenuos.

En el presente capítulo se analizará bajo la metodología formulada por Imre Lakatos, la validez de la premisa normativa construida por el legislador al respecto de la rehabilitación social en el Ecuador. Esta conjetura formada por las premisas adoptadas por la dogmática jurídica, así como el contraejemplo de la realidad social serán abordados por el falsacionismo sofisticado (Lakatos, 1983, p.35), siendo fenómeno de estudio desde el análisis de las pruebas para generar nuevas conjeturas que con la re examinación de las pruebas permita establecer una coherencia sistémica entre el marco normativo ecuatoriano y los centros de rehabilitación social en la praxis.

4.1. Análisis conjetural de la normativa ecuatoriana de rehabilitación social a partir del discurso

El discurso de la rehabilitación social en el Ecuador es un discurso de carácter institucional por cuanto proviene de los órganos estatales determinados como competentes para establecerlo acarreando el concepto de una aparente legitimidad del mismo, en el presente acápite se analizará el modelo discursivo en función de un método lakatiano para establecer un punto de racionalización entre los conceptos de teoría de la pena y rehabilitación social.

El modelo discursivo de la rehabilitación social en el Ecuador ha sido tan variado como la existencia misma de los modelos políticos y jurídicos imperantes dentro del país. En este sentido, la rehabilitación social ha superado la expectativa de la vindicta pública –aparentemente– para formularse como una finalidad de la pena establecida dentro de los marcos dogmáticos del garantismo penal.

Dentro de los esbozos discursivos del Ecuador en temas de rehabilitación social, teóricamente se ha pasado del discurso estrictamente punitivista como el observado en la Constitución de 1869, pasando por la humanización conceptual de 1906. En este sentido, el proceso de humanización conceptual del discurso permitió adaptar y acoplar conceptos a la reciente categorización de "dignidad humana" de tipo neokantiana que se hizo presente en ámbitos internacionales como locales.

Estas construcciones, tanto a nivel espacial como temporal se complementan con modelos de interpretación sobre la naturaleza de la institución, para verbigracia, el discurso ultra positivista de la dictadura en América latina. Es decir, que como consecuencia de la consolidación de una institución político-jurídica se generan modelos de discursos legitimadores de dichas instituciones.

En este orden de ideas, con el aparente cambio paradigmático del Ecuador sobre las normas positivas en el año 2008, permitió consolidar un nuevo elemento al sistema jurídico ecuatoriano bajo el discurso del garantismo dentro del marco constitucional de derechos y justicia. Este discurso, propio del post positivismo, facilitó la

incorporación de conceptos del pluralismo jurídico (Wolkmer, 2017, p.201) dentro de las construcciones normativas venideras dentro de la normativa secundaria.

Este discurso asume al derecho como una práctica social propiamente dicha, fundamentada en modelos argumentativos de carácter discursivo basados en principios –en principio– jurídicos (Lozada, 2016, p.228). Esto quiere decir, que dentro de la práctica discursiva imperante se sobrepasa la construcción jurídica de la mera regla (Lozada, 2016, pp.230-231), empezando a contextualizar el *deber ser* dentro del sistema jurídico mediante los principios como parámetros de optimización (Alexy, 2003, pp.110-112).

Si bien a nivel dogmático la naturaleza de la rehabilitación social ha sido ampliamente desarrollada en la presente disertación, ahora analizaremos la propuesta organizativa de carácter normativo –que aparentemente– propone un modelo de rehabilitación social constitucionalmente compatible.

Este modelo discursivo de carácter garantista fundamentado en principios kantianos constitucionalmente reconocidos como la igualdad, la protección de derechos fundamentales, la no discriminación, la dignidad humana entre otros, ha demostrado ser producto de una construcción gnoseológica por parte del legislador que se determina mediante la aprehensión cognitiva (Lambert, 2006, p.520) de la dogmática penal y la ius filosofía en cuerpos normativos codificados de carácter punitivo con la intención de proteger derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005, p.19) siendo una finalidad legitimadora de la pena.

4.2. Modelo de rehabilitación social ecuatoriano desde el plano intersubjetivo de la realidad social

El Ecuador durante su vida como Estado, ha desarrollado el modelo discursivo de Estado en observancia de los cambios sociales y la generación de nuevas estructuras, modificando las previas para acoplar nuevos modelos biopolíticos (Cayuela, 2015, p.367) dentro de su estructura. Desde el punitivismo extremo hasta el garantismo, el modelo discursivo de rehabilitación social se ha adaptado a las

condiciones sociales en los cuales se manejan las condiciones de vida de los individuos.

En este contexto, el modelo de rehabilitación social se ha visto dogmáticamente unido a la lógica punitivista del sistema penal. A nivel factico, dentro del marco de interacciones de los individuos, el discurso de la rehabilitación social se vuelve inaplicable generando un sistema eficientista que deshumaniza la naturaleza del problema jurídico para transformarlo en una cifra.

Desde el año 2006 hasta la promulgación y entrada en vigencia del COIP, la rehabilitación social se mostró reconocida y positivizada en un cuerpo normativo distinto a la normativa penal. Esta distinción no implica una separación dogmática propiamente dicha sino que representa un modelo discursivo de índole punitivista relativamente eficientista (MJDHC, 2013, pp. 8-9).

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en adelante CEPRS, fue el primero en generar órganos jurisdiccionales para proteger derechos de las personas privadas de la libertad y designa la creación de un organismo técnico. Este primer esbozo de racionalización de la rehabilitación social en el Ecuador se apega al sentido de positivización normativa imperante desde la Constitución Política de 1998.

Esta primera aproximación del legislador ecuatoriano, recogió de forma expresa una serie de derechos para las personas privadas de la libertad que de forma precaria intentaron morigerar la suspensión de derechos intrínseca que implica la privación de la libertad.

Tomando el trabajo realizado por el Honorable Congreso Nacional de la República del Ecuador de 1998, la Asamblea Nacional de la República del Ecuador prepara un cuerpo normativo de carácter positivo, de índole punitivo, en el cual erradamente recoge las normas establecidas en Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, otorgando bajo la premisa de organización y estructuración, una relevancia penal a la norma de rehabilitación social.

En la praxis, esta disonancia argumentativa se reflejó en la precariedad del tratamiento rehabilitador (Gallardo y Núñez, 2006, p.5) y la omisión de control por parte de las autoridades sobre la infraestructura penitenciaria propiciando condiciones inhumanas que vulneran derechos que forman parte de instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador.

Siguiendo el método de Lakatos y sobre los elementos planteados en la conjetura inicialmente descrita en el primer acápite del presente capítulo, surgen falencias sistémicas con la realidad social tales como la disonancia entre la configuración kantiana de la norma, la dignidad humana, la protección de derechos fundamentales. Estas falencias se analizarán en los siguientes acápites.

4.2.1. Disonancia entre la configuración kantiana de la norma y la realidad social

Como se ha señalado en capítulos anteriores, la normativa ecuatoriana de rehabilitación social recoge principios y dogmática kantiana, por cuanto se realiza un ejercicio cognitivo sobre la dignidad humana dentro del proceso de creación de normas del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la configuración kantiana de la norma establece a la misma como una construcción de carácter normativo que se orienta para proteger al hombre como un individuo a partir del reconocimiento de su dignidad como parámetro fundamental.

Este modelo, en principio garantista, fue adoptado y posteriormente desarrollado dentro del libro tercero del COIP, determinándose los órganos y el funcionamiento previamente establecido en el CEPRS con una influencia directa de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. En este sentido, el modelo penitenciario formulado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos fue previo al proceso de revisión del CEPRS durante la elaboración del COIP, formulándose durante el año 2016 el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social.

Esta aparente coherencia del modelo de rehabilitación social con el marco constitucional de derechos resulta en violaciones de derechos de las personas

privadas de la libertad de forma sistémica y patológica, por cuanto la precariedad de la producción normativa relativa al tema de rehabilitación social se determina como normas técnicas emitidas por el ejecutivo a través de sus órganos, provocando una distorsión del discurso, estableciendo modelos punitivistas de naturaleza latente que deshumanizan a la persona privada de la libertad (Constante, 2014, párrs. 3-4).

Esta contradicción estructural dentro del ordenamiento jurídico resulta en una deshumanización de la persona privada de la libertad por cuanto a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador fue promulgada en 2008, se mantuvo vigente el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social de 2006 hasta la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en febrero de 2014 generando un desfase de la aplicación de principios jurídico dogmáticos constitucionalmente reconocidos en la realidad social.

Esta configuración filosófica dogmática observada en la praxis de la producción de normativa jurídica secundaria responde a un modelo neo hegeliano que pretende la reafirmación del ordenamiento jurídico en observancia al valor intrínseco del mismo, oponiéndose fácticamente la configuración kantiana dogmáticamente establecida en la Constitución de la República del Ecuador.

4.2.2. Vulneración a la dignidad humana

El modelo discursivo punitivista neo hegeliano del Ecuador se reafirmó públicamente en el año 2016 dentro del Centro de Rehabilitación Social sierra Centro-sur Turi, en el cual, durante un operativo, la Policía Nacional del Ecuador procede a someter a las personas privadas de la libertad y a ejecutar actos ajenos al operativo, con la finalidad de establecer control sobre las personas privadas de la libertad a costa de agresiones físicas, en uso desmedido y desproporcional de la fuerza.

En este sentido, el levantamiento de información realizado por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) al respecto de este caso, permite establecer actuaciones discrecionales de poder por parte de las autoridades carcelarias para con las personas privadas de la libertad. Estas actuaciones

permitieron la violación de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad siendo documentada por las cámaras de seguridad del centro de rehabilitación social (Vera, 2018, párr.9).

Estos actos cometidos por la Policía Nacional representan una violación al derecho a la integridad física así como al derecho a la dignidad reconocidos y protegidos por la CADH en los artículos 5 y 11, respectivamente, generando responsabilidad al Estado ecuatoriano, por cuanto es garante de los derechos de las personas privadas de la libertad durante el tiempo de su condena ("Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, Serie C No.112., 2004, párr.152).

Para Ávila la perpetuación de actuaciones discrecionales de los funcionarios del régimen de rehabilitación social degenera en un régimen represivo al punto que se genera un detrimento psicológico constante dentro de las personas privadas de la libertad (2013, p.144) aumentando la condición de vulneración de los mismos.

Desde la dogmática jurídica que ha inspirado la construcción de cuerpos normativos en el Ecuador, el desconocimiento expreso de los parámetros kantianos sobre dignidad humana establece un conjunto de incoherencias dentro del sistema de rehabilitación social permitiendo generar marcos discrecionales que vulneren abiertamente la dignidad de las personas privadas de la libertad bajo la apariencia de un discurso legitimador.

4.2.3. Vulneración de Derechos Fundamentales

Durante el año 2013, el Estado ecuatoriano mediante el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos promueve la utilización de uniformes para las personas privadas de la libertad (Redacción Expreso, 2017, párr.10), violando expresamente derechos de índole constitucional como la libre construcción de la personalidad (Const., 2008, art.66, num.5), por cuanto los uniformes representan una forma de estigmatización categórica de la persona privada de la libertad (UNECOSOC, 2015, regla.19). Esta violación de derechos constituye una falla sistémica, por cuanto la aplicación del uniforme carcelario constituye una humillación que consecuentemente afectaría la dignidad de la persona privada de la libertad.

Estas disonancias teórico-prácticas entre los discursos legitimadores del modelo de rehabilitación social ecuatoriano han provocado divergencias sustanciales entre el ser y el deber ser. En este sentido, dentro del sistema de rehabilitación social, la capacidad de actuación que deben tener los guardias de los centros penitenciarios, establece la obligación de controlar dentro de los perímetros del centro de rehabilitación social (COIP, 2014, art.685). Al respecto del tema de capacidad y competencia de los guardias, encontramos disparidades en la forma de actuación de los mismos; desde casos en los cuales las personas privadas de la libertad emprenden actos antijurídicos dentro del centro de rehabilitación social.

Dentro de la primera situación previamente mencionada, nos encontramos con casos como los sucedidos en el año 2016. Durante el mes de junio en la provincia de Tungurahua, concretamente en la ciudad de Ambato, donde se encuentra un centro de rehabilitación social se encontró dentro de las instalaciones del mismo, armas, sustancias estupefacientes, así como armas blancas (Moreta, 2016, párr.3); posteriormente en el mes de julio una persona privada de la libertad se fuga del mismo centro de rehabilitación social (Maisanche, párr.2).

En el Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro sur - Turi ubicado en la provincia de Azuay, se han suscitado fenómenos criminógenos provenientes tanto de las personas privadas de la libertad como de los miembros del sistema nacional de rehabilitación social. Durante el año 2017 se detectaron bandas delictivas dentro del centro de rehabilitación social que se dedicaban a la extorsión tanto de los propios reclusos como de la familia de los mismos (Castillo, 2017, párr.1). Al respecto de los sucesos anteriormente descritos, las funciones de los guardias de los centros de rehabilitación social se circunscriben, al menos a nivel jurídico, a lo establecido en la norma penal positiva, empero, la realidad social ha determinado la inefectividad del personal penitenciario, por cuanto aun dentro de las instalaciones del centro de rehabilitación social han sucedido actos antijurídicos a sabiendas de los mismos, ignorando condiciones mínimas de seguridad para las personas privadas de la libertad ajenas a dichas actividades.

Al respecto de las violaciones de derechos dentro del sistema de rehabilitación social, en el Ecuador no se respeta la cercanía que las personas privadas de la libertad deben tener con su núcleo familiar (UNECOSOC, 2015, regla.59). Desde el traslado de infraestructura desde el panóptico de Quito a Latacunga hasta el traslado de personas privadas de la libertad desde el centro de rehabilitación social de Santo Domingo hasta el centro de rehabilitación social de Latacunga (Espinosa, 2016, párr.1).

Estos acontecimientos, empíricamente registrados por la prensa escrita del país y lejanos a una óptica técnica-jurídica, son prueba de la precariedad del tratamiento rehabilitador dentro de las personas privadas de la libertad, por cuanto bajo la óptica discursiva de carácter garantista se han vulnerado derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (Const., 2008, art.201) fomentando la proliferación del discurso punitivista bajo la falsa imagen dominante del discurso garantista ecuatoriano.

Estas vulneraciones a los derechos de vida, integridad personal, desarrollo libre de la personalidad e identidad ha demostrado la falencia del discurso garantista que promueve la Constitución de la República del Ecuador por cuanto se han permitido actuaciones discrecionales desde los órganos del estado encargados de la tutela de derechos fundamentales.

4.2.4. La rehabilitación social como teoría de la pena

Dentro de las conceptualizaciones dogmáticas del discurso de la rehabilitación social en el Ecuador, nos encontramos con la asimilación de este concepto con el de la teoría de la pena dentro del sistema penal por cuanto la distinción no es clara dentro de la construcción normativa. Esta premisa viene de una conceptualización precaria del legislador ecuatoriano, por cuanto el ejercicio valorativo de la categoría jurídica de la rehabilitación social se toma inequívocamente dentro del ámbito punitivo.

Como bien se ha desarrollado en la presente disertación, esta asimilación teórico práctica de la rehabilitación social dentro del ámbito punitivo, ha propiciado

vulneraciones de derechos a grupos constitucionalmente reconocidos como vulnerables, por cuanto la condición de encierro implica una relación directa de subordinación de un individuo con el estado.

Dentro del modelo discursivo de la conjetura ecuatoriana de rehabilitación social, esta es tomada como parte del discurso punitivo en un intento precario de aproximación a la prevención especial positiva y su forma de concebir la finalidad del castigo estatal, otorgándole una naturaleza punitiva a la misma, por cuanto es comprendida por la norma penal positiva.

Desde el contraejemplo de Lakatos podemos determinar una distinción categórica entre rehabilitación social y teoría de la pena a partir de la configuración adjetiva del marco normativo de índole punitiva. En este sentido, la categoría teórica que fundamenta la legitimidad del castigo estatal es una construcción dogmática filosófica independiente de la rehabilitación social, por cuanto esta última radica en un periodo posterior a la consideración valorativa de índole jurídica sobre el castigo.

Es menester tomar en cuenta la naturaleza de la rehabilitación social como un proceso que surge posterior a la sentencia penal condenatoria ejecutoriada, en el cual se somete a un individuo a un tratamiento rehabilitador. Dogmáticamente se enfoca en el individuo desde una perspectiva kantiana, por lo cual su finalidad radica en el individuo sometido alejándose de los preceptos utilitaristas y normativistas del castigo.

En este sentido, tras la descomposición de los elementos determinantes de la conjetura inicial del presente capítulo podemos establecer que la rehabilitación social en el Ecuador no está determinada por la imagen garantista de la conjetura inicialmente formulada, empero está determinada por la realidad social, por cuanto el conjunto de interacciones sociales entre las personas privadas de la libertad y los funcionarios penitenciarios obedecen a una lógica apegada al neo hegelianismo punitivista.

4.3. El contraejemplo global del discurso de la rehabilitación social como finalidad legitimadora de la pena

La conjetura inicial sobre la rehabilitación social establece elementos o premisas que mediante un análisis de las pruebas provenientes de la realidad social han establecido la falencia estructural de la misma. En este orden de ideas la descomposición fundamental de la conjetura inicial nos lleva a una reducción sobre la conceptualización del legislador de la rehabilitación social como legitimación de la pena.

En este sentido, es menester determinar las diferencias fundamentales entre los conceptos de la teoría de la pena y la rehabilitación social dentro del ordenamiento jurídico.

4.3.1. La teoría de la pena es una construcción jurídica estrictamente punitiva

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, la teoría de la pena es el fundamento dogmático de la actividad punitiva del Estado (Roxín, 2007, p.70). Este planteamiento dogmático es formulado en relación a la necesidad de control social (Foucault, 1990, pp.11-13) que existe en el plano intersubjetivo de la realidad social, estableciéndose como un argumento legitimador del castigo estatal, por cuanto su origen dentro del ordenamiento jurídico radica en la norma penal positiva.

Este argumento legitimador de la sanción estatal responde directamente al Derecho Penal y su configuración dentro de un estado de derecho por cuanto la finalidad de generar un argumento legitimador es determinar un alcance al poder punitivo del Estado (Zaffaroni, 1980, p.33).

Por otra parte, la rehabilitación social es un proceso que tiene lugar en una etapa posterior a la finalización de un proceso judicial, por cuanto tiene su origen como institución el momento el que mediante una sentencia penal condenatoria ejecutoriada se somete a un individuo al control y a la vigilancia estatal.

La finalidad de la rehabilitación social radica en el tratamiento que se brinda a las personas privadas de la libertad para reinsertarlas en la sociedad siendo su fin último el individuo infractor per se.

4.3.2. La rehabilitación social es una institución independiente de los marcos normativos punitivos

La rehabilitación social como reducto de las interacciones sociales de carácter intersubjetivo desarrolladas en la realidad social se presenta como un subsistema social de carácter autorreferente (Luhmann, 2002, p.291) dentro de la sociedad. En este sentido, la rehabilitación social es una institución social con relevancia jurídica por cuanto mediante un ejercicio valorativo ha sido determinada dentro del marco constitucional de derechos.

El reconocimiento jurídico realizado por la Constitución, como norma primaria, establece un marco jurídico de protección para los individuos que entren en la categoría de persona privada de la libertad empero el reconocimiento que realiza la normativa secundaria responde a un marco abiertamente punitivista.

Para Mathiesen, la rehabilitación social presenta elementos de naturaleza coercitiva que sin ser determinados como estrictamente punitivos implementan marcos disciplinarios dentro del proceso de rehabilitación social mediante las instituciones propias del sistema penitenciario como los centros de rehabilitación social.

Por otra parte, la teoría de la pena tiene su origen dentro de la dogmática penal, por lo cual la implementación de los preceptos establecidos en la misma han de responder a los marcos normativos de carácter punitivo, siendo su principal función la de legitimar la consecuencia jurídica del cumplimiento de una norma de tipo penal.

La teoría de la pena se limita formal y materialmente a determinar la necesidad social de una sanción dentro de la sociedad, mientras que la naturaleza extrajudicial de la rehabilitación social permite establecerla en marcos no punitivos como lo establece la Constitución.

4.3.3. La rehabilitación social es una institución independiente al sistema penal

La rehabilitación social es una institución social complementaria al sistema penal, mas no se define como un elemento conceptual del mismo. Tanto la Constitución, la ley positiva de carácter punitivo, la dogmática penal, la criminología y la criminalística (Bombini, 2018, pp.17-18) son parte del sistema penal estructurado para determinar la punibilidad de conductas sociales dentro de la sociedad.

A partir del análisis de los elementos conceptuales de la rehabilitación social que se ha desarrollado en acápites previos de la presente disertación, podemos establecer un límite formal entre la teoría de la pena y la rehabilitación social.

Este límite se fundamenta en el objeto sobre el cual recae cada institución jurídica, en este sentido, la rehabilitación social recae sobre el individuo infractor por cuanto busca "rehabilitar" al individuo para la convivencia en sociedad, posterior al cumplimiento de la condena; mientras que el objeto de la teoría de la pena recae en la sanción estatal como un efecto jurídico ante el cometimiento de un acto infraccionario de relevancia penal.

Por otra parte, se ha llegado a confundir la finalidad de la existencia de la pena como castigo estatal, con la finalidad en sí misma del tratamiento rehabilitador, generando conceptualizaciones normativas precarias que vulneran derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

En este contexto, el fin de la pena se determina por la necesidad social de castigar, por cuanto es en sí misma una sanción legítima por parte del Estado como garantía máxima de convivencia y organización social, mientras que el fin de la rehabilitación social es someter a un individuo infractor a un tratamiento –bajo estricta tutela del estado– para reincorporarlo a la sociedad como un ser funcional.

La errónea conceptualización de la normativa secundaria ha provocado equivocidad conceptual entre la teoría de la pena y la rehabilitación social, por cuanto la naturaleza de estas instituciones ha sido asimilada como una dentro del marco normativo, empero la naturaleza jurídica independiente de la rehabilitación social

la convierte en un fenómeno aprehensible (Lambert, 2006, p.520) desde la política pública.

4.3.4. El discurso manejado por la teoría de la pena recae sobre la legitimidad de la punibilidad

La teoría de la pena, como institución jurídica de naturaleza jurídica filosófica (Copetti, 2017, p.37) funciona como argumento legitimador de la actividad punitiva del estado en observancia de los fenómenos sociales circunscritos a un espacio y un periodo de tiempo determinado.

Esta conceptualización de la teoría de la pena ha sido ampliamente aceptada dentro de la dogmática penal, por cuanto la formulación de la misma brinda coherencia al sistema penal. En este sentido, la conceptualización que se adopta dentro del marco constitucional es un producto del modelo de Estado que maneje una sociedad, por cuanto la legitimación de la teoría de la pena es de carácter dúctil.

Como se ha establecido en la conjetura inicial del presente capítulo, tanto la teoría de la pena como la rehabilitación social se hallan determinadas –aparentemente– por un modelo garantista responde a una realidad normativa de carácter punitivista.

En este sentido, el discurso estrictamente dogmático responde a un modelo kantiano de axiomas que valora la dignidad humana como parámetro de actuación por cuanto el objeto de la rehabilitación social es el individuo infractor empero la teoría de la pena se enfoca en la legitimidad de la punibilidad de las conductas sociales.

4.4. Propuesta: Determinación de la Rehabilitación Social en un cuerpo normativo independiente

Habiendo analizado ampliamente la dogmática de la rehabilitación social como un fenómeno social jurídicamente relevante, la evolución y progreso histórico de la misma dentro de la vida republicana del Ecuador, así como los modelos discursivos de la rehabilitación social, los marcos de protección jurídica de las personas privadas de la libertad y la coherencia de la conjetura propuesta por el legislador

sobre la rehabilitación social desde el modelo falsacionista de Lakatos, procederé a formular mi propuesta a manera de contraejemplo.

Se ha estudiado la ineficacia del sistema de rehabilitación social en relación al discurso manejado por el Estado ecuatoriano, resulta ampliamente disonante en relación al plano intersubjetivo de la realidad social. La inoperancia de las instituciones jurídicas generadas extemporáneamente a la realidad misma, ha provocado un sistema lleno de falencias estructurales que buscan legitimar discursos punitivistas para suspender derechos a las personas privadas de la libertad.

El sistema de rehabilitación social es de carácter inconstitucional (Ávila, 2013, p.145) por cuanto la formulación de la normativa secundaria contraviene expresamente las finalidades y características adoptadas por la Constitución de la República del Ecuador generando un sistema patológico y criminógeno.

La incoherencia sistémica de la rehabilitación social ha permitido generar actuaciones discrecionales, por cuanto la normatividad secundaria del ámbito de rehabilitación social ha sido determinada a partir de normas técnicas sin realizarse un esbozo del cuerpo normativo al respecto de las mismas, vulnerando el principio de legalidad (Const., 2008, art.226). En este contexto, la normativa secundaria se formula como un cuerpo normativo de carácter punitivo haciendo una omisión categórica a los conceptos kantianos sobre dignidad humana adoptados por la Constitución.

Estas incoherencias han generado perjuicios para las personas privadas de la libertad, por cuanto la condición de grupo de atención prioritaria (Const., 2008, art.51) se ve supeditada al reconocimiento aparente del discurso garantista generando una condición de víctima de las personas privadas de la libertad (Núñez, 2018, p.63).

Es menester terminar con el discurso punitivista manejado en el ámbito de rehabilitación social, por cuanto el mismo termina ampliando manifestaciones de poder punitivo dentro del sistema nacional de rehabilitación social contrarias al

marco constitucional de derechos y justicia. En este sentido, el discurso debe ser abordado desde el derecho público no punitivo, eliminando la conexidad del sistema de rehabilitación social del derecho penal, observando la naturaleza de las relaciones intersubjetivas de los individuos en el contexto ecuatoriano.

La valoración categórica de los marcos axiológicos que deben regir la actividad nomogeneradora deben ser coherentes con la realidad social, por cuanto es menester observar integralmente la realidad de las personas privadas de la libertad para poder generar una normativa que siendo auxiliar del sistema penal logre proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad de conformidad lo señala el marco constitucional de derechos.

Cabe recalcar que la finalidad de la presente disertación no es establecer una política pública sobre el tema de rehabilitación social como premisa fundamental dentro de la misma pero abordaremos brevemente el tema de la política pública penitenciaria como una consecuencia jurídica inevitable de una re estructuración categórica.

En este sentido, la política pública se determina como un proceso integrador de acciones e inacciones que realizan las autoridades públicas para solucionar o prevenir situaciones problemáticas (Velásquez, 2010, p.156) dándose a entender como un marco de acción amplio que pretende evitar vulneraciones de derechos.

En el ámbito de la rehabilitación social, es menester la re estructuración del órgano rector del sistema nacional de rehabilitación social por cuanto para dar cabida a una política pública de ámbito penitenciario es fundamental que las instituciones o representantes del ejecutivo que participan dentro del mencionado órgano cumplan –como requisito primordial– una capacitación en derechos fundamentales, así como el establecimiento de órganos a nivel jurisdiccional plenamente competentes para conocer sobre vulneraciones de derechos sobre personas privadas de la libertad.

Dentro de este marco de acción que propone la política pública como idea, encontramos pertinente aclarar el ámbito multidisciplinar de la misma por cuanto la actividad de un ser humano dentro de la sociedad trasciende la esfera gnoseológica de lo jurídico y se inserta dentro del comportamiento de los mismos

permitiendo superar el neopositivismo jurídico permitiendo garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Por los motivos anteriormente expuestos, la propuesta de la presente disertación radica en los siguientes puntos:

a) La separación dogmática formal de la rehabilitación social del ámbito punitivo positivo ecuatoriano. Es decir, separar formalmente las estructuras de la rehabilitación social del sistema penal y establecer pautas o directrices que en observancia del marco constitucional de derechos y de instrumentos internacionales de Derechos Humanos establecer políticas públicas que garanticen la efectiva rehabilitación y reinserción de los individuos, sin generar detrimento a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad durante el tratamiento rehabilitador.

b) Elaboración de cuerpos normativos codificados y sistematizado en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador, observando la realidad social de las personas privadas de la libertad en el Ecuador para proteger efectivamente derechos fundamentales.

c) La separación de la rehabilitación social del ámbito punitivo elimina la instrumentalidad del sistema nacional de rehabilitación social como mecanismo sistemático de vulneración de derechos fundamentales amparados en la norma penal positiva.

d) La separación teórico-práctica permite abordar desde el ámbito de la política pública a la realidad penitenciaria, facilitando la aprehensión de los fenómenos sociales propios de la privación de la libertad, generando marcos de protección más amplios e integrales.

e) Generar un sistema de rehabilitación social propio sin adaptar estructuras normativas ni penitenciarias ajenas a la realidad social ecuatoriana.

f) Orientar a la política pública desde un ámbito multidisciplinario para generar marcos de actuación estatal sobre las personas privadas de la libertad sin vulnerar derechos fundamentales.

g) Permite generar planes integrales de acción estatal entre los ministerios miembros del Sistema Nacional de Rehabilitación Social para dar vigencia a la norma constitucional.

CONCLUSIONES

1. La dogmática penal no establece a la rehabilitación social como un objeto de estudio distinto y diferente del Derecho Penal, reconoce que forman parte de un sistema penal estructurado, facilitando la generación de actuaciones discrecionales por parte de los funcionarios penitenciarios vulnerando derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

2. En el Ecuador, la concepción formal y material de la rehabilitación social es un reflejo del reduccionismo positivista de los fenómenos jurídicos, permitiendo la deshumanización del individuo.

3. Las aprehensiones gnoseológicas sobre los fenómenos jurídicos de relevancia penal son determinadas por el legislador en un marco de estricta legalidad, omitiendo el análisis del contexto social para la positivización de una institución jurídica.

4. El discurso garantista, en temas de rehabilitación social, vulnera derechos fundamentales de los individuos que son sometidos a dicho tratamiento, por cuanto se viola la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad.

5. La disparidad entre el discurso garantista y la realidad social promueven las prácticas necropolíticas dentro del Estado, deshumanizando a la persona privada de la libertad, convirtiéndola en un mero objeto de aplicación de poder punitivo.

6. La codificación positiva debe tomar en cuenta la realidad social del Ecuador, por cuanto la adaptación de modelos foráneos, so pena de ser gnoseológicamente incompatibles, promueven la vulneración de derechos.

7. La distinción entre teoría de la pena y rehabilitación social es un ámbito desconocido para los legisladores ecuatorianos, generando disparidad de discursos al momento de generar una norma positiva. No existe una aproximación gnoseológica al fenómeno de la rehabilitación social desde el legislador.

8. En el Ecuador, el proceso penal comienza con la noticia del delito y termina con la sentencia penal condenatoria o absolutoria ejecutoriada.

9. La rehabilitación social surge como un tratamiento, constitucionalmente previsto, a partir de la reclusión de un individuo con sentencia penal condenatoria ejecutoriada dentro de un centro de rehabilitación social.

10. La rehabilitación social no opera en casos de detención provisional o prisión preventiva, por cuanto no se ha incorporado formalmente al individuo al sistema nacional de rehabilitación social con una sentencia penal condenatoria ejecutoriada.

11. El sistema nacional de rehabilitación social está precariamente construido, desde su formulación teórica hasta los marcos y parámetros normativos de aplicación, siendo incoherente con la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto sistemáticamente genera violaciones de Derechos Humanos a las personas privadas de la libertad.

12. Las construcciones jurídicas de índole normativa, no responden al marco constitucional de derechos y justicia por cuanto hacen una voluntaria omisión de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

13. El discurso punitivista ecuatoriano de rehabilitación, en el ámbito práctico, evita que las personas privadas de la libertad logren reinsertarse a la sociedad como seres plenamente funcionales.

14. Es necesario generar un cuerpo normativo independiente de normas de rehabilitación social que en observancia de estándares internacionales de protección de derechos humanos, permita suspender derechos del individuo sin generar un detrimento a sus derechos fundamentales ni violar el principio de estricta jurisdiccionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Agamben, G. (2006). *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida, I.* Valencia, España: PreTextos.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ávila, R. (2013). *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal.* Quito, Ecuador: Ediciones Legales, EDLE. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Barroso, L. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. Ciudad de México, México: UNAM.

Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias.* España: Editorial Paidós.

Beccaria, C. (2013). *De los delitos y de las penas*. Bogotá, Colombia: Temis.

Bobbio, N. (1994). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.

Bourdieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho* (No. 340.12). Siglo del Hombre Editores.

Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*, trad. Ariel Dilon, Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Campillo, A. (2001). *Variaciones de la vida humana. Una teoría de la historia.* Madrid, España: Akal

Carrara, F. (1956). *Programa de derecho criminal*. Volumen I. Bogotá, Colombia: Temis.

Carranca y Rivas, R. (2015). *El drama penal*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Cortina, A. (1994). *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica.* Prologo. Madrid, España: Alianza Editorial.

Donna, E. (1996). *Teoría del Delito y de la Pena* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Doval, A. (1999). *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco.* Universitat de València.

Esposito, R. (2006). *Bíos: Biopolítica y filosofía.* Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.

Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo.* Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2005), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Octava Edición, Madrid, España: Trotta.

Foucault, M. (1990). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión.* Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976) (No. 1).* Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2005). *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber.* Madrid, España: Siglo XXI.

Gallardo, C. y Núñez, J. (2006). Una lectura cuantitativa del sistema de cárceles en Ecuador. Recuperado de: http://www. flacso. org. ec/docs/encuestacarceles. pdf.

Greco, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach.* Madrid, España: Marcial Pons.

Habermas, J. y Jiménez Redondo, M. (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid, España: Trotta.

Hegel, F. (1955). *Filosofía del derecho* (No. 340.12). Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad.

Hobbes, T. (2010). *Leviatán o la forma y poder de una república Eclesiástica y Civil*. Ciudad de México, México: Fondo de cultura Económica.

Hörnle, T. (2015). *Teorías de la pena* (No. 43). U. Externado de Colombia.

Hulsman, L. & de Celis, J. (1993). *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro, Brasil: Luam.

Husserl, E. (1982). *La idea de la fenomenología. Cinco Lecciones*, trad. de Manuel García-Baró, Ciudad de México, México: Fondo de cultura Económica.

Husserl, E. (1985). *Investigaciones lógicas*, 2, trad. J. Gaos y M. García Morente. Madrid, España: Abeledo-Perrot.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH]. (1998). Manual de buena práctica penitenciaria. San José, Costa Rica.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación.* [Traducido al español de: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*]. 2da ed. Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena.* trad. Manuel Cancio de Meliá. Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jiménez de Asúa, L. (1997). *La ley y el delito: Principios de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres,* trad. Adela Cortina Ors y Jesús Conill Sancho. Madrid, España: Tecnos.

Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres: filosofía moral*, trad. Manuel García Morente. San José, Costa Rica.

Kuhn, T. (1975). *La estructura de las revoluciones científicas.* [Traducido al español de: *A Estrutura das Revoluções Científicas]*. São Paulo, Brasil: Perspectiva.

Lakatos, I. (1983). La metodología de los programas de investigación científica (No. 001.42 L35). Madrid, España: Editorial Alianza.

Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad.* Ciudad de México, México. Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social.

Mathiesen, T. (2003). *Juicio a la prisión.* trad. Amanda Zamuner, Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos [MJDHC]. (2013). *Modelo de gestión penitenciaria del Ecuador*. Quito, Ecuador.

Orellana. A. (2015). *Criminología: moderna y contemporánea.* Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Puig, S. M. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona, España: Bosch.

Raynor, P. y Robinson, G. (2009) *Rehabilitation, Crime and Justice*. Houndmills, Inglaterra: Palgrave Macmillan

Rousseau, J. (1999). *El Contrato Social o principios de Derecho Político*. Recuperado de: http://www. enxarxa. com/biblioteca/ROUSSEAU% 20El% 20Contrato% 20Social. pdf.

Roxin, C. (2006). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Roxin, C. y Vásquez, A. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima, Perú: Grijley.

Sartre, J. P. (1968). *Colonialismo y neocolonialismo*. Buenos Aires, Argentina: Losada.

Scheerer, S. (1989). *Hacia el abolicionismo*. En: Hulsman, L. et al. *Abolicionismo penal*. (pp.15-34). Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima.

Wolkmer, A. (2017). Teoría crítica del derecho desde américa latina. Bogotá, Colombia: Akal.

Zaffaroni, E. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General.* (Tomo I). Buenos Aires: Ediar.

Zambrano, A. (2009). *Política Criminal.* Lima, Perú: Jurista Editores.

Revistas

Abramovich, V. (2006). Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. Anuario de derechos humanos, (2), 13-51.

Ashton, P. (1995). La evolución del pensamiento penal en Alemania. *Revista chilena de derecho*, 297-307.

Badaró, T. (2018). Garantistas vs abolicionistas: Las críticas de Ferrajoli al abonicionismo penal y las réplicas abolicionistas al garantismo penal [Traducido al español de: Garantistas vs. abolicionistas: as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo penal e as réplicas abolicionistas ao garantismo penal]. *Revista Quaestio Iuris*, 11(2), 713-736. doi: 10.12957/rqi.2018.29636

Baratta, A. (1984). Criminologia y Dogmatica Penal; Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 7, 67.

Bello, J. y Parra, G. (2016). Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. Universitas Humanística, 82, 365-391. http://dx.doi. org/10.11144/Javeriana.uh82.cmns

Bigalli, C. (2006). El malleus maleficarum. *Subjetividad y procesos cognitivos*, 92-114.

Bombini, G. (2018). De la criminología a la sociología jurídico-penal, breve recapitulación epistemológica en torno a la cuestión criminal. *La cuestión criminal*, 1, 12-49.

Borja Jiménez, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (53), 113-150.

Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. Revista de Derecho Foro, (12).

Cano, C. (2017). El castigo. *Ratio Juris,* 1(1), 95-99.

Cayuela, S. (2015). Cómo aplicar el concepto de biopolítica en ciencias sociales: apuntes para una propuesta metodológica. *SOCIOLOGÍA, 363*, 387.

Copetti, A. (2017). La penología post-moderna y el desaparecimiento del carácter ético-político de legitimación del poder penal estatal. [Traducido al español de: A penologia pós-moderna e o desaparecimento do caráter ético-político de legitimação do poder penal estatal]. *Revista Direito Em Debate*, 26(47), 20-61. doi:10.21527/2176-6622.2017.47.20-61

Cordini, N. S. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de derecho (Valparaíso),* (43), 671-701. doi: 10.4067/S0718-68512014000200019

Daroqui, A. (2002). La cárcel del presente, su "sentido" como práctica de secuestro institucional. Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.). *Violencias, delitos y justicias en la Argentina.* Buenos Aires: Manantial-Universidad Nacional de General Sarmiento.

De Araújo, J. (2018). La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo. *Revista de Derecho.* Escuela de Postgrado, (9), pp. 62-90. doi:10.5354/0719-5516.2017.48391

Donnelly, J. (2011). La construcción social del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Traducido al español de: The social construction of international human rights). *Relaciones internacionales*, (17).

Drotz, A. B. (1998). Las claves teleológicas del Formalismo moral (Los fines morales del hombre y el hombre como fin en sí en la Ética de Kant). *Convivium,* (11), 80.

Durán, M. (2011a). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal

actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. doi:10.4067/S0718-43602011000100009

Durán, M. (2011b). Constitución y legitimación de la pena: Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política criminal*, 6(11), 142-162. Doi: 10.4067/S0718-33992011000100005

Duran, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de derecho* (Valdivia) ,29(1), 275-295. doi: 10.4067/S0718-09502016000100013

Escobar, C. (2018). Criterios de demarcación, pseudociencia y cientificidad en el derecho. Cinta de moebio, (61), 123-139. doi: 10.4067/S0717-554X2018000100123

Ferrajoli, L. (2005). Pasado y futuro del Estado de derecho. *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-30

Fernández, (2009). *La* legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación. *Revista de derecho (Valparaíso),* (33), 231-259. doi: 10.4067/S0718-68512009000200006

Foucault, M. (1988). La incorporación del hospital a la tecnología moderna [Traducido al español de: L'incorporation de l'hôpital dans la technologie moderne]. Hermès, 1988, N° 2, fascicule thématique "Masses et politique".

García, M. (2012). Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal.

Gavilanes, R. (2010). Hacia una nueva definición del concepto "política pública". Desafíos, 20, 149-187.

Guerrero, J. M. M. (2004). En torno a la" reducción" en Husserl. *Isla de Arriarán: revista cultural y científica*, (23), 381-398.

Hörnle, T. (2001). La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 54(1), 401-430.

Huertas Díaz, O. (2009). Durkheim: La perspectiva funcionalista del delito en La criminologia. *Revista criminalidad,* 51(2), 103-115.

Iturralde, V. (2007). El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas. *Anuario de filosofía del derecho*, (24), 345-364.

Kostenwein, E. (2017). La isla desierta: el abolicionismo como un posible... *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, (12), 126-139.

Lambert, C. (2006). Edmund Husserl: la idea de la fenomenología. *Teología y vida*, 47(4), 517-529. doi: 10.4067/S0049-34492006000300008

Larrañeta, R. (2016). Hermenéutica del mito de la pena. Una lectura ricoeuriana de Hegel y Kierkegaard. *Contrastes.* Revista Internacional de Filosofía.

Lechuga, M. (2012). Comentarios de Agamben a la noción de biopolítica de Foucault. *Psicologia & Sociedade*, *24* (spe), 8-17.

Lozada, A. (2016). El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, (39), 227-252. DOI: 10.14198/DOXA2016.39.12

Macas, L. (2010). Sumak Kawsay. La vida en plenitud. América Latina en movimiento, 452, 14-16.

Martínez Posada, J. E. (2004). Vigilar y castigar tras la mirada de Foucault. *Revista hojas universitarias*, 55 ,32-39.

Mbembe, A. (2006). Necropolítica. [Traducido al español de Nécropolitique]. Raisons politiques, 21, (1), 29-60. DOI:10.3917/rai.021.0029.

McNeil, F. (2015). Cuando el castigo es rehabilitación. *InDret*, (3).

Mizrahi, E. (2004). La legitimación hegeliana de la pena. *Revista de filosofía*, 29(1), 7-31.

Miller, S. (2009) Retribution, Rehabilitation, and the Rights of Prisoners, *Criminal Justice Ethics*, 28(2), 238-253, doi: 10.1080/07311290903181242

Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40(120), 825-852. Recuperado en 13 de mayo de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300006&lng=es&tlng=es.

Olmo, P. (2007). Historia y reinvención del utilitarismo punitivo. *Los trabajos forzados en la dictadura franquista: Bortxazko lanak diktadura frankistan* (pp. 18-29).

Parsons, T., Blanco, J. J., & Pérez, J. C. (1966). El sistema social (No. HN28 P3). Madrid, Spain: *Revista de Occidente.*

Rabinow, P., y Rose, N. (2006). El concepto de biopoder hoy. [Traducido al español de O conceito de biopoder hoje]. Revista De Ciências Sociais-Política & Trabalho, 24.

Restrepo, D. H. (2017). Fenomenología y hermenéutica. *Revista Folios*, (17), 7-18.

Rubio, D. S. (2011). Sobre el concepto de historización. Una crítica a la visión sobre las degeneraciones de derechos humanos. *Praxis: revista del Departamento de Filosofía*, (67), 9-22.

Sahui Maldonado, A. (2018). Sobre la normatividad de las prácticas o instituciones sociales. John Rawls y Ludwig Wittgenstein. *Ciencia Jurídica*, 6 (12), 123-142. doi: 10.15174/cj.v6i12.243

Schachter, O. (1983). Human dignity as a normative concept. American Journal of International Law, 77(4), 848-854. DOI: 10.2307/2202536

Smith, H. E. (1962). El concepto de" institución": usos y tendencias. *Revista de estudios políticos*, (125), 93-104.

Toledo Jofré, M. I. (2012). Sobre la construcción identitaria. *Atenea. (Concepción),* (506), 43-56.

Urteaga, E. (2009). La teoría de sistemas de Niklas Luhmann. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, 15

Tesis

Criscione, G. (2011). Las prácticas tanatopolíticas en los tiempos de la seguridad democrática (2002-2010): aniquilamiento, disciplina y normalización (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

De Oliveira, L. F. M. (2015). *Contractualismo, Utilitarismo, Estado y Utopía. Justificación del Estado- Una Introducción.* [Traducido al español de: *Contractualismo, Utilitarismo, Estado e Utopía. A Justificação do Estado-Uma Introdução*]. (Tesis de Maestría). Universidad do Porto, Oporto, Portugal.

Donoso Castellón, A. (2017). *Humanización en la teoría de la pena y la formación de posgrado.* (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

Núñez, N. (2018). Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de la libertad: ¿De victimarios a víctimas? (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.

Conferencias

Goetschel, A. (junio de 2016). Los debates sobre la pena de muerte: ecuador (1857-1878). En Comité Organizador ICOPA-16 (Presidencia). XVI Conferencia Internacional por la Abolición Penal – ICOPA. Congreso realizado en Quito, Ecuador.

Leyes

Convención Nacional del Ecuador. (11 de agosto de 1869). Constitución de Ecuador [Const.]. RO:

Asamblea Nacional del Ecuador (6 de abril de 1878). Constitución Política de la República del Ecuador [Const.]. RO:

Asamblea Nacional del Ecuador (23 de diciembre de 1906). Constitución Política de la República del Ecuador [Const.]. RO:

Asamblea Nacional Constituyente. (11 de agosto de 1998). Constitución Política del Ecuador [Const.]. RO: 1.

Honorable Congreso Nacional del Ecuador. (17 de noviembre de 2006). Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social [CEPRS]. RO: 399.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador [Const.]. RO: 449.

Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal [COIP]. RO: 180.

Leyes Internacionales

Parlamentarischer Rat. (22 de mayo de 1949). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. [Const.]. BGBI: 1.

Instrumentos Internacionales

IX Conferencia Internacional Americana. (30 de abril de 1948). Carta de la Organización de Estados Americanos. [Carta de la OEA].

ONU Consejo Económico y Social (ECOSOC). (3de julio de 1957). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. [SMR].

Organización de Estados Americanos (OEA). (29 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. [CADH].

Organización de Estados Americanos (OEA). (17 de noviembre de 1988). Protocolo Adicional a La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [Protocolo de San Salvador].

Organización de Estados Americanos (OEA). (8 de junio de 1990). Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.

ONU Consejo Económico y Social (ECOSOC). (17 de diciembre de 2015). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos "Reglas Mandela". [MR].

Sentencias y Resoluciones Internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de julio de 1988). Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo). [MP Rafael Nieto Navia]. Serie C No.4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de enero de 1995). Neira Alegría y otros vs. Perú (Fondo). [MP Héctor Fix-Zamudio]. Serie C No.28.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (18 de junio de 2002). Resolución del asunto de la cárcel de Urso Branco respecto Brasil. [MP Alirio Abreu Burelli].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de septiembre de 2004). "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [MP Sergio García Ramírez]. Serie C No.112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5 de julio de 2006). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). [MP Sergio García Ramírez]. Serie C No.150.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2006). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). [MP Sergio García Ramírez]. Serie C No.160.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de noviembre de 2011). Fleury y otros vs. Haití (Fondo y Reparaciones). [MP Diego García-Sayán]. Serie C No.236.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de abril de 2012). Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). [MP Diego García-Sayán]. Serie C No.241.

Artículos de Prensa

Constante, S. (7 de mayo de 2014). Los presos y sus familias rechazan el nuevo sistema penitenciario de Ecuador. El País (Internacional). Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2014/05/02/actualidad/1399065237_950784.html

Moreta, M. (22 de junio de 2016). Teléfonos celulares, droga y armas cortopunzantes decomisadas en la cárcel de Ambato. El Comercio. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/ambato-carcel-operativo-celulares-droga.html.

Espinosa, M. (14 de julio de 2016). Familiares de personas privadas de la libertad protestan en Santo Domingo. El Comercio. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/familiares-protestas-santodomingo-carcel-traslado.html.

Maisanche, F. (18 de julio de 2016). Una persona privada de la libertad escapó de la cárcel de Ambato. El Comercio. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/preso-carcel-fuga-robo-celular.html

Redacción Expreso. (12 de noviembre de 2017). En prisión también hay moda ¿A qué se debe el atuendo de cada preso? Hay varios factores. La vestimenta puede depender del centro carcelario en el que se encuentre el detenido. El Expreso. Recuperado de: https://www.expreso.ec/actualidad/carcel-atuendo-capaya-ricardorivera-juicio-AN1834626

Redacción El Telégrafo. (28 de enero de 2017). 46 policías sindicados por presunta tortura a reos de CRS Turi. El Telégrafo. Recuperado de: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/46-policias-sindicados-por-presunta-tortura-a-reos-de-crs-turi

Páginas web

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2015). Historia de las Naciones Unidas. Recuperado de: http://www.un.org/es/sections/history/history-united-nations/index.html

Organización de Estados Americanos [OEA]. (2018). Nuestra Historia. Recuperado de: http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp

Vera, M. (2018). Sistema penitenciario ecuatoriano del siglo XXI: guetos de tortura, asesinatos, aislamiento y olvido. Recuperado de: https://www.inredh.org/index.php/archivo/derechos-humanos-ecuador/926-

sistema-penitenciario-ecuatoriano-del-siglo-xxi-guetos-de-tortura-asesinatos-aislamiento-y-olvido

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **FELIPE RODRÍGUEZ ESTÉVEZ** C.I. **1722977287-2** autor del trabajo de graduación intitulado: **"Análisis de las diferencias jurídico dogmáticas entre la rehabilitación social y la teoría de la pena en el Ecuador"**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

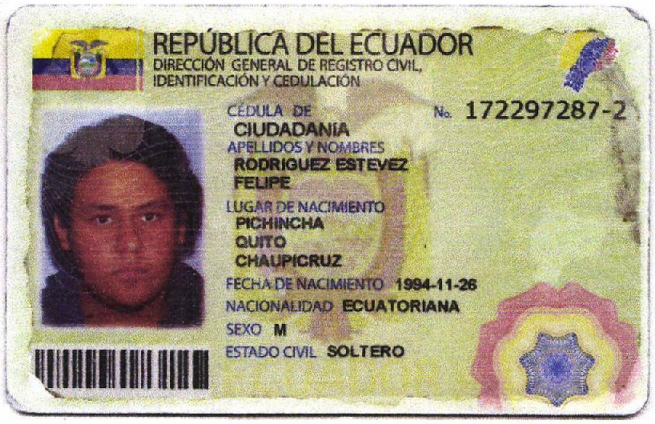
1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 25 de febrero de 2019



Felipe Rodríguez Estévez
C.I. 1722977287-2



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANIA
No. 172297287-2

APELLIDOS Y NOMBRES
RODRIGUEZ ESTEVEZ FELIPE

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ

FECHA DE NACIMIENTO 1994-11-26
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL SOLTERO



INSTRUCCIÓN SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE
V4443V3444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
RODRIGUEZ GREFA LAUTARO FAUSTO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
ESTEVEZ VILLEGAS ANITA ISABEL

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2013-01-09

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-01-09

0010082162

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO



CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018

CNE

008
JUNTA No.

008 - 009
NÚMERO

1722972872
CÉDULA

RODRIGUEZ ESTEVEZ FELIPE
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN:

QUITO
CANTÓN

ZONA: 2

LA CONCEPCION
PARROQUIA



CNE

REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

CIUDADANA(O)

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERENDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRAMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F. PRESIDENTA/E DE LA JRV