https://revistas.uh.cu/revflacso

Preservación de derechos humanos en Ecuador: una mirada desde el Derecho Penal

Preservation of Human Rights in Ecuador: A Look from the Penal Law

Carlos Gilberto Rosero Martínez
Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
ut.carlosrosero@uniandes.edu.ec

Carlos Santiago Rosero Jiménez
Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
dt.carlossrj38@uniandes.edu.ec

Karina Nataly Laguna Delgado
Universidad Regional Autónoma de Los Andes
Ecuador
dt.karinanld55@uniandes.edu.ec

Fecha de enviado: 28/01/2023
Fecha de aprobado: 23/02/2023

RESUMEN: Las leyes de un país tienen un impacto significativo en la preservación de los derechos humanos, incluyendo los de las personas privadas de libertad. Esta investigación aborda la preservación de los derechos humanos desde la práctica del Derecho Penal ecuatoriano. Como objetivo se plantea realizar un análisis jurídico de los postulados garantistas del principio de progresividad en el Régimen Semiabierto de personas privadas de libertad, para comprobar si se vulneran los derechos humanos de este grupo poblacional. Se empleó una metodología cualitativa con enfoque documental, y como método fundamental la revisión bibliográfica. Para concluir, se evidencia el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, señalando que, a pesar de ello, determinado grupo de privados de libertad son discriminados ante la limitación generada con la reforma para acceder al Régimen Semiabierto, que es excluyente en cuanto al acceso de este beneficio. Por tanto, se afirma que existe una vulnerabilidad a la progresividad de los derechos de las personas privadas de libertad, dando lugar a que el actual Derecho Penal ecuatoriano se encuentre muy alejado del ideal garantista, violando el principio de no regresividad.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; garantismo; personas privadas de libertad; discriminación.

ABSTRACT: The laws of a country have a significant impact on the preservation of human rights, including those of persons deprived of liberty. This research addresses the preservation of human rights from the practice of Ecuadorian Criminal Law. The objective is to carry out a legal analysis of the guarantee postulates of the principle of progressivity in the Semi-Open Regime of persons deprived of liberty, to verify if the human rights of this population group are violated. A qualitative methodology with a documentary approach was used, and as a fundamental method the bibliographic review. To conclude, the progressive recognition of the rights of people in the Ecuadorian legal system is evidenced, noting that, despite this, a certain group of deprived of liberty are discriminated against due to the limitation generated with the reform to access the Semi-Open Regime, which is exclusive in terms of access to this benefit. Therefore, it is affirmed that there is a vulnerability to the progressiveness of the rights of persons deprived of liberty, giving rise to the fact that the current

KEYWORDS: human rights; guarantees; persons deprived of freedom; discrimination.

Los derechos humanos son elementos esenciales en la vida de cualquier persona, pues fomenta su amplio desarrollo, brindando así garantías ante la justicia, libertad de religión, de vivir en un ambiente sano, de forma igualitaria y vivir saludables y plenos. La primera declaración de los derechos humanos en la historia tiene sus antecedentes en el año 539 A.C., cuando Ciro el Grande liberó a los esclavos y declaró que las personas tenían derecho a elegir su religión. Dicha proclamación fue inscrita en una tabla de arcilla.

A partir de ese momento, se empezó a difundir el reconocimiento de los derechos de las personas. Primero en Roma, posteriormente la consagración de los derechos en la Carta Magna en Inglaterra, la Petición de Derechos, la Ley del Hábeas Corpus, El Bill of Rights, la Declaración de derechos de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hasta que finalmente se suscribe la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, los cuales constituyen las bases documentales para el progresivo ejercicio de los derechos humanos (Solís, 2010).

En el marco internacional, desde 1925 surgen las primeras reglas para el tratamiento de los reclusos. En 1951, la ONU aprueba las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, las cuales se perfeccionaron en 1955 en Ginebra y, de forma progresiva, también en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1977, en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes en 1984. Estas normativas han servido como base para que se puedan interponer recursos, peticiones, quejas y otras herramientas que la ley permita, ante las autoridades competentes, en caso de vulneración de los derechos a fin de garantizar el respeto a la dignidad humana, al trato no discriminatorio y a proteger a la sociedad contra el delito mediante medidas resocializadoras y de rehabilitación para la posterior recuperación de la libertad (González, 2018).

La consagración de los derechos fundamentales en las constituciones de los estados y en los instrumentos internacionales, marcan el progreso de la conciencia humana. En Ecuador, el reconocimiento de los derechos humanos se puede evidenciar a través de las diecisiete cartas políticas desde que se constituyó como Estado, a partir de la Constitución Quiteña de 1812, se fundamenta que los derechos del hombre son imprescriptibles, estableciendo que el Estado se obliga a los habitantes y asegura la inviolabilidad de los derechos (Chiriboga & Salgado, 1995).

Los derechos humanos han sido históricamente concebidos como prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Por su parte, hay quienes consideran que se trata de un conjunto de exigencias relacionadas con los valores de dignidad, libertad e igualdad del ser humano. En torno a esta consideración, Rosales y Chípuli (2021) consideran que otra fuente de la evolución de los derechos humanos es la positivización que realizan los legisladores al reconocerlos e incorporarlos a los sistemas positivos nacionales, a través de las normas ordinarias o mediante la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales, convenciones, tratados, protocolos, declaraciones de la ONU, entre otros.

Desde una retrospectiva histórica, se identifica un primer momento en el cual los

derechos humanos comienzan a ser reconocidos. Esta circunstancia acontece con la vigencia del modelo iusnaturalista, mediante el cual se plantea la necesidad del reconocimiento de la dignidad del ser humano frente al poder omnímodo del Estado. Con este referente se puede entender un primer parámetro para limitar la potestad estatal frente al ciudadano.

La evolución del reconocimiento de los derechos humanos originalmente identificó una primera, segunda y tercera generación, estableciendo así el reconocimiento de los derechos civiles y políticos otorgados a la persona con independencia de su ubicación como parte de un grupo social, los cuales tienen como fin principal el de garantizar la vida, la libertad en sus diversas manifestaciones, la igualdad ante la ley, la seguridad, la libre circulación, reunión y asociación, la propiedad privada, entre otros derechos, que a través de la Revolución francesa se consagraron como derechos humanos de primera generación.

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, se establece que corresponden a las personas en cuanto forman parte integrante de un grupo social determinado y tiene la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales. Se conocen como derechos humanos de segunda generación, atribuyendo como principal razón el ordenamiento y jerarquización jurídico legal (Ancón, 2020). Finalmente, se consolidó una tercera generación que engloba el reconocimiento de los derechos de los pueblos con el propósito de que se garantice la vida digna y la seguridad humana.

El Derecho Penal es una de las disciplinas jurídicas más estudiadas, en virtud de la cual se considera que en el marco de esta disciplina el Estado constitucional juega su legitimación, ya que es aquí donde el Estado y el individuo se enfrentan. El jurista italiano Luigi Ferrajoli (2006) considera que fundamentalmente el derecho penal garantista se expresa como la minimización de potestad del Estado en la determinación de conductas que considera como delito, la pena que debe imponerse y la respuesta procesal que el Estado pueda plantear frente a un determinado fenómeno delictivo.

La finalidad según Ferrajoli (2006) estaría determinada por la disminución de la violencia, como forma esencial de preservación de los derechos humanos de las personas que se encontrasen cumpliendo algún tipo de pena.

En contraposición a esta idea, la realidad de muchos países de América Latina evidencia que no se tiene en cuenta la relevancia de esta teoría, ya que las funciones del Estado parecen estar empeñadas en endurecer penas o aumentar las conductas a calificarse como delictivas, excluyendo así cualquier intento que se enfoque en exigir la racionalización del sistema represor del Estado.

La parte medular de la Teoría Ferrajoliana es el garantismo, el cual es considerado por el autor como una ideología jurídica o una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el Derecho (Ferrajoli, 2006). En tal sentido, se ha considerado pertinente, analizar los principales postulados de esta teoría, en razón de que la misma propugna la defensa sistemática e integral de los derechos humanos en materia penal, convirtiéndose así en una doctrina normativa sobre el deber ser del Derecho Penal, lo que la vincula directamente con el neoconstitucionalismo, a partir del giro garantista de la Constitución de Ecuador desde el 2008.

La Teoría del Garantismo considera que no existan poderes buenos que den estricto cumplimiento a los derechos ya reconocidos, sino más bien, que el derecho está limitado y sujeto a vínculos jurídicos que preserven los derechos fundamentales. En este sentido, autores como Montesquieu considera que el abuso del poder debe neutralizarse haciendo del derecho un sistema de garantías, límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos (Gascón, 2015).

La tutela de un derecho subjetivo es a lo que Ferrajoli denomina «garantismo», que se traduce en obligaciones de abstención o en obligaciones de hacer, y que se dirigen a los sujetos obligados. El autor también clasifica las garantías como primarias, sustanciales o positivas cuando se traten de obligaciones de hacer y como garantías secundarias o jurisdiccionales cuando se traten de las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad de actos ilícitos (Ferrajoli, 2012).

Desde la posición garantista de Ferrajoli, los derechos deben ser reconocidos de forma progresiva, tomando en cuenta que el garantismo exige un derecho penal mínimo, con la finalidad de poner límites a la actuación del poder punitivo del Estado, dado que las leyes de un país pueden tener un impacto significativo en la resolución de problemas sociales y con ello la preservación de los derechos humanos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la implementación y efectividad de estas dependen de muchos factores, los cuales deben siempre coadyuvar al cumplimiento de las garantías penales.

Es por ello que para esta investigación se toma en cuenta como problema la limitación de acceso en el Régimen Semiabierto que a partir de la reforma del artículo 698 del Código Orgánico Integral Penal, excluye a determinado grupo de privados de libertad al acceso de este beneficio. Por tanto, el objetivo de esta investigación es realizar un análisis jurídico de los postulados garantistas del principio de progresividad en el Régimen Semiabierto de personas privadas de libertad, para comprobar si se vulneran los derechos humanos de este grupo poblacional, en detrimento del cumplimiento de los derechos reconocidos y de esta manera no provocar la regresividad de los mismos.

Fundamentos teóricos

La Constitución de Ecuador de 1998 fue calificada como prolífica, ya que reconocía derechos, pero no establecía el mecanismo para el cumplimiento de los mismos. Es decir, se enunciaban los derechos, pero no se instauraban las garantías como mecanismo de aplicación. Con este precedente se pueden mencionar los avances en el reconocimiento de los derechos en la Constitución vigente del 2008, que permite contrastar las innovaciones en cuanto a la clasificación de derechos, implementación de un sistema de inclusión y equidad como mecanismo para efectivizar los derechos a través de las garantías que obligan constitucionalmente a la sociedad al cumplimiento de derechos en el Estado Constitucional de derechos y justicia, cuyo objetivo central es el goce efectivo de los derechos de las personas (Arias, 2008).

En la legislación ecuatoriana, según el modelo garantista de la Constitución del 2008, al ser un Estado constitucional de derechos, se consagran valores, reglas, principios y la protección de los derechos, que se clasifican en derechos del buen vivir, derechos de libertad,

derechos de los pueblos, derechos de participación, derechos de protección, derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria (Arias, 2008).

De acuerdo al artículo 11.8 de la Constitución ecuatoriana, los derechos son concebidos a partir del principio de progresividad, lo cual supone que el Estado debe garantizar su pleno reconocimiento y hacerlo efectivo mediante las políticas públicas, propendiendo a la no discriminación e igualdad formal y material de los derechos tal como lo establece el artículo 66 en su numeral 4 de la Constitución, con la finalidad de que se logre la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente, para reinsertarlas en la sociedad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En virtud de lo expuesto, es importante considerar la supremacía constitucional, la cual prevalece sobre cualquier norma de menor jerarquía, es decir, todas las normas inferiores del ordenamiento jurídico deben estar en estricta concordancia con los preceptos constitucionales, caso contrario, carecerán de eficacia jurídica, tal como lo establece el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Progresividad y no regresividad de los derechos

La progresividad y no regresividad de derechos es un principio de gran relevancia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que los derechos deben alcanzarse progresivamente, a través del aseguramiento de condiciones, que, de acuerdo a las condiciones de cada Estado, permitan avanzar gradualmente hacia la plena realización de los derechos. Además, este principio es inherente a los instrumentos de derechos humanos en la medida en que se elaboran o se amplían, en razón de que los tratados sobre derechos humanos incluyen disposiciones que prevén la expansión o progresividad de los derechos, mediante la aplicación directa de disposiciones o enmiendas que complementen los derechos ya establecidos. En tal sentido, lo contemplado en los instrumentos internacionales, obliga a los Estados miembros a tener estricta observancia de lo convenido, con el fin de garantizar dentro de sus jurisdicciones la progresividad de los derechos (Organización de Estados Americanos, 1993).

La progresividad y no regresividad de derechos están unidos como si fuesen uno solo, sin embargo, la Constitución habla de la progresividad de los derechos desde los actos del poder público de manera general, como son las políticas públicas, la jurisprudencia y las normas, es decir, quienes aplican el principio de progresividad son los encargados de producir justicia, y en general todo aquel que tenga la potestad de promover y desarrollar los derechos individuales y colectivos. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador en repetidas ocasiones se ha pronunciado sobre la vulneración de la progresividad como resultado de la falta de control de constitucionalidad (Cárdenas-Heredia & Vázquez-Calle, 2021).

En el marco internacional, existen disposiciones que obligan a los Estados a crear y garantizar la progresividad de las normas a través de acciones determinadas del lado del Estado que tengan impacto coercitivo. En tal sentido, este principio no se puede promover por un individuo aislado, por el hecho de que los ciudadanos no tienen mecanismos para conseguir cambios colectivos, solo puede

intervenir en el comportamiento humano el ente Estatal, por lo tanto, es quien tiene el poder de planificar y ejecutar proyectos de ley que en verdad consigan el desarrollo de los derechos de las personas (Neira, 2021).

Por su parte, el principio de progresividad es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, sólo pueden aumentar y progresar gradualmente. Este principio tiene sustento en el Derecho Internacional de los derechos humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La progresividad es una de las principales características de los derechos humanos, y es concebido como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacional de los derechos constitucionales, lo cual es un elemento definitorio y estructural de los modelos del Estado garantista (Calvo, 2021).

Adopción de medidas legislativas inherentes al principio de no regresividad

Uno de los aspectos centrales del principio de progresividad de los derechos es, no solo la aplicación, sino la necesaria implementación de una política legislativa que contribuya al constante desarrollo del ejercicio de los derechos en el marco jurídico, contribuyendo así a evitar el estancamiento o regresión de los derechos. Con la racional progresividad de la aplicación de las normas constitucionales se posibilita una idónea aplicación de los derechos y se garantizan efectivamente los que estén en ella contenidos (Hermosa, 2018).

Ecuador, mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2, asume el compromiso de adoptar medidas legislativas nacionales para lograr progresivamente la cabal efectividad de los derechos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976) y evitar la implementación de medidas intencionalmente regresivas, que incidan en la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes.

Uno de los aspectos fundamentales que se debe resaltar es que el Estado ecuatoriano le ha otorgado rango constitucional a los principios, derechos y garantías, lo cual se ve favorablemente reforzado con la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos cuando reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Queda evidenciado que la vulneración de todos los derechos puede ser examinada y analizada a la luz del principio de progresividad como, por ejemplo, el caso de los derechos inherentes a las personas privadas de libertad.

Se ha identificado que las reformas planteadas al artículo 698 del Código Orgánico Integral Penal resultan contrarias a los artículos 1.1, 5.2, 5.6, 24 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se habla acerca de la obligatoriedad de respetar los derechos, derechos fundamentales como la integridad personal, el trato igualitario ante la ley, y el desarrollo progresivo de los derechos.

Cuando el principio de progresividad se encuentra incorporado a la norma constitucional, como es el caso de Ecuador, debe interpretarse con ese carácter y conjuntarlo al principio de supremacía constitucional, buscando con ello la materialización de la dignidad humana, al

establecer límites a las actuaciones de los Estados, o en su caso a los poderes constituidos de los mismos (Mancilla, 2015).

Métodos

En esta investigación se utilizó la modalidad cualitativa mediante el apoyo de los métodos jurídicos los cuales permiten realizar el análisis y la interpretación de las fuentes del Derecho como es el caso de la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De igual manera se apeló a la interpretación hermenéutica de los textos y a la revisión bibliográfica. Estos métodos permitieron una aproximación a la literatura científica especializada, fundamentalmente a la ecuatoriana, algunas investigaciones latinoamericanas y también de otras geografías.

En igual sentido, se realizó una búsqueda bibliográfica donde se identificaron artículos científicos y contenidos afines a la temática abordada en el presente trabajo, logrando con ello un abordaje integral y holístico de las contribuciones realizadas por diversos autores en torno al principio de progresividad y su vulneración en el régimen semiabierto desde la Teoría Ferrajoliana.

Se empleó también el método deductivo-inductivo, que permitió investigar de lo general a lo particular, es decir, examinar cada uno de los cuerpos normativos, desde la Constitución de la República y tratados y convenios internacionales, el Código Orgánico Integral Penal, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, llegando a establecer una solución específica en cuanto se refiere al problema jurídico planteado en materia penal, concerniente a la vulneración del principio de progresividad en los derechos de las personas privadas de libertad.

Mediante el método analítico-sintético se recolectó información referente al régimen semiabierto. Finalmente se empleó el método histórico-lógico, el cual permitió visualizar la trayectoria fáctica de los acontecimientos históricos y de los distintos contextos en medio de los cuales se ha producido el fenómeno investigado, al igual que sus leyes generales.

Cabe destacar que la pretensión del trabajo fue un análisis documental, el cual se basa en la revisión de documentos bibliográficos, y cuya naturaleza estriba en la sistematización de posturas teóricas en torno al tema objeto de la investigación. Por esta razón, la investigación sólo se circunscribió en torno al análisis de las distintas posturas teóricas y la interpretación de la vulneración del principio de progresividad desde la Teoría del garantismo de Ferrajoli, la cual propugna la instauración de los postulados del garantismo a fin de lograr un derecho penal mínimo, lo cual fue de gran utilidad, ya que gracias a ello fue posible establecer los parámetros necesarios para fundamentar las conclusiones de esta investigación.

Violación del principio de progresividad

La progresividad de los derechos se encuentra contemplada no solo en el artículo 11.8 de la Constitución de Ecuador, sino también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales promueven a los Estados para que su ordenamiento jurídico sea acorde a la progresividad y no regresividad de derechos ya

reconocidos. La violación del principio de progresividad es un tema respecto al cual se han adoptado distintas posiciones que desde el punto de vista epistemológico conforman una perspectiva convergente a través de la cual se interpreta y se reflexiona en torno a la progresividad y no regresividad de los derechos.

En el análisis bibliográfico realizado se pudo observar que se sigue marcando tendencia hacia la crítica a la vulneración antes mencionada, logrando así armonizar un criterio a favor de la postura que sostiene la vulneración del principio de progresividad y no regresividad. Así lo evidencian las afirmaciones sostenidas por Molina (2021), quien fundamenta que la vulneración provocada con la reforma al artículo referente al régimen semiabierto, anula el ejercicio del derecho de acceder a determinado grupo de personas privadas de libertad. Determinando de esta forma la existencia de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas privadas de la libertad sentenciadas por delitos contra la inviolabilidad de la vida.

Bustamante-Simbaña y Vázquez-Calle (2020) manifiestan que con dicha reforma se materializa la restricción a dichos regímenes, generando un trato desigual, discriminatorio y regresivo de derechos, limitando el régimen de rehabilitación progresivo e individualizado. Por tal razón, plantean un análisis de compatibilidad del articulo reformado respecto a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de las disposiciones de la Constitución de la República de Ecuador de 2008 y de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.

Por su parte, Castro (2018) establece que el régimen incluye dos fases, la primera administrativa y la segunda judicial, siendo la Comisión Técnica de Rehabilitación Social la que expide un informe valorando los requisitos de los privados de libertad que pueden acceder al régimen, esta documentación es judicializada ante un Juez de Garantías Penitenciarias. En este punto se identifica la falencia que existe al no haber jueces especializados en la materia, para que puedan conocer y tratar la modificación de penas, con el fin de brindar mayores garantías a las personas privadas de libertad.

En el mismo sentido, Espinoza (2017) considera que el sistema progresivo es vulnerado con la reforma al artículo referente al régimen semiabierto.

De los referentes antes mencionados claramente se puede analizar que el sistema penitenciario presenta diversos problemas en todos los ámbitos. Por tal razón, a la población reclusa no se le está tratando como grupo de atención prioritaria y sus derechos se ven vulnerados con la falta de aplicación de los preceptos constitucionales.

En varios artículos de la Constitución vigente del Ecuador se señalan los principios a partir de los cuales se regulan los derechos fundamentales, entre estos el artículo 11, numeral 2 que aborda la igualdad y el numeral 8 del mismo artículo respecto de la progresividad de los derechos y el artículo 51 que reconoce varios derechos consustanciales a las personas privadas de libertad (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Reforma del Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, como norma subsidiaria respecto de la Constitución, los derechos que han sido reconocidos en favor de las personas privadas

de libertad en la norma suprema de forma progresiva, no pueden ser menoscabados con la reforma al Código Orgánico Integral Penal del 24 de diciembre del 2019.

Entre los artículos reformados se produce la modificación del artículo 698 del Código Orgánico Integral Penal sobre el régimen semiabierto, limitando así el acceso a este régimen a las personas que hayan sido condenadas por delitos que atenten la vida. De esta manera se contraviene lo establecido por la norma suprema, la cual establece en el artículo 424 su prevalencia sobre cualquier otra norma de menor jerarquía (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La Constitución es clara al mencionar que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, sin embargo, en dicha reforma se limita el acceso al régimen, vulnerando de esta forma el principio de igualdad. Por otra parte, reconoce la progresividad de los derechos, estableciendo como inconstitucional la regresividad de los derechos ya reconocidos. En el artículo que se está analizando, se evidencia de forma clara la regresividad del derecho al acceso al régimen semiabierto, que si bien, antes de la reforma todas las personas que hayan cumplido con el 60 % de la pena podían acceder a este beneficio, en el actual código se limita a determinado grupo para que se beneficie de dicho régimen.

De igual manera, en el artículo 695 del Código Orgánico Integral Penal se habla de la progresión en los centros de rehabilitación social, que consiste en el régimen de rehabilitación social hasta el reintegro de la persona privada de libertad, contemplando tres regímenes como el cerrado, semiabierto y abierto, a los cuales podrán pasar de acuerdo a las reglas que la norma establece. Estas garantías del sistema penitenciario se vulneran con la reforma del artículo 698 del Código Orgánico Integral Penal que limita el acceso a las personas que hayan cometido delitos contra la vida, tomando en cuenta que antes de esta reforma el mencionado artículo no hacía exclusiones para acceder a este beneficio.

Sin embargo, actualmente los privados de libertad según un catálogo de delitos pueden o no ser beneficiarios de derechos ya reconocidos. Eso origina una contradicción con la Constitución, que establece que la persona privada de libertad será beneficiada de todos los derechos reconocidos en la ley, sabiendo que el fin de la rehabilitación social es lograr la reinserción de las personas privadas de libertad a la sociedad, por lo cual dicho cometido no se logra con la reforma a este artículo.

Por tal razón, se debe propender la inconstitucionalidad de la norma por ser violatoria de derechos. De igual forma, se deben tomar acciones que permitan fortalecer las políticas públicas y el trabajo mancomunado de las instituciones competentes y sobre todo hay que tomar en cuenta que las normas constitucionales incorporan los estándares internacionales de derechos humanos y administración de justicia. En este caso, la Corte Constitucional debe ejercer el control abstracto de constitucionalidad para poder resolver la acción de inconstitucionalidad del artículo analizado.

Si bien es cierto que son delitos execrables, delitos que tienen graves repercusiones y una conmoción social, de todas formas, los privados de libertad cumplirán una pena y durante este tiempo se debe trabajar en pro de la reinserción

de los mismos en el ámbito social, laboral, familiar. Con esta norma se violenta el principio de no regresividad porque las leyes deben ser en beneficio de estas personas y la preservación de sus derechos humanos.

Como se ha mencionado previamente, Ferrajoli, con la Teoría del Garantismo en materia penal, ha realizado un vasto estudio sobre la importancia de las garantías y la apreciación de los postulados para poder apartarse de un derecho penal punitivo y propender a la consolidación de un derecho penal mínimo en el que se respeten los derechos y garantías ya consagrados en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el aporte de esta investigación se basa en las consideraciones del garantismo establecidas por Ferrajoli, quien manifiesta que las garantías en derecho penal mínimo tienen el propósito de disminuir la violencia, mediante la minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delito y qué penas deben imponerse, para alcanzar un derecho penal garantista.

Con este primer criterio, se puede determinar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se han atendido dichos postulados. La función legislativa debe propender a garantizar el progresivo reconocimiento de los derechos, en este caso de las personas privadas de libertad, mas no se debe provocar la regresividad de los derechos como ocurre con la reforman en el régimen semiabierto.

El autor considera que el garantismo al ser una forma de presentar, comprender, interpretar y explicar el derecho, se traduce en la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional. Con este postulado se puede hacer referencia de forma directa a la Asamblea Nacional, quien es la encargada de crear, reformar o derogar leyes, vigilando que estén en estricta concordancia con lo establecido en la norma suprema. En el caso de esta investigación, se puede deducir que no se realizó un debido estudio y análisis de los derechos ya reconocidos y las normas concordantes, y peor aún, no se tomó en cuenta que la Constitución del Ecuador claramente considera como inconstitucional cualquier norma con disposiciones contrarias o de carácter regresivo en cuanto a los derechos ya reconocidos.

En referencia a los derechos que se vulneran con la regresividad causada, hay que considerar el postulado de Ferrajoli, quien define a las garantías como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, el cual se entiende como toda expectativa jurídica positiva o negativa. En tal sentido, por citar un ejemplo de los derechos vulnerados a las personas privadas de libertad, cabe mencionar el derecho a la igualdad tanto formal como material y a la no discriminación, que claramente se han vulnerado en referencia a la reforma aplicada en el régimen semiabierto.

Ferrajoli, acertadamente en su estudio de la Teoría del Garantismo, analiza las garantías desde dos vertientes que se enfocan en la averiguación de la verdad jurídica y de la verdad fáctica. En este punto, es importante cuestionar el ordenamiento jurídico ecuatoriano y desde la perspectiva teórica de Ferrajoli hacer una profunda revisión a las disposiciones legales, porque en el caso concreto del régimen semiabierto se evidencia que no existe una intervención penal mínima, y se vulneran los derechos de los privados de libertad con normas

de carácter regresivo. En este sentido, para que se garantice la efectiva progresividad de los derechos, hay que analizar detenidamente el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, ya que la reforma del acceso al régimen semiabierto no es una norma congruente dentro del carácter neoconstitucionalista del Ecuador.

Con este análisis se plantea de forma clara que no se ha respetado lo consagrado en la Constitución como norma suprema, sino que se ha violentado directamente la progresividad y no regresividad de los derechos. Concordando con lo citado por distintos autores y demostrando mediante los principales postulados de la Teoría del Garantismo de Ferrajoli, se confirma que existe la necesidad de atender a los postulados garantistas con la finalidad de avanzar hacia una mayor concientización de quienes están a cargo de crear o reformar las normas legales. Para que su espíritu legislador este siempre apegado al respeto de los derechos dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, como lo señala la Constitución del Ecuador.

El principio de progresividad en la legislación ecuatoriana

Son tantos y variados los temas que se refieren a la progresividad y la no regresividad que se han creado políticas desde diferentes puntos de vista. Sin embargo, en Ecuador, las fuerzas políticas de la Asamblea Nacional que son las que tienen que velar por la defensa de los derechos a través de la creación de normas, no se han puesto de acuerdo. Han primado más los intereses personales o partidistas frente al reconocimiento del derecho. Este problema abre un gran debate nacional que no solo compromete a los políticos, sino también a los defensores de derechos humanos, a las víctimas de violación de los derechos humanos y a los estudiosos del Derecho que dan opiniones jurídicas que no son aceptadas por ninguno de los grupos.

El sistema penitenciario ecuatoriano se encuentra en un grave estado ya que las personas privadas de libertad se enfrentan a una constante vulneración de derechos, no existe una verdadera rehabilitación. En el régimen semiabierto no se respeta la igualdad de derechos, se discrimina a determinado grupo de privados de libertad que son la excepción de acceso al régimen semiabierto, negando de esta manera la verdadera rehabilitación y reinserción que claramente establece el Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido, la regresión de derechos se evidencia a través de la reforma al Código Orgánico Integral Penal del 2014 que establece que para acceder a dicho beneficio se debe cumplir con al menos el 60 % de la pena impuesta, sin realizar ninguna restricción de acceso. En este sentido se estaba garantizando la progresividad de los derechos a fin de lograr la rehabilitación y reinserción social, laboral, familiar y comunitaria (Asamblea Nacional Comunitaria, 2014).

Sin embargo, el sentido progresivo de los derechos se ve vulnerado con el artículo 113 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 2019, mediante el cual se agrega un inciso final al artículo 698 sobre el régimen semiabierto. En este se señala que las personas que hayan sido condenadas por delitos contra la integridad y libertad

personal, asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario no podrán acceder al beneficio de régimen semiabierto, violentando la progresividad de un derecho ya reconocido que antes de la reforma permitía el acceso a cualquier persona que haya sido condenada, siempre y cuando haya cumplido con el 60 % de la pena (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

De esta manera se evidencia que las disposiciones contenidas en el artículo 698 de esta Ley, referentes a la restricción de acceso al régimen de rehabilitación social semiabierto, resultan totalmente inadecuadas, en razón de que generan un privilegio para un grupo de personas diferenciadas por su pasado judicial, frente a otro que tendría un derecho limitado, que resulta contrario a las disposiciones constitucionales, que promueven la igualdad, la no discriminación y la progresividad de los derechos.

Desde el análisis en esta investigación, se considera efectivamente que ha existido una absoluta vulneración de la progresividad de derechos, lo cual confirma la hipótesis inicial que establece que el régimen semiabierto vulnera la progresividad de los derechos de las personas privadas de libertad, entendiendo que no sólo es primordial la elección de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino que también es de fundamental relevancia el conjunto de los principios fundamentales que según la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad.

De la misma manera, se debe ejercer de manera más estricta el control de la constitucionalidad, considerando la tendencia progresiva y efectiva que les permite a los jueces conocer y resolver sobre estos problemas jurídicos todavía invisibles que son, de paso los más importantes y graves, las violaciones a los derechos humanos.

Sin duda, no solo en el Ecuador se evidencia la violación de la progresividad de los derechos humanos y la prohibición de regresividad. Países como El Salvador, son duramente criticados por no respetar los derechos humanos, ya que el actuar gubernamental no responde a un enfoque de atención con fines de reparación y restauración, la comunidad no es un mero objeto de la intervención estatal. En este sentido, en el Ecuador la limitación del acceso al régimen semiabierto, ha implicado el retroceso en la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, es decir, no se garantizar el debido cumplimiento de responsabilidades gubernamentales frente a los grupos vulnerables y la protección de sus derechos.

Conclusiones

De acuerdo al análisis realizado en esta investigación, se puede evidenciar el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, a pesar de ello no se han respetado las disposiciones de la Constitución como norma suprema, que reconoce a las personas privadas de libertad como un grupo vulnerable, que se ven discriminados ante la limitación generada

con la reforma para acceder al régimen semiabierto.

Dentro del análisis de la vulneración del principio de progresividad desde la Teoría del Garantismo de Ferrajoli, se concluye señalando que el actual Derecho Penal, se encuentra muy alejado del ideal de un derecho penal mínimo como lo postula Ferrajoli, evidenciando que su excesivo uso y abuso ha generado una profunda crisis en el sistema de justicia.

Existe una falta de trabajo mancomunado por parte de todas las instituciones competentes en garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos, así como de garantizar la rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad. En este sentido, se propone persuadir a los operadores de justicia, con la finalidad de que propendan a la verdadera rehabilitación de los privados de libertad a través de los postulados garantistas, que son un eje fundamental en el Estado constitucional de derechos.

Referencias bibliográficas

Ancón, M. Á. (2020). Factores que Influyen en la Prevalencia entre los Derechos de Primera Generación y Segunda Generación del trabajo en los profesionales del derecho en la Corte Superior de Arequipa-2018. *Revista Científica Investigación Andina*, *20*(1). https://revistas.uancv.edu.pe/index.php/RCIA/article/view/885

Arias, T. (2008). Ecuador un estado constitucional de derechos. *Revista del Grupo Democracia y Desarrollo Local*, *15*. http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-463.html

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente

Asamblea Nacional Constituyente. (2014). *Código Orgánico Integral Penal.* Quito, Ecuador: Estudios y publicaciones

Bustamante-Simbaña, C. & Vázquez-Calle, J. (2020). La restricción de acceso a los regímenes semiabierto y abierto en la reforma al COIP, a partir del derecho de igualdad y la prohibición de discriminación. *Revista Científica FIPCAEC, 5 (3)*, 426-463. https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/246

Calvo, N. (2021). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1 (1)*. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/214

Cárdenas-Heredia, M. C. & Vázquez-Calle, J. L. (2021). Vulneración al principio de progresividad y no regresividad del beneficio penitenciario semiabierto, en las reformas al Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC*, *6*(1). https://www.fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/329/585

Castro, M. (2018). *El régimen semiabierto como beneficio de los privados de libertad.* Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6385

Chiriboga, G. & Salgado, H. (1995). Derechos Fundamentales en la Constitución ecuatoriana. Quito: FLACSO-Ecuador. https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/44177.pdf

Espinoza, M. (2017). *Vulneración de derechos en las garantías penitenciarias por Régimen*

Semiabierto. Tesis de Grado. Universidad de Guayaquil, Ecuador. http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/30048/1/Espinoza%20Montiel%20Mirian%20024.pdf

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. UNAM. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MSmFuwC48mEC&oi=fnd&pg=PT1&dq=GARANTISMO+FERRAJOLI&ots=IObolKTUZF&sig=CcBHIOmIpxKtIoOuLa9P7PGY-nE#v=onepage&q=GARANTISMO%20FERRAJOLI&f=false

Ferrajoli, L. (2012). *Los Derechos y sus Garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Editorial Trotta. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/los_derechos_y_sus_garantias-luigi_ferrajoli.pdf

Gascón, M. (2015). *La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y Razón"*. https://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev

González, J. (2018). Los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Una reflexión doctrinaria y normativa en contraste con la realidad penitenciaria en Ecuador. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, *129*, 189-207. http://dx.doi.org/10.15359/rldh.29-2.9

Hermosa, H. (2018). *El Principio de Progresividad de Derechos en la Constitución de la República del Ecuador*. Tesis de Grado. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10699/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-220.pdf

Mancilla, R. (2015). El Principio de Progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano. *Cuestiones constitucionales*, 33. http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n33/n33a4.pdf

Molina Verdugo, M. R. (2021). *La vulneración del principio de igualdad del Régimen Semiabierto en los delitos contra la vida.* Trabajo de Titulación. Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador. https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/12178/1/ACTFMDCO012-2021.pdf

Neira, M. J. (2021). *Principio de Progresividad de los Derechos en el activismo jurisdiccional de la Corte Constitucional de la República del Ecuador.* Tesis de Grado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. http://201.159.223.180/bitstream/3317/16485/1/T-UCSG-POS-MDC-212.pdf

Organización de Estados Americanos. (1993). *Informe Anual de 1993*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm

Rosales García, C. M. & Chípuli Castillo, A. M. (2021). Factores para la evolución de los Derechos Humanos. *Universos Jurídicos*, *16*. https://universosjuridicos.uv.mx/index.php/universjuridicos/article/view/2578

Solís, B. (2010). Evolución de los derechos humanos. México: UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf

Conflicto de intereses

Los autores declaran que no existe conflicto de intereses.

Contribución de los autores

Carlos Gilberto Rosero Martínez: Investigación, metodología y redacción.

Carlos Santiago Rosero Jiménez: Investigación y redacción.

Karina Nataly Laguna Delgado: Investigación, metodología, y conclusiones.