UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

"REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS".

Tesis de Grado previa a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

CARLOS XAVIER RAMIREZ NAMBALLE

DIRECTOR DE TESIS:

DR. MG. AUGUSTO PATRICIO ASTUDILLO ONTANEDA

LOJA – ECUADOR

2018

CERTIFICACIÓN

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc., Docente y Director de Tesis de la Carrera de Derecho de la Unidad de Educación a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

CERTIFICA:

Haber dirigido, orientado y revisado en todas sus partes el desarrollo del trabajo de investigación jurídica sobre el tema: **"REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS",** de autoría del señor Carlos Xavier Ramírez Namballe, una vez revisado cuidadosamente el presente informe reúne a satisfacción los requisitos de fondo y forma que debe tener un trabajo de investigación científica, de acuerdo a los lineamientos del Reglamento de la institución y por consiguiente, autorizo su presentación.

Loja, abril de 2018

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Carlos Xavier Ramírez Namballe, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo de manera expresa a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional de la Biblioteca Virtual.

AUTOR: Carlos Xavier Ramírez Namballe

FIRMA:

CÉDULA: 0704963370

FECHA: Loja, abril del 2018

CARTA DE AUTORIZACIÒN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÒN PARCIAL O TOTAL Y APLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Carlos Xavier Ramírez Namballe, declaro ser Autor de la Tesis titulada: **"REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS",,** como requisito para optar por el Grado de Abogado: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los doce días del mes de abril del dos mil dieciocho.

FIRMA:.....

AUTOR: Carlos Xavier Ramírez Namballe

CÉDULA: 0704963370

DIRECCIÒN: Huaquillas Calles: Clemente Yerovi entre García Moreno y Paquisha.

Teléfono: 2970-071 **Celular:** 0995613559

CORREO: carlosramirez.tom@gmail.com

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Sc. Felipe Neptalí Solano Gutierrez. (Presidente.)

Dr. Mg. Sc. Pablo Barrazueta Carrión. (Vocal)

Dr. Mg. Sc. Darwin Quiroz Castro. (Vocal)

DEDICATORIA

Con mucho cariño para mi familia por estar conmigo motivándome para culminar mis estudios. En especial a mi adorada esposa y mis hijas por creer en mí y por su incondicional apoyo en todo momento, ya que han sido mi soporte moral, sirviéndome como inspiración durante todo el período de estudio para lograr este objetivo.

Carlos Xavier

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a DIOS por permitirme haber culminado mis estudios con éxito, a mi esposa y a mis hijas por su amor incondicional.

A la Universidad Nacional de Loja, a la Unidad de Educación a Distancia y al Área Jurídica Social y Administrativa en especial a la Carrera de Derecho a todo su personal docente por compartir sus experiencias y conocimientos.

Al Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda por haberme guiado y orientado acertadamente en el trascurso del desarrollo de la tesis.

Finalmente agradezco a todas las personas que me han rodeado es decir que de una u otra manera me colaboraron hasta la culminación de la tesis.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA
CERTIFICACIÓN
AUTORÍA
CARTA DE AUTORIZACIÒN
DEDICATORIA
AGRADECIMIENTO
TABLA DE CONTENIDOS
1. TÍTULO
2. RESUMEN.
2.1. ABSTRACT.
3. INTRODUCCIÓN.
4. REVISIÓN DE LITERATURA
4.1. MARCO CONCEPTUAL
4.1.1. Los Niños y Adolescentes.
4.1.2. Derecho a la Convivencia Familiar.
4.1.3. Juez de Garantías Penales.
4.1.4. La Pena Privativa de Libertad.
4.1.5. Penas no Privativas de libertad.
4.1.6. Medidas Cautelares.
4.1.7. Arresto Domiciliario.
4.1.8. Derecho Penitenciario.
4.2. MARCO DOCTRINARIO.
4.2.1. Estado Constitucional de Derechos.
4.2.2. Principio del Interés Superior del Niño.
4.2.3. Política Ecuatoriana no más Niños en las Cárceles.
4.2.4. Rehabilitación de las Mujeres Privadas de la Libertad.
4.3. MARCO JURÍDICO.
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.
4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia.
4.3.3. Código Orgánico Integral Penal.
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina.
4.4.2. Código de Ejecución Penal de la República del Perú.
5. MATERIALES Y MÉTODOS.
5.1. Métodos.
5.2. Métodos
5.3. Procedimientos y Técnicas.
6. RESULTADOS.
6.1. Resultados de las Encuestas.
6.2. Resultados de las Entrevistas.
7. DISCUSIÓN.
7.1. Verificación de Objetivos.
7.2. Contrastación de Hipótesis.
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta.
8. CONCLUSIONES.
9. RECOMENDACIONES
9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.
10. BIBLIOGRAFIA.
11. ANEXOS
PROYECTO DE TESIS
INDICE

1. TÍTULO

“REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS”.

2. RESUMEN.

La presente tesis titulada: **“Reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para que faculte al juzgador imponer el arresto domiciliario a las madres procesadas que tienen a su cargo niños”,** al realizar un minucioso estudio al régimen de ejecución de penas ecuatoriano encontramos en el Art. 682 del Código Orgánico Integral Penal.- Separación.- En los centros de privación de libertad, las personas estarán separadas de la siguiente manera: 1. Las sentenciadas a penas privativas de libertad, de las que tienen medida cautelar o apremio personal. 2. Las mujeres de los hombres. 3. Las que manifiestan comportamiento violento de las demás. 4. Las que necesitan atención prioritaria de las demás. 5. Las privadas de libertad por delitos de tránsito, de las privadas de libertad por otros delitos. 6. Las privadas de libertad que son parte del sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, de las demás. 7. Las privadas de libertad por contravenciones, de las personas privadas de libertad por delitos. Solo menciona de la separación por sexo de las personas que van a cumplir una pena, y no mencionan de los hijos de las reclusas que habitan con ellas. Así mismo en el Art. 688 determina: El Organismo Técnico es responsable de la administración, ejecución y verificación de las medidas y penas no privativas de libertad. Además coordinará con las distintas entidades del sector público. Esta norma legal permitiría el seguimiento y control, en caso de darse, de las reclusas que cumplan la pena con arresto domiciliario cuidando sus hijos menores de edad. Incumplimiento y sanciones.- El órgano encargado de ejecutar la medida o pena no privativa de libertad prestará los medios necesarios para garantizar su cumplimiento. La inobservancia de esta disposición será sancionada penal, civil y administrativamente. Bajo este control se puede solucionar el problema del arresto a las madres con hijos que cumplan en su domicilio, con la finalidad de garantizar la integridad personas de los menores de edad. Por lo expuesto, estimo necesario profundizar mi estudio a los derechos fundamentales de las reclusas con hijos que se encuentran privadas de la libertad, debiendo el Estado tomas o dictar otras medidas, que le permitan a la madre crecer junto a sus hijos, bajo penas no privativas de libertad, debiendo incorporar reformas al régimen penal ecuatoriano. Dentro del desarrollo de la tesis, fue de gran ayuda el material bibliográfico que contribuyó a la obtención de información de literatura, como doctrina y para llenar los resultados de campo, de las entrevistas y encuestas; todo esto una vez tabulado y analizado, fue procesado en la discusión de los resultados, logrando verificar los objetivos y contrastar la hipótesis; y la respectiva fundamentación jurídica para la propuesta de reforma; finalmente e logra realizar las conclusiones y recomendaciones, con esto se logra hacer el proyecto de reforma legal dirigiendo reformas al Código Orgánico Integral Penal, previo a garantizar el derecho a la dignidad humana del menor de edad que se encuentra bajo el cuidado de la madre que está en el centro de privación de libertad cumpliendo una pena.

2.1. ABSTRACT.

This thesis entitled "Reform Art. 525 of the Criminal Code of Integral, empowering the judge to impose the house arrest processed mothers who have children in their care" to conduct a thorough study to Ecuadorian system for enforcing penalties found in Article 682 of the Comprehensive Organic Code Penal.- Separación.- In detention centers, people are separated as follows:. 1. sentenced to imprisonment, with the injunction or suit for collection. 2. Women of men. 3. manifesting other violent behavior. 4. The need priority attention from others. 5. imprisoned for traffic offenses, of imprisoned for other crimes. 6. deprived of liberty that are part of the national system of protection and assistance to victims, witnesses and other participants in criminal proceedings, of the other. 7. imprisoned for violations of the detainees for crimes. Only mentions separation by gender of the people they will serve a sentence, and no mention of the children of the inmates who live with them. Also in Article 688 states: The Technical Authority is responsible for the administration, implementation and verification of the measures and non-custodial sentences. He also coordinated with the various entities of the public sector. This statute would allow tracking and control, should be of the inmates who serve their sentences under house arrest watching their minor children. "Default and sanctions.- The body responsible for implementing the measure or non-custodial sentence will provide the means to ensure compliance. Failure to comply with this provision shall be sanctioned criminal, civil and administrative. Under this control you can solve the problem of detention for mothers with children who will be at home, in order to ensure the integrity of persons under age. For these reasons, I consider it necessary to deepen my study of the fundamental rights of women prisoners with children who are deprived of freedom, having the state take or adopt other measures that allow the mother with her children grow under no penalties custodial and must include reforms to Ecuador's criminal regime. Within the development of the thesis was helpful bibliographic materials That Contributed to Obtaining information from the literature, as a doctrine and to fill the field results, interviews and surveys; This Once tabulate and analyze, it was indicted in the discussion of the results, Achieving goals and verify the hypothesis; and the respective legal basis for the Proposed reform; and it finally fails to make findings and Recommendations With This Accomplished to legal reform bill directing the Amendments to the Criminal Code Integral Organic prior to Ensure the best interests of the minor Who is under the care of the mother is in the detention center serving a sentence.

3. INTRODUCCIÓN.

El trabajo de investigación jurídica versa sobre; **“Reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para que faculte al juzgador imponer el arresto domiciliario a las madres procesadas que tienen a su cargo niños”,** surge la necesidad por desarrollarlo debido que en los centros carcelarios se han convertido en verdaderas bodegas humanas, donde se profundiza la violación de los derechos humanos de las madres e hijos toda esta transgresión ha llevado a la degradación del ser humano y va perdiendo la capacidad para vivir de manera digna. Pese a estar garantizada la protección de los niños, niñas y adolescentes, en el artículo 46 numeral ocho, de la Constitución de la República. “Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad”. Esto en armonía con el Art. 51 de la Constitución reconoce a las personas privadas de la libertad el derecho: 6.- “Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7.- Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia. Como se observa la Constitución garantiza los derechos de los menores de edad, cuando sus progenitores se encuentren privados de la libertad, sin embargo la normativa vigente no logra ser aplicada correctamente en favor de este grupo de atención prioritaria.

Al adentrarnos al estudio del Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia encontramos: “Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores”. Esta norma se desprende de la normativa constitucional y pretende garantizar derechos de las persona privadas de la libertad y de sus hijos que habitan con ellos dentro de los centros carcelarios.

Dentro del régimen penal ecuatoriano al analizar el Código Orgánico Integral Penal el Art. 12 establece: “Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. 1. Integridad: la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual. 13. Relaciones familiares y sociales: la persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social. Deberá estar ubicada en centros de privación de libertad cercanos a su familia, a menos que manifieste su voluntad contraria o que, por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural”. Esta norma penal claramente protege la integridad personas de las personas privadas de la

libertad; así como a mantener la relación familiar con los demás integrantes de su familia; pero la realidad es otra, porque no se cumple a cabalidad.

Considero indispensables previo a evitar la vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad que conviven con sus hijos menores de edad en las cárceles del país, se les impongan las penas no privativas de libertad conforme lo prevé el Art. 60.- "Penas no privativas de libertad.- 3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia. 7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia". Estas penas serían las factibles para proteger derechos que están siendo inobservados. O a su vez se debe aplicar mediante sentencia judicial el Art. 525, que se refiere: "Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica". Con estas medidas cautelares de carácter personal permitiríamos que las madres condenadas al cumplimiento de una pena, la cumplan en su domicilio en unión con sus hijos menores de edad y evitar que las cárceles del Ecuador sean centros infantiles donde se vulnera la dignidad humana de las personas.

La estructura del presente informe final la elaboré de acuerdo al siguiente orden; en primer lugar con el análisis crítico, el mismo que empieza con la Revisión de

Literatura, en donde es evidente el acopio teórico relacionado al Marco Conceptual, lo investigado y consultado he ceñido la investigación en temas como; los Niños y Adolescentes, Derecho a la Convivencia Familiar, Juez de Garantías Penales, la Pena Privativa de Libertad, Penas no Privativas de libertad, Medidas Cautelares, Arresto Domiciliario; y, Derecho Penitenciario.

En lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, he prestado atención al Estado Constitucional de Derechos, Principio del Interés Superior del Niño, Política Ecuatoriana no más Niños en las Cárceles; y, Rehabilitación de las Mujeres Privadas de la Libertad.

En lo relacionado al Marco Jurídico, he analizado la normativa relacionada a mi tema de tesis que consta en la Constitución de la República del Ecuador; Código de la Niñez y Adolescencia, y, Código Orgánico Integral Penal; así mismo he realizado un estudio comparado entre la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina; y, el Código de Ejecución Penal de la República del Perú.

Es importante hacer la descripción de los materiales, métodos, procedimientos y técnicas que utilicé en el transcurso de la investigación.

En lo relacionado a los resultados obtenidos en la investigación de campo consta la aplicación de encuestas a treinta profesionales del Derecho, fue también

imprescindible la aplicación de entrevistas a un número de cinco profesionales del Derecho.

Con esta recolección teórica y con los resultados de la investigación de campo desarrollé la Discusión de la problemática, con un análisis reflexivo y crítico, concretándose en argumentos válidos para la verificación de los objetivos planteados y la contrastación de la respectiva hipótesis, para luego proceder a la fundamentación del proyecto de reforma necesaria en el Código Orgánico Integral Penal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Los Niños y Adolescentes.

A las personas por su edad se las ha clasificado dentro del derecho para una correcta aplicación y garantía constitucional. Por lo tanto, niño es el menor comprendido hasta los doce años, pasados los doce hasta los dieciocho años se lo considera adolescente.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 define el término "niño" de forma más precisa: "un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"[1].

Esta Convención en forma general establece una edad para considerar a los niños a todo individuo menor de dieciocho años; sin embargo debo aclarar que nuestra legislación al niño lo considera a todo menor de doce años, y adolescente a los individuos comprendidos entre los doce y antes de dieciocho años. Es decir, cada Estado en sus leyes regula la edad de las personas para establecer sus derechos, deberes y obligaciones.

[1] CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990

Para Guillermo Cabanellas define al niño y niña como: “Es la persona cuya edad periodo de la vida no ha sobrepasado los siete años, época en que comienza el uso de la razón”[2].

Este autor da una definición que pertenece al régimen civil ecuatoriano considerando a niño hasta los siete años, conocido también como infante. Pero el régimen legal de la niñez y adolescencia del Ecuador los considera niños hasta la edad de antes de los doce años.

Según Mabel Golstein la Niñez, “periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta la adolescencia que, en materia penal, implica inimputabilidad por falta de discernimiento; y en materia civil, total incapacidad para obrar”[3].

Según esta definición la niñez implica una etapa anterior de la adolescencia, y tiene una gran importancia dentro del derecho porque todo niño en esta etapa goza de derechos y deberes que debe ejercerlos. Ya adentrándonos en materia penal un niño no es responsable ante la ley penal, como si lo es, un adolescente que debe responder por sus actos con el cumplimiento de medidas socioeducativas.

La misma autora Mabel Golstein respecto a la definición de adolescente señala: “Adolescente es el menor impúber que es reconocido como sujeto activo de sus

[2] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Decimoquinta Edición, Buenos Aires- Argentina, 2001. Pág. 268.
[3] GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico Consultor MAGNO. Edición 2013. Buenos Aíres- Argentina. Pág. 387.

derechos; se le garantiza su protección integral, debe ser informado, consultado y escuchado, respetándole su intimidad y privacidad, pudiendo cuando se halla afectado o amenazado por sí requerir intervención de los organismos competentes. Son objeto de prioridad dentro de las políticas públicas, que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar y hacer responsables respecto de los privados de su medio familiar, de los cuidados alternativos a la institucionalización, el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual, fijando medidas para prevenir y eliminar su tráfico”[4].

Esta definición de adolescente ubica a las personas que gozan de derechos fundamentales y que por su edad comprendida entre los doce hasta los dieciocho años, está garantizado por ciertas leyes, por pertenecer a un grupo de atención prioritaria que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de cuidar y atender sus necesidades básicas. Al hablar de adolescencia es una etapa en constante cambio biológico, psicológico y social, en donde sus familiares deben guiarlos con valores y principios éticos y morales para la formación de su personalidad.

4.1.2. Derecho a la Convivencia Familiar.

Según Carlos Díaz Hernández respecto de la convivencia familiar señala: Estos aspectos de la institución familiar podemos señalizarlos como “célula básica en

[4] GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico Consultor MAGNO. Edición 2013. Buenos Aíres- Argentina. Pág. 43.

el aprendizaje del amor, de la educación y de la socialización, la familia es comunidad de vida y amor, centro forjador de existencias personales”[5].

Es decir para este autor las actividades humanas educativas se desarrollan dentro de la esfera de lo social, por ello se afirma que el núcleo familiar es tan indispensable para el desenvolvimiento de la persona. En la familia se forja el carácter y la personalidad de cada individuo y no podemos obviar que el ámbito familiar donde cada persona evoluciona es diferente.

En cambio el tratadista Julio Iglesias De Usel acerca de la convivencia familiar dice: “La familia no es sólo el semillero donde se reproducen físicamente los miembros de la sociedad, sino también el caldo de cultivo donde proliferan los valores y se regenera el tejido social generación tras generación… Es en el seno de la institución familiar donde se asimilan tanto los valores privados como públicos, los religiosos, los relacionados con el género, los valores de clase y los cívicos y políticos…Matriz generativa de las estructuras profundas de la personalidad y de los patrones de interacción social, la familia transmite tanto unos determinados valores como su ausencia, que se cifra en normas”[6].

Par este tratadista la educación familiar y convivencia ha existido en todas las culturas. La convivencia familiar pretendía alcanzar que los niños y los jóvenes adquirieran la suficiente cultura para ser buenos miembros de la tribu o clan. La

[5] DÍAZ HERNANDEZ, Carlos. (1999). *Soy amado, luego existo. Yo y tú*. Bilbao: Desclée de Brouwer. España. Pág. 20
[6] IGLESIAS DE USEL, Julio. (1994). “Familia”. En M. Juárez (dir): V Informe sobre la situación social en España. Madrid: Foessa. Pág. 543.

tarea educativa ponía gran fuerza en los ritos de iniciación y de paso de la niñez a la etapa adulta y se fundamenta en la observación e imitación de patrones. Los niños aprenden haciendo, imitando los modelos que observan en sus padres y/o comunidades.

En la necesidad mutua de adultos y niños se encuentra la raíz del proceso educativo. Los adultos requieren al hijo para perpetuarse de algún modo y garantizar, al mismo tiempo, la supervivencia de los logros culturales a los que paulatinamente ha accedido la humanidad. Los niños necesitan de los adultos para acceder a su plena condición humana.

El ser humano no puede ser abandonado a sus propios recursos, porque perece. La educación familiar posibilita cómo el niño accede del modo más pleno posible a ser un adulto y cómo se puede integrar en una vida social plena y gratificante.

De acuerdo al criterio del Dr. Raúl Chanamé, acerca de la convivencia señala: "Es la vida en común de un varón y mujer según el Código Civil, bajo una misma cohabitación, compartiendo vida solidaria en igualdad de condiciones con relevancia jurídica que puede darle la categoría jurídica de sociedad de hecho"[7].

[7] CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Lex & Iuris, Grupo Editorial. Lima Perú. 2014. Pág. 278.

Es decir, la convivencia para este autor es la relación parento filial entre los progenitores con sus hijos en el hogar. Educándoles, y guiándoles en comportamiento ante la sociedad.

Para Villalta Umaña: “La convivencia en la familia es muy importante para el equilibrio y la salud de cada uno de sus miembros. Es por ello que partir de una serie de consejos o normas para convivir en familia, puede contribuir positivamente, a la convivencia familiar”[8].

La convivencia en la familia es muy importante para el equilibrio y la salud de cada uno de sus miembros. Es por ello que partir de una serie de consejos o normas para convivir en familia, puede contribuir positivamente, a la convivencia familiar.

Para Jaime Noé Villalta Umaña define a la convivencia como: “Aquel valor mediante el cual las personas viven unas con otras de manera tal, que existe entre ellas respeto y confianza, asegurando así relaciones pacíficas”[9].

La convivencia es la acción de convivir en compañía de otros. En su acepción más amplia, se trata de un concepto vinculado a la coexistencia pacífica y armoniosa de grupos humanos en un mismo espacio**.** El gobierno debe

[8] VILLALTA UMAÑA, J. N. (s.f.). Obtenido de http://valoresvillalta.blogspot.com/p/la-convivencia_25.html
[9] VILLALTA UMAÑA, J. N. (s.f.). Obtenido de http://valoresvillalta.blogspot.com/p/la-convivencia_25.html

garantizar la convivencia de los diversos grupos étnicos sin que se produzcan estallidos de violencia”, “Llevamos tres meses de convivencia.

La convivencia familiar es el ambiente de respeto, tolerancia, comprensión y cooperación que se da entre los miembros de una familia. Es la condición de relacionarse con las demás personas a través de una comunicación permanente fundamentada en afecto y tolerancia que permitir convivir y compartir en armonía en las diferentes situaciones de la vida.

Entre los factores que dificultan la convivencia familiar encontramos: la unión conyugal inauténtica, no sustentada en el amor, egoísmo de uno de sus miembros, falas percepción del amor conyugal, prácticas de conductas antisociales, matrimonio obligado con falsas; y, desigualdad entre sus miembros.

Los factores que favorecen la convivencia armoniosa están en relación a la práctica de valores en la, así como en la relación a la capacidad de vida cotidiana. Todos sus miembros para enfrentar positivamente los momentos o periodos de crisis o la presencia de problemas que afectan a cualquier familia.

4.1.3. Juez de Garantías Penales.

Para el Dr. Jorge Zavala Egas, el Juez de Garantías Penales, es: “la persona titular de los derechos constitucionales puede ejercerlos y puede protegerse la injerencia del poder público en sus libertades mediante la tutela judicial efectiva,

el debido proceso y el derecho de defensa. El juez tiene que cumplir con su razón de ser y garantizar los derechos fundamentales de las personas sujetas a una persecución penal. Con esta premisa asentada se colige que existe, a su vez, el derecho de defensa a plenitud, así como la garantía del juez que otorgue tutela judicial efectiva”[10].

Según este autor el juez de garantías penales es la autoridad competente para controlar el proceso penal y garantizar la tutela judicial efectiva que debe brindar la admisnitración d ejusticia en todos los juicios.

Según Manuel Miranda: “El Juez se coloca en una situaión de imparcialidad y asume una función relevante como garante de los derechos fundamentales de las personas sometidas a la investigación penal. Actúa, por tanto, como un verdadero juez de garantías controlando la legalidad de la investigación del Ministerio Público”[11].

En relación al tema de estudio el operador de justicia es el Juez de Garantías Penales, quien conoce el delito de ejercicio de acción privada y los Jueces del Tribunal de Garantías Penales les corresponde conocer y resolver la situación jurídica de las personas procesadas por delito públicos.

[10] ZAVALA EGAS, Jorge. Teoría del Delito y Sistema Acusatorio. Murillo Editores. Guayaquil-Ecuador. 2014. Pág. 417.
[11] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos. ARA editores. Lima Perú. 2009. Pág. 195.

Para el tratadista Guillermo Cabanellas: “Juez es el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide, interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido”[12].

Todo Juez debe administrar justicia y resolver los problemas o conflicto ante él presentados respetando los derechos fundamentales de las partes procesales y aplicando los principios constitucionales en cada una de las audiencias.

De acuerdo al criterio de Ana Calderón: “El Juez Penal es el órgano jurisdiccional que tiene la potestad de administrar justicia en asuntos penales, es decir, aplicar la ley a los hechos calificados como delitos o faltas”[13]

El Juez Penal es el profesional del derecho con título de cuarto nivel relacionado a las ciencias penales que es competente para conocer en los Juzgados, Tribunales o Sala de la Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia, los juicios que lleguen a su conocimiento en cualquier estado. Son competentes según su grado para conocer contravenciones y delitos de acción pública como privada, así como tienen competencia para conocer los recursos que llegaren a presentar las partes procesales.

[12] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. 28ª edición. Editorial Heliasta. 2003. Buenos Aires Argentina. Pág. 17.
[13] CALDERON SUMARRIVA, Ana. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. Editorial San Marcos. 1ª. Edición 2011. Lima Perú. Pág. 126.

4.1.4. La Pena Privativa de Libertad.

Para el Dr. Juan Bustos hace referencia a la pena privativa de libertad en los siguientes términos: “La pena privativa de libertad tiene sus orígenes con el Estado liberal bajo una base humanitaria, utilitaria y resocializadora; humanitaria con respecto a dejar atrás las situaciones de carácter corporal, utilitaria aprovechando del Estado su poder para regular el trabajo de la mano de obra ociosa o marginal y de resocialización para disciplinar al marginal y al campesino en el trabajo de fábrica”[14].

Para este autor la pena privativa de libertad fue incorporada en la ley como un castigo a la integridad física, psicológica de la persona condenada, aplicándoles trabajos forzosos en las prisiones. El poder coercitivo del Estado lo aplica con la imposición de esfuerzo físico constante en las cárceles para mantener ocupado al sentenciado y lograr su readaptación en la sociedad, sin embargo, su mente no se logra rehabilitar, por aumentar su rencor ante la sociedad y las autoridades.

Este mismo autor considera que: “En principio, la pena privativa de libertad tuvo una función resocializadora en sentido de que buscaba socializar o disciplinar al individuo hacia el trabajo, son nuevas las direcciones que toma esta idea hacia la reeducación y resocialización, ya que esta no puede basarse en la idea de disciplina y trabajo, fueron investigaciones posteriores las que han venido a

[14] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. ARA Editores. Lima –Perú. 2005. Pág. 681.

demostrar que la pena privativa de libertad no puede ser resocializadora porque destruye al individuo, al ser una institución total en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa a ser tan sólo un número de la llamada sub cultura carcelaria”[15].

Esta definición determina que la pena privativa de libertad desde un inicio de su aplicación fue con la finalidad de resocializar al infractor y lograr su rehabilitación y readaptación social, sin embargo, con el pasar del tiempo, se ha conocido que el internamiento de las personas procesadas en los centros carcelarios no han dado resultado, por lo cual, se han previsto en la ley medidas sustantivas la privación de libertad como el arresto domiciliario, o trabajo comunitario. Varios estudios han demostrado que el encierro de una persona en la cárcel no sirve, porque no se rehabilita, sino que lo destruye y empeora su comportamiento delictivo.

La pena privativa de libertad en la actualidad ha perdido su vigencia para aquellos delitos de bagatela o dé poca monta, debiendo ser aplicada para delitos con penas graves mayores a diez años. Sin embargo debe considerar que la privación de libertad a las mujeres con sus hijos menores de edad vulnera derechos humanos y el principio del interés superior.

[15] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. ARA Editores. Lima –Perú. 2005. Pág. 680.

4.1.5. Penas no Privativas de libertad.

Según el autor Francisco Muñoz Conde las Penas no privativas de libertad, **"**tienen como denominador común la privación temporal o definitiva de derechos distintos"[16].

Estos derechos se refiere aquellos inherentes a la titularidad o ejercicio de un cargo público o derecho a ser elegido para cargos públicos, el derecho a desempeñar otra actividad laboral determinada, los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curaduría, el derecho a conducir cualquier tipo de vehículo, suspensión de licencia y pérdida de puntos en la misma, el derecho de tenencia y porte de armas, el derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, trabajos en beneficio a la comunidad, expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano por parte de los extranjeros; e inclusive sometimiento o tratamiento médico o psicológico que se tratará en artículos posteriores como una medida de seguridad.

Para el tratadista Reinhart Maurach señala: "En el caso de las penas no privativas de libertad, el sujeto es dejado en libertad pero sometido a vigilancia y considerable regulación de su conducta de vida, para el tiempo de duración de la vigilancia de la conducta, o una parte de este"[17].

[16] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte General, Tirant lo Blanch Valencia, 2004. Pág. 510.
[17] MAURACH, Reinhart, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Astrea. Buenos Aires. 1994. Pág. 891.

Las penas no privativas de libertad han sido consideradas en el actual Código Orgánico Integral Penal, como una salida al hacinamiento carcelario, por lo tanto, se han considerado las siguientes penas no privativas de libertad según lo tipificado en el Art. 60 del Código Orgánico Integral Penal, que son las siguientes: 1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo; 2. Obligación de prestar un servicio comunitario.3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia. 4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo. 5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general. 6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio. 7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia. 8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito. 9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas. 10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual. 11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares. 12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras. 13. Pérdida de los derechos de participación.

Esta penas no privativas de libertad están a discrecionalidad del juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal. Pero es necesario considerar que en todos los casos en los que

se hallen involucradas mujeres que tengan hijos menores de edad sean sancionadas con el arresto domiciliario.

4.1.6. Medidas Cautelares.

Respecto al tema la Dra. Verónica Jaramillo señala: “Las medidas cautelares son instituciones que emergen del derecho procesal, uno de los tratadistas, más sobresalientes en la mentada rama del Derecho, es el profesor Calamandrei, quien denominaba a las medidas cautelares, como “providencia cautelares”, y, a la vez, hizo trascendente las características de las mismas, como ser: instrumentales, provisorias o limitadas en la duración de sus efectos, porque se mantiene mientras existan la amenaza grave e inminente de la violación de un derecho, o, en tanto no se haya dictado sentencia dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales; en cuanto a la finalidad derivan siempre de la existencia de un peligro de daño que puede producirse, como consecuencia del retardo en la emisión de la decisión definitiva”[18].

Las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar derechos personales y reales en un juicio. El derecho personal del infractor disponiendo su privación de la libertad y un derecho real la limitación sobre sus bienes.

[18] JARAMILLO HUILCAPI, Verónica. Cita a Piero CALAMANDREI. Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-2001. Pág. 116

Se puede deducir que para éste autor las medidas cautelares, son de vital importancia porque si no se dictan oportunamente, los daños a la parte afectada pueden ser irreparables.

Para Raúl Chanamé en relación a las medidas cautelares dice: “Institución a través de la cual el órganos jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos, de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la expedición de fallo definitivo o la actuación de una prueba. La medida cautelar es un instrumento del proceso principal. No es un fin en sí mismo, sino un medio vinculado a un proceso”[19].

Esta medidas el juez las dicta para precautelas elementos de convicción que sean resguardados y que servirán como pruebas en el juicio. La medidas cautelares en el proceso penal el Juez las dicta para garantizar la comparecencia del procesado en el juicio y de disponer libremente de los bienes del procesado.

En cambio Manuel Ossorio entiende por medidas cautelares “cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, e instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz”[20].

[19] CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Lex & Iuris. Grupo Editorial. Pág. 524.
[20] OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª. Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2007. Pág. 613.

La finalidad de las medidas cautelares serían para que el juez tenga la convicción y certeza en dictar una sentencia apegados a las pruebas aportadas por las partes procesales en audiencia del juicio pública y contradictoria.

Las medidas cautelares se dictan con la finalidad de garantizar la comparecencia de las personas procesadas al juicio, como el arresto domiciliario, arresto de fin de semana, presentación periódica ante autoridad competente, o para asegurar la indemnización de daños y perjuicios a la víctima, con el secuestro o embargo de bienes.

4.1.7. Arresto Domiciliario.

Para el autor Arsenio Oré: "La detención domiciliaria no es una medida coercitiva autónoma sino, más bien una medida coercitiva accesoria o complementaria, aplicable como una restricción cuando al procesado se reimponga la medida de comparecencia en sustitución a la detención, por ello siempre presupone una menor intensidad del peligro procesal"[21].

El arresto o detención domiciliaria este autor la considera una medida que puede ir complementada con otra, que podría ser la medida de presentación periódica ante autoridad competente.

[21] ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. Lima-Perú. 1999. Pág. 349.

El arresto domiciliario o casa por cárcel es una medida cautelar que se utiliza como alternativa dentro de un juicio en proceso, en la mayoría de los códigos penales de distintos países. Se define como la privación de la libertad de movimientos y comunicación de un condenado o acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio, bien en otro fijado por el Tribunal sentenciador a propuesta del afectado. El arresto suele ser una situación provisional que termina, en caso de ser pena accesoria, con el cumplimiento de la principal, y en los demás supuestos delictivos del acusado.

Para el tratadista Fernando Velásquez acerca del arresto domiciliario señala: "Bajo estos presupuestos el funcionario judicial tiene la facultad de ordenar el cambio de lugar en la que el sujeto deberá cumplir la pena privativa de libertad establecida en la sentencia, pudiendo señalar una distinta a la prisión por considerar que podría provocar daños graves e irreparables a la persona y sus familiares inclusive en el aspecto psicológico y disponer el cumplimiento en el domicilio del penado, o excepcionalmente el juez podrá determinará uno distinto a ésta"[22].

Esta definición destaca la importancia de sustituir la pena privativa de libertad en centros carcelarios por la medida del arresto domiciliario de la persona procesada, considerándose los daños irreparables que provocaría en sus

[22] VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Derecho Penal. Parte General. Comlibros, Medellín - Colombia 2009. Pág. 1061.

familiares y peor aún si hay de por medio, menores de edad que influiría en su estado emocional.

Para el tratadista Jorge Roas Yantaco define al arresto domiciliario como: “Impedimento de salida, es una medida cautelar de naturaleza personal que restringe al procesado o testigo a salir fuera del país o de la localidad donde ha fijado como domicilio, o se haya fijado”[23].

Esta pena sustitutiva a la privación de libertad en centros carcelarios, tiene la finalidad que la persona procesa cumpla su pena dictada en sentencia condenatoria, en un domicilio que determine el Juez, de esta manera estará cerca de sus familiares. El arresto domiciliario se emplea en situaciones singulares en las que el condenado no puede o no debe ingresar en prisión. Se encontrarían en estos supuestos aquellos cuyo delito ha sido menor y, por tanto, la privación de libertad supone un cargo excesivo; también, en los supuestos de edad avanzada, cuando se tienen personas a cargo o se padece un trastorno que requiere la permanencia en una vivienda designad por la autoridad.

De acuerdo al criterio del Dr. Jorge Sper Castro: “Arresto domiciliario, es la condición de detenido que experimenta una persona, pero que permanece en su

[23] ROSAS YANTACO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Juristas Editores. Lima-Perú 2009. Pág. 477.

casa – habitación, de la que no puede salir por estar bajo vigilancia policial o militar”[24].

El arresto domiciliario para este autor es el internamiento privativo de libertad de la persona procesada en su domicilio con vigilancia policial, para evitar su salida al exterior de la vivienda.

Según el autor Carlos Machuca Fuentes, escribe que el arresto domiciliario es: “El confinamiento de una persona en un domicilio, fuera de un centro de detención donde debe cumplir arresto domiciliario o una pena. No es simplemente una restricción de la libertad ambulatoria, sino que a diferencia de la comparecencia, quien se encuentre afectado con esta medida, no puede ausentarse del lugar que ha señalado como domicilio para cumplir el arresto. Con ello se restringen otros derechos, como el de tener actividad pública, e inclusive el derecho al trabajo cuando el confinado tuviera que efectuar labores fuera de su domicilio”[25].

Esta definición abarca otros elementos relacionados a la limitación de derechos fundamentales de la persona procesada y condena al arresto domiciliario. Entre las restricciones tener en continuar en actividades públicas y laborales,

[24] SPER CASTRO. Jorge Iván. La Importancia de los actos cautelares en la legislación ecuatoriana. Impresos Nueva Luz. Guayaquil Ecuador 2005. Pág. 176.
[25] MACHUCA FUENTES Carlos, El Arresto Domiciliario como Medida Alternativa al a Prisión: El Caso Peruano, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009, Pág. 5

únicamente debe permanece en el domicilio y estar en interrelación con sus familiares.

Por su parte Edilberto Molina Escobedo, al precisar un concepto sobre el arresto domiciliario, nos dice: “El arresto domiciliario es una medida cautelar personal provisional, que se ubica dentro de la modalidad de la comparecencia restrictiva. Se trata de una alternativa a la detención realizada a los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente, ya que la ley presume que esta persona requiere una atención y un trato especial que sería imposible brindarle en prisión, por lo que esta medida es excepcional que restringe la libertad de ciertas personas, con la finalidad de cautelar, esto es, proseguir y garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, y evitar la fuga del imputado. Esta restricción de la libertad personal se cumple en el propio domicilio u otro señalado por el Juez, con la vigilancia necesaria”[26].

Finalmente este autor al referirse al arresto domiciliario manifiesta que esta medida cautelar es aplicable para las personas de la tercera edad, o con problemas de salud, sin embargo debe considerarse también para las mujeres que tengan hijos bajo su cuidado en los centros carcelarios.

[26] MOLINA ESCOBEDO, Edilberto, La Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 2001, Pág. 48.

4.1.8. Derecho Penitenciario.

Para el autor Gonzalo Estuardo Jácome Merino dice: “Derecho Penitenciario es un conjunto de normas que regulan la readaptación de los individuos sujetos a una sentencia privativa de libertad”[27].

El derecho penitenciario se encarga de la ejecución y cumplimiento de la pena de las personas sentenciadas, para lo cual deben hacer un distributivo de los reclusos de acuerdo a su grado de peligrosidad. Así mismo se debe realizar la individualización de cada reo para conocer su registro y vida, y así poder tratarlos con terapias dentro de los centros carcelarios.

El tratadista Cuello Calón Eugenio da su concepto de la siguiente forma: “El Derecho Penitenciario es la ciencia que trata sobre el estudio la organización y funcionamiento de aquellas penas orientadas al único fin de corrección al delincuente”[28].

El sistema penitenciario en ecuador ha tomado nuevos rumbos en la política carcelaria, estableciendo cárceles de máxima seguridad y adecuando su infraestructura, sin embargo el personal encargado de controlar el ingreso de personas a los centros debe ser educado. Y deben combatir las mafias de

[27] JACOME MERINO, Gonzalo Estuardo, Derecho Penitenciario, Editorial Universidad Central del Ecuador, Primera Edición, Junio 2002, Pág. 7.
[28] CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Editorial Bosch Urgel, 1958, Pág. 736.

criminales que desde adentro de la prisión dominan la delincuencia en la sociedad.

Para el tratadista Dr. Ernesto Albán Gómez: “El Derecho Ejecutivo Penal es un nuevo concepto que forma parte de lo que se conoce como Derecho Penitenciario, y que se refiere al área del Derecho Penal que se ocupa de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad o de derechos. Surge como disciplina jurídica autónoma a principios del Siglo XX. Su competencia corresponde a los Jueces de Ejecución de Sentencias, quienes son los encargados de controlar y hacer cumplir las sentencias producto del Juicio o Plenario”[29].

El Derecho Ejecutivo Penal es un conjunto de normas que trata sobre la ejecución de las penas privativas de libertad desde luego ejecutadas a las personas con sentencia en firme o ejecutoriada.

El Derecho Ejecutivo penal tiene por objeto el estudio teórico y práctico de todo lo relativo a la ejecución de las sanciones penales, impuestas por la autoridad judicial competente, por lo cual es importante hacer mención que esta rama del Derecho incluye a las sanciones no privativas de la libertad como penas pecuniarias, suspensión o privación de derechos, trabajo en favor de la comunidad entre otras; a las medidas de seguridad y a las medidas aplicadas a

[29] ALBAN GOMEZ, Ernesto. “Régimen Penal Ecuatoriano”, Ediciones Legales, Quito-Ecuador 1981, 1991, Pág. 17.

los adolescentes infractores, razón por la cual no debemos confundirlo con el Derecho Penitenciario, el cual tiene como límite la pena privativa de la libertad; podemos deducir que el Derecho Ejecutivo Penal es el género y el Derecho Penitenciario la especie al encontrarse reducido al estudio de la pena privativa de la libertad.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Estado Constitucional de Derechos.

El Estado Constitucional de Derechos es la nueva designación que le concede la Constitución de la República de 2008 al Estado ecuatoriano, es decir, que su normativa interna se rige por la supremacía constitucional.

Para el tratadista Gustavo Zagrebelsky: "El Estado Constitucional de derecho es el resultado de una evolución del Estado de derecho, un perfeccionamiento de éste, motivada por la enervación o desintegración de los caracteres definitorios y de la funcionalidad del clásico Estado de Derecho"[30].

Este autor manifiesta que cada Estado ha ido evolucionando en su normativa suprema y ha incorporado el sistema de justicia que más se adapte a su sistema político. Por lo tanto, el Estado Constitucional de Derecho nace del perfeccionamiento y avance del Estado de Derecho para de esta forma proteger e incluir en sus postulados la participación ciudadana.

Se puede bosquejar tres importantes característica de este modelo de Estado Constitucional: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean estos de naturaleza liberal o social; b) la consagración del principio de legalidad constitucional como sometimiento efectivo a derecho de todos los

[30] ZAGREBELSKY, Gustavo, EL DERECHO DÚCTIL, Tercera Edición. Editorial Trota, Madrid. 1999. Pág. 33.

poderes públicos, sin excepción, c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y de la efectividad de los derechos de carácter social.

Luigi Ferrajoli sobre el tema dice: "La idea esencial que configura al Estado Constitucional de derecho es la primacía constitucional, colocándola en un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible"[31].

Esta definición ubica a la Constitución como norma suprema que gobierna en Estado constitucional de derechos, obligando su aplicación inmediata sobre las demás normas del ordenamiento jurídico interno.

Acerca del tema más adelante el mismo autor señala: "Esto es para todos los poderes del Estado, además de la confirmación de vínculos y límites jurídico-constitucionales, tanto de carácter formal como substancial, que condicionan y subordinan todos los actos de producción o ejecución jurídicas"[32].

En este sentido se puede afirmar que las constituciones crean un referente de legitimidad para el ejercicio del poder político y para el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

---

[31] FERRAJOLI, Luigi, DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid 2001. Pág. 24.

[32] FERRAJOLI, Luigi, DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Ob. Cit. Pág. 22.

Por otro lado Luigi Ferrajoli manifiesta: “El principio de legalidad es entendido como fuente jurídica tanto de los modelos de legalidad como del modelo de legitimación, razón por la cual en él descansa la función garantista del derecho. Este cambio paradigmático operado por el Estado constitucional supone, además, una revisión cualitativa del sentido de la validez. Ésta deja de ser un atributo estable de las normas para pasar a convertirse en una situación con contenido complejo. La validez opera como una función integrante del sistema jurídico complejo y fragmentado en distintos planos de normatividad, desde los que establecen relaciones la simple atribución de competencia por la norma superior y la determinación de un procedimiento para la producción normativa, hasta la exigencia en determinados aspectos materiales vinculantes desde los planos superiores”[33].

Para que se exija el cumplimiento del principio de legalidad, la norma debe estar preestablecida en la ley con anterioridad al hecho, por lo tanto, la designación de Estado Constitucional de Derechos fue incorporada en la Constitución del 2008, para que al entrar en vigencia los operadores de justicia apliquen la supremacía constitucional. Desde este punto de vista la legalidad se constituye en uno de los ejes primordiales y característicos del Estado Constitucional de Derecho, ya que se le asigna la función de garantizar el debido cumplimiento del Derecho.

[33] · FERRAJOLI, Luigi, Ob. Cit. Pág. 23.

4.2.2. Principio del Interés Superior del Niño.

El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no solo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban la concepción tradicional sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones.

El Dr. Juan Cabrera señala: "El principio del interés superior del niño, posee un total reconocimiento universal y es por tal motivo que ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional General"[34].

A partir de ello, resulta evidente que el "interés superior del niño" es de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional. Con ello ha puesto en debate la forma de dar protección jurídica a los derechos de los niños y adolescentes, e implica un cambio de mirada con respecto a la consideración jurídico-legal de la infancia, al concebir al niño no como objeto de tutela sino como sujeto de derechos; resaltando un principio que toma mayor protagonismo: el principio del interés superior del niño.

[34] CABRERA, Juna Pablo. Interés Superior del Niño. Librería Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 20.

El autor Ricardo Dutto al igual que otros tratadistas, se suma a esta idea: "… sería más ajustado hacer mención al "mejor interés del niño", tal como lo han señalado Roggiano y Zaldarriaga, pues no siempre el superior interés de un niño puede ser el mejor"…"[35]

El interés superior del niño no siempre será el factor único y decisivo a considerar; puede que haya conflicto entre los intereses de diferentes niños o grupos de niños, o entre los intereses de los niños y los de los adultos. No obstante, el interés del niño será, en todo caso, objeto de consideración. Es necesario, por tanto, demostrar que se han investigado los derechos del niño y que se le ha dado consideración primordial.

El Autor Gatica y Chaimovic, conceptualizan al principio del siguiente modo: "El llamado interés superior del niño, debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño / niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño / niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, n el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña"[36].

[35] DUTTO, Ricardo. El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la Jurisprudencia, Zeus, No. 5530. 1996. Argentina. Pág. 328.

[36] GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. La Justicia no entra a la escuela. Análisis de los Principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. 2002. Argentina. Pág. 68.

Los derechos del niño de este principio; el que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Según el tratadista Bonnard sostiene que: “El interés del menor puede ser visto desde un concepto tradicional, que lo considera como una persona protegida, o desde un punto de vista moderno, a través del cual se le visualiza como una persona autónoma. La primera forma es difícilmente conciliable con las necesidades e autonomía del adolescente cuyo interés es de ser ayudado a adquirir, paso a paso, su identidad como persona adulta autónoma, reconociéndole derechos y libertades que puede ejercer por si mismo”[37].

El interés superior de los menores prevalece sobre los derechos de las demás personas; este interés se equipara al término de interés preferente, ya que los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República del Ecuador, se encuentran ubicados en los grupos de atención prioritaria, este interés superior debe entenderse que los padres deben velar por el bienestar de sus hijos por sobre todas las cosas, de ahí su interés superior, sin embargo que sucede cuando la madre del menor y él viven en la cárcel por cumplimiento de una pena privativa de libertad.

[37] BONNARD, Jeróme. La garde du mineur et son sentiment personnel, revue Trimestrielle de Droit Civil, núm 1, año 90. Paris. 1991. Pág. 49.

De acuerdo al criterio de Emilio García: “El principio del interés superior del niño o niña, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”[38].

Este principio es universal y garantiza a los niños sus derechos en todas las legislaciones del mundo, en relación a los derechos humanos que prevé cada Constitución de los Estados.

Para Marco Monroy: “La noción de interés superior es una garantía de que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen"[39].

Esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Según Rafael Rodríguez: “El denominado principio de interés superior del niño, que no es otra cosa que la atención preferente que el Estado, la sociedad y la

[38] GARCÍA MÉNDEZ, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, Santa Fe de Bogotá- Buenos aires, 1999. segunda edición, 1999. Pág. 230

[39] MONROY CABRA , Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996. Pág. 127

familia deben brindar a todos los aspectos que garanticen el desarrollo integral y el disfrute pleno de derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro de un marco de libertad, dignidad y equidad”[40].

El interés superior del menor de edad, es un derecho constitucional incorporados a los instrumentos internacionales que protegen y garantizan los derechos del niño, niña o adolescente; este derecho esto por encima de los demás derechos de otras personas.

4.2.3. Política Ecuatoriana no más Niños en las Cárceles.

El Estado ecuatoriano ha emprendido una campaña de política de gobierno para erradicar y reubicar a los niños que se encuentran en las cárceles con sus progenitoras. No más niños en las cárceles ecuatorianas. No más santos inocentes entre rejas. No más reclusos con pañales, es el lema con el cual el gobierno de Ecuador impulsa el programa "Niños Libres".

La propuesta para vaciar las cárceles de niños y librarlos de este encierro injusto llegó a la máxima instancia del Gobierno ecuatoriano: el ex vicepresidente Lenin Moreno, quien está decidido a sacar de los reclusorios a todos los niños que cumplen condenas injustas junto a sus madres encarceladas.

[40] RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993. Pág. 96

“Por ello, impulsa, desde el 2007, el programa "Ecuador sin niños en las cárceles", para fortalecer el sistema de rehabilitación social”[42].

A pesar de existir este programa no se ha logrado erradicar este problema que afecta la integridad de los niños y adolescentes que tienen a sus madres en las cárceles y en muchos caos habitan con ellas.

El ex vicepresidente Lenin Moreno explica que el proyecto tiene como fin garantizar la atención integral de los menores de edad, hijos de padres y madres privados de su libertad, y anunció que su país erradicaría definitivamente esa aberrante costumbre de tener niños viviendo con sus progenitores en las cárceles.

“El programa, que lleva dos años en vigencia, logró rescatar de las penitenciarías a 818 niños mayores de 3 años, quienes fueron reubicados en ambientes acogedores y seguros, en donde se prioriza la atención familiar”[43].

Adicionalmente, Moreno entregó a la administración del Centro de Rehabilitación Femenino de Quito una moderna Unidad de Desarrollo Infantil, que acoge a niños y niñas menores de tres años, que por su tierna edad no pueden ser separados de sus madres, porque requieren estar rodeados de un ambiente que garantice su sano desarrollo. Moreno pidió a las personas detenidas que no

[42] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009. http://spanish.peopledaily.com.cn/32001/98970/98973/6819048.html.
[43] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.

pierdan la alegría y dijo que no descansará hasta que las cárceles estén libres de niños.

“Este programa cuenta con un financiamiento de 1,6 millones de dólares, para la reinserción de los menores en las casas de sus familias directas, con familias sustitutas o en casas-hogares. La mayoría de niños no ha visto nunca un perro, una paloma, una calle, un coche, una tienda, una barba, un viejo. Están sanos y gorditos. Tienen mejor alimentación, casa, calefacción y ropa que en su casa. Ellos no notan la cárcel. Sus madres, sí”[44].

Las cárceles ecuatorianas están diseñadas para presos, no para niños. Cemento, rejas, sistemas patentes de vigilancia y aún espacios íntimos. Por lo tanto, ya es hora que el Estado, la Sociedad, familia y Universidades se preocupen por este problema jurídico social.

Los niños no ven trabajar a sus madres en tareas cotidianas. "Las reclusas están en un búnker blindado, donde pueden ver sin ser vistas, con grandes dificultades físicas para comunicarse con las "carceleras", asegura Madeleine Chauvet, presidenta de la fundación Ático, una voluntaria que trabaja desde hace 21 años con la población reclusa”[45].

[44] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.
[45] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.

Pese de existir organismos que se preocupan por el bienestar de las mujeres privadas de su libertad y que habitan con sus niños, el Estado y el Ministerio de justicia y derechos Humanos no ha hecho nada en concreto para que se garantice el derecho de convivencia familiar entre los niños con sus madres privadas de la libertad.

El psicólogo del centro de desarrollo infantil, Fernando Álvarez, afirma “que la cárcel aplasta a los más pequeños, y asegura que la vida de estos niños está ordenada de acuerdo con una "rígida disciplina" a causa de las limitaciones horarias y del lógico control sobre sus madres”[46].

El régimen carcelario según este profesional de la salud, no recomienda que se encierren a niños con sus madres en las cárceles, porque a largo plazo resultan afectados emocionalmente.

Otro de los problemas de estos niños es la ausencia de una referencia masculina en su entorno, ocupado casi en su totalidad por mujeres.

"Las relaciones con el padre se limitan, en el mejor de los casos, a visitas esporádicas. Los únicos hombres que ven son el médico y el cura. Lo mismo puede decirse del resto de la familia. Sólo son figuras de las que se tienen referencias verbales y alguna relación puntual"[47].

---

[46] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.
[47] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.

Sostiene que, independientemente de las actitudes de la madre y de las personas encargadas de su educación, el entorno de la prisión limita las posibilidades de desarrollo de los niños.

"El ambiente es monótono desde el punto de vista sensorial: el color, los objetos, los sonidos, los olores, cubren una gama muy reducida. No hay plantas, ni animales", "Aunque los menores de edad vivan junto a sus madres y ellas se esmeren en trabajar para atender sus necesidades no es suficiente para su desarrollo intelectual"[48].

El experto indica que es necesario que la sociedad sepa que el hijo de una presa tiene los mismos derechos que el de una mujer que libre. El funcionario cree que el proyecto "Niños Libres" que impulsa el gobierno es positivo porque permite que los niños no sufran ni tengan la vivencia con las madres reclusas por la conflictividad que ellas llevan dentro del reclusorio.

"Es deprimente ver como los niños que viven en las cárceles junto a sus madres pagan condenas ajenas, a veces crueles. Afirmó que el proyecto "Niños libres" pretende que los infantes crezcan en un ambiente sano y familiar. Sostiene que desde el año pasado unos 400 niños han sido reubicados en "hogares sustitutos", aunque en la cárcel de mujeres de Quito todavía quedan 27 menores. Según Yaranga, la atención a los hijos de las presas es un mandato

[48] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.

constitucional, y por esa razón se creó un Centro de Desarrollo Infantil, CDI. Dijo que curiosamente la permanencia de los niños en el CDI ha reducido los índices de violencia entre las internas. Anteriormente, con el hacinamiento que existía en la cárcel, la presencia de niños generaba violencia porque se peleaban y sus madres por defenderlos también se enfrascaban en grescas violentas"[49].

Según este diario unas 400 madres cumplen condena en el Centro de Rehabilitación Femenino de Quito, condenas por delitos, en su mayoría, por tráfico de drogas, robo agravado y hasta asesinato.

“La Fundación Ático que atiende en el reclusorio de mujeres de Quito, dice que el proyecto "Niños libres" busca que los menores, cualquiera que sea la condición legal de sus padres, crezcan en un ambiente sano y familiar. Este plan otorga una beca de 100 dólares mensuales para la educación, salud y alimentación de los pequeños. Pero la beca no se entrega en dinero en efectivo, sino en alimentos, útiles escolares, utensilios de aseo, frazadas que garanticen el calor a los niños”[50].

Lo que se pretende es mostrar a los niños un mundo diferente, lleno de valores, de cariño, de amor y, sobre todo, libre de delincuencia porque es a lo que han

[49] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.
[50] Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009.

estado acostumbrados junto a sus madres presas, sin embargo no se ha conseguido todavía en Ecuador.

Muchas madres reclusas, tal vez por el sentido de pertenencia, por resentimiento, o porque simplemente no quieren, son renuentes a enviarlos a la guardería y no entienden que sus hijos -de hecho- están mejor cuidados con ellas, que junto a sus madres en las celdas de cuatro metros cuadrados, que comparten con otras reclusas. La agresividad que se manifiesta en los niños se debe al entorno en el que se desarrollan junto a sus madres biológicas. Los niños son muy agresivos y se insultan mucho pero al mismo tiempo están ansiosos de que alguien les brinde cariño.

4.2.4. Rehabilitación de las Mujeres Privadas de la Libertad.

La separación entre madres privadas de la libertad y sus hijos genera una crisis que permite a los miembros de la familia una nueva organización que conlleva a una ruptura de la familia.

La realidad carcelaria de la separación de la madre privada de la libertad y su hijo es un hecho que se da con mayor frecuencia en el Ecuador dese el año 2007, donde menores de tres años de edad fueron reubicados en ambientes acogedores y seguros.

Es decir, los niños o niñas hasta los tres años de edad legalmente pueden permanecer junto a sus madres en los centros de privación de libertad femenino. Aunque esta no es una realidad para todas las mujeres privadas de su libertad, es evidente que el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas o hijos que superan los cuatro años de edad o que por diversas razones no permanecen junto con su madre en el establecimiento penitenciario.

El sistema penitenciario tiene una estrecha relación con la seguridad ciudadana, pues la rehabilitación de los reclusos constituye el último peldaño de un ciudadano que cometió un delito.

"La rehabilitación es la acción o el efecto de habilitar de nuevo o rehabilitar su estado sociocultural y psíquico social a una persona o a un interno, que total o parcialmente ha perdido lo que disponía antes de ser sometido a pena privativa de libertad"[51].

El infractor puede rehabilitar su buen nombre y su conducta delictiva mediante condiciones que posibiliten en forma efectiva el tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación tanto moral como social, para ello debe implementarse un tratamiento individualizado estableciendo programas de rehabilitación en la comunidad, con igual trabajo solo así estos componentes

[51] RAMOS SUYO, Juan Abrahán. Derecho de Ejecución Penal y Ciencia Penitenciaria. Editorial San Marcos. Lima Perú. 2009. Pág. 57

serán consolidados bajo un departamento de Corrección y Reinserción a la sociedad. Esto debe darse con el principio de oportunidades y generado por el principio de legalidad.

Para el tratadista Héctor González Salinas, señala: “En el Estado de Derecho el principio de legalidad fue producto fundamental puesto que la única fuente del Derecho Penal es la ley, el principio de legalidad es parte de las conquistas obtenidas por la revolución Francesa. El principio constituye un principio superior y justo dentro del derecho penal cuya función es la de garantizar el respeto de los derechos del ciudadano y si se impulse el principio de oportunidad también estará garantizado los derechos del ser humano por cuanto nuestro Estado Ecuatoriano es un Estado Constitucional de derechos y justicia social”[52].

Entonces el infractor puede rehabilitarse exitosamente con programas efectivos de reinserción social como lo es el de los trabajos Comunitarios o Agrícolas puesto que es una forma de inculcar el principio del trabajo y mejor aún la satisfacción de generar ingresos por la vía licita. Las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, en torno a la Rehabilitación, se constituyen en el límite positivo que la conciencia jurídica pretende imponer a quienes rigen el control social, y digo pretenden, porque para quienes están a cargo de su aplicación es muy fácil vulnerar este principio constitucional.

[52] GONZALEZ SALINAS, Héctor: "Las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos"; Rev. Criminaría de la Academia Mexicana, Pag.236.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 1, establece; “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”[53].

Este artículo quiere decir que el Ecuador es considerado Estado Constitucional de derechos porque la norma suprema prevalece sobre las demás disposiciones internas y externas. Las normas prescritas en la Constitución de la República son de directa e inmediata aplicación, y en caso de existir contradicciones jurídicas prevalecen las normas constitucionales sobre las demás. Por esto todas las dependencias públicas y privadas deben de acoger estas normativas constitucionales y aplicarlas correctamente.

El numeral 1 del Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, determina:

[53] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, Art. 1

“Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”[54]

El Estado no solamente garantiza en abstracto los derechos a todos los sujetos sino su efectivo goce; es decir, el Estado garantiza tanto el derecho de acción como la acción procesal porque solamente a través de esta es posible su efectivo goce. Todos tenemos derecho a la protección del Estado y, para que sea efectiva, necesariamente, debe crearse la respectiva acción procesal porque, de lo contrario, la protección quedaría en simple letra muerta; es a través de las acciones procesales que los derechos de los individuos adquieren eficacia y realidad plenas.

La Constitución en el Art. 11 establece “el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, estas autoridades garantizaran su cumplimento. 2.- Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. 3.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 3 núm. 1

derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”[55].

Esta disposición enmarca los derechos constitucionales en general, que tenemos todos los habitantes de este país y la forma como se los debe aplicar y ejecutar para que no existan violaciones en su ordenamiento.

Es deber fundamental del Estado, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, esto debido que la existencia actual de los derechos humanos es el resultado de las luchas que han dado distintos grupos y sectores en diferentes periodos, con el objetivo de lograr una vida más digna para el ser humano.

La Constitución en el Art. 32 establece; “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre de los

[55] CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Art. 11.

cuales, los derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”[56].

La salud en todas sus manifestaciones está garantizada en la Ley Suprema, por lo tanto, el Estado a través de sus Instituciones Públicas y semipúblicas y por Mandato Legislativo obliga a las Instituciones Privadas a prestar servicio de salud inmediato en caso de emergencia médica

Según el Art. 44 de la Constitución; “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al

[56] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 32.

principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”[57].

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

El Art. 45 de la Ley Suprema sostiene; “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición…”[58].

El Estado debe garantizar la integridad personal del niño esto es la su estado emocional, su integridad física, y la integridad sexual. El derecho a la salud, es un derecho primordial que debe ser efectivizado pro el Estado, la familia y la sociedad.

[57] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 44.
[58] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 45.

El Art. 46 de la Constitución establece que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: *8.- "*Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad"[59].

Los derechos de hijas o hijos que permanecen o no, junto a su madre en la cárcel también sufren consecuencias negativas. Diversos estudios han señalado que las hijas e hijos de mujeres reclusas experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros.

El Art. 51 de la Constitución reconoce a las personas privadas de la libertad el derecho: 6.- "Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7.- Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia, sin embargo, estos derechos de las personas privadas de su libertad no han sido cumplidos por parte del Estado"[60].

Los derechos de los niños son de todas las personas que tienen menos de dieciocho años. No importa su raza, su color o su religión; no importa en qué país

[59] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 46.
[60] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 51.

vivan, ni con quién vivan; no importa si son pobres o ricos; no importa en qué idioma hablen o en qué religión crean. No importa que sean hombres o mujeres ni cómo sea su familia, deben respetarse sus derechos humanos.

En el Art. 66 de la Ley Suprema en estudio señala que el Estado garantizará; "el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición. El derecho a la integridad personal, que incluye, la integridad física, psíquica, moral y sexual"[61].

Si bien la Constitución de la República trata de regular el comportamiento de las personas de la sociedad ecuatoriana, a través del régimen del buen vivir, por lo tanto, es deber del Estado tratar que todos sus habitantes alcancen el bien común; que gocen de una excelente salud, que se respete su integridad personal; especialmente la integridad psíquica, de las personas privadas de su libertad o internadas con decreto judicial en los Centros de Rehabilitación Social.

La Constitución de la República del Ecuador al referirse al régimen penitenciario en el Art. 201 señala; "El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos"[62].

---

[61] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 66.
[62] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 201.

Esta disposición legal solo hace mención de la rehabilitación de las personas sentenciadas o privadas de su libertad por el cometimiento de un delito. Toda persona que se encuentran en los Centros Carcelarios, aun por su condición de delincuente, deben ser respetados sus derechos, sin sufrir discriminación alguna, tortura o aislamiento, siendo necesario, garantizar su salud mental con tratamientos de rehabilitación.

El Art. 424 de la Constitución determina: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"[63].

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. En el caso de mi tesis la Constitución está por encima del Código Orgánico Integral Penal y Código de la Niñez y Adolescencia,

[63] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 424

por lo que debe existir armonía en relación al principio del interés superior del niño, en los caso que se encuentre viviendo con sus madres privadas de la libertad en los centros carcelarios.

4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia define; "Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. En caso de duda sobre la edad de una persona, este Código señala que se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y, que es adolescente antes que mayor de edad. Todo esto con el fin de protegerlo de responsabilidades jurídicas que se deriven de sus actos, contratos y hechos ilícitos"[64].

El sector más vulnerable de la sociedad es la población infantil, indudablemente que la crisis económica ecuatoriana da lugar a problemas familiares, es así que aquellos niños de nuestro país que son sujeto de desprotección y abandono, sienten la necesidad de tomar una decisión prematura de trabajar para sobrevivir como también de ayudar a sus padres.

El principio de la Unidad Familiar.- "Consagra el rol de la familia como medio indispensable para garantizar el desarrollo integral del niño; pues ello permite la

[64] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2016.- Art. 4

satisfacción de sus necesidades emocionales, psicológicas, económicas y sociales.

Este principio señala la importancia natural de la familia como núcleo de bienestar del niño, sin injerencias extrañas en el seno familiar, salvo en los casos de maltrato, donde la autoridad tiene que intervenir en auxilio del niño y como último recurso de protección sea retirarle del seno familiar para colocarlo en un lugar que no corra peligro.

Al respecto el Código de la Niñez y la Adolescencia establece que: "La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos"[65].

Es decir la Ley consagra a la familia como el espacio natural y necesario para el desarrollo integral del niño; mediante la responsabilidad compartida del padre y la madre de brindar: respeto, protección y cuidado a los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

[65] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 9

El Principio de igualdad y no discriminación.- **"**Es la consideración de que todos los niños son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares"[66]

Por lo tanto este principio garantiza la aplicación del derecho a todos los niños sin ninguna discriminación y en igualdad de condiciones. Nuestra legislación reconoce y garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidades indígenas y afro-ecuatorianos, a desarrollarse de acuerdo a su cultura y en un marco de interculturalidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador.

El principio de igualdad y no discriminación concierne y guarda relación con el principio universal de igualdad ante la ley en este caso en particular se refiere y estoy plenamente de acuerdo en que todos los niños no tienen que ser discriminados desde su nacimiento por razones de color, origen social, idioma etnia, sexo, situación económica, discapacidad, etc.

El principio de corresponsabilidad de la sociedad, la familia, y el Estado.- **"**Obliga al respeto y garantía absoluta de los derechos del niño por parte de la sociedad,

[66] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 6

el Estado y la familia, quienes son corresponsables de la efectivización de los derechos y por lo tanto están obligados a adoptar mecanismos y herramientas para su defensa tanto en el plano legislativo a través de las leyes, ejecutivo a través de políticas estatales, y judicial mediante resoluciones justas y oportunas, dentro de sus respectivos ámbitos, están obligados a adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes; conforme lo dispuesto en la ley: Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna”[67].

Hablar de corresponsabilidad para el fiel cumplimiento de los Derechos de los menores nos estamos refiriendo a los entes que tiene que coadyuvar al pleno cumplimiento de las políticas estatales y de los cuerpos legales que están vigencia, siendo esta obligación eminentemente exclusiva y de absoluta responsabilidad del Estado, pero sin embargo la sociedad, y la familia juegan un

[67] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 8

rol importante al momento de la realización y hacer efectivas las garantías Constitucionales de los niños, pues estos entes tienen que aportar mecanismos y herramientas en pro de los derechos de este grupo vulnerable de la sociedad mediante medidas de carácter política, administrativa, económica, etc; lograra la plena realización de la vigencia al menos de las garantías que se puedan cumplir, tratando de luchar en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño.- **"**Recalca la titularidad del derecho del niño desde que nace hasta cuando alcanza su madurez: lo que permite el ejercicio progresivo de sus derechos de acuerdo a su edad, al principio guiado por sus padres, luego por sus maestros y luego por la sociedad; como lo dispone la ley cuando: El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código"[68.]

[68] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 13

Estos principios se encuentran consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y aseguran el pleno ejercicio de los derechos en donde prima el interés superior del niño, de tal manera: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”[69].

Para el cumplimiento de estos principios y garantías, todas las instituciones públicas o privadas y la administración de justicia deben guiar sus actuaciones, resoluciones en estricta aplicación de los principios y derechos de los niños, niñas y adolescentes, priorizando la equidad, la legalidad, la independencia, la gratuidad, la celeridad y eficiencia en observancia siempre del debido proceso.

[69] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 44

El Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina el Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando; “los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores”[70].

Esta disposición, debe garantizarse en nuestro Estado Constitucional de Derechos que nos encontramos inmersos, sin embargo los niños y adolescentes están siendo vulnerados en su derecho a la integridad personal, siendo afectados al tener que convive con su madre que se encuentra privada de la libertad.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 67, define al maltrato “toda conducta, de acción u omisión, que provoque o pueda provocar daño a la integridad o salud física, psicológica o sexual de un niño, niña o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus progenitores, otros parientes, educadores y personas a cargo de cuidado”[71].

[70] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 56.
[71] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley Cit. Art. 67.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Sin embargo, al ser expuesto a un ambiente penitenciario al igual con su madre, esto lesiona su integridad emocional y principalmente el interés superior del niño.

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal.

El Art. 4 del presente Código establece: **"**Dignidad humana y titularidad de derechos.- Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales"[72].

Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento.

En el Art. 12 establece: "Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. 1. Integridad: la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual. 13. Relaciones familiares y sociales: la persona privada de libertad tiene derecho a mantener su

[72] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2016. Art. 4

vínculo familiar y social. Deberá estar ubicada en centros de privación de libertad cercanos a su familia, a menos que manifieste su voluntad contraria o que, por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural”[73].

Esta norma penal claramente protege la integridad personas de las personas privadas de la libertad; así como a mantener la relación familiar con los demás integrantes de su familia; pero la realidad es otra, porque nos e cumple a cabalidad.

El Art. 58 del citado Código presenta la Clasificación.- “Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código.

Más adelante en el Art. 59 del mismo Código encontramos; Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.

La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión”[74].

---

[73] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 12.
[74] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Ley. Cit. Art. 59.

En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

El Art. 60 del Código en estudio, establece.- “Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.

7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia”[75].

Como se observa en esta disposición contempla como pena no privativa de libertad la prohibición de salir del domicilio, que vendría hacer un arresto domiciliario, que debería aplicarse en todos los caso a las mujeres que tengan a su cuidados hijos menores de edad, con la finalidad que se relacionen y ejerzan el derecho a la convivencia familiar y social.

El Art. 66.- “Prohibición de salir del domicilio o lugar determinado.- Esta prohibición obliga a la persona sentenciada a permanecer en su domicilio o en lugar determinado, bajo las condiciones impuestas en sentencia por la o el juzgador”[76].

[75] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Ley Cit. Art. 60.
[76] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Ley Cit. Art. 66.

Esta pena sería como un arresto dentro del domicilio o lugar donde el Juez señale en la sentencia para las medres con hijos para que cuiden y brinde su afecto en un hogar acogedor y no en celdas conforme lo vienen haciendo las reclusas con hijos.

El Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal se refiere: "Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica"[77].

Con estas medidas cautelares de carácter personal permitiríamos que las madres condenadas al cumplimiento de una pena, la cumplan en su domicilio en unión con sus hijos menores de edad y evitar que las cárceles del Ecuador sean centros infantiles donde se vulnera la dignidad humana de los niños que están bajo el cuidado de sus madres reclusas.

El Art. 682 del Código Orgánico Integral Penal.- "Separación.- En los centros de privación de libertad, las personas estarán separadas de la siguiente manera: 1.

[77] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 525.

Las sentenciadas a penas privativas de libertad, de las que tienen medida cautelar o apremio personal. 2. **Las mujeres de los hombres**…[78].

Para la ejecución de las sentencias condenatorias de las mujeres sentencias existen los centros de privación de libertad para mujeres. Esta disposición solo menciona de la separación por sexo de las personas que van a cumplir una pena, y no mencionan de los hijos de las reclusas que habitan con ellas.

El Art. 688 determina: "El Organismo Técnico es responsable de la administración, ejecución y verificación de las medidas y penas no privativas de libertad. Además coordinará con las distintas entidades del sector público"[79].

Esta norma legal permitiría el seguimiento y control, en caso de darse, de las reclusas que cumplan la pena con arresto domiciliario cuidando sus hijos menores de edad. Bajo este control se puede solucionar el problema del arresto a las madres con hijos que cumplan en su domicilio, con la finalidad de garantizar la integridad personas de los menores de edad.

Para el cumplimiento de las fases del modelo de atención integral a personas privadas de libertad, se contará con los recursos humanos, la infraestructura y los equipos necesarios para su correcto funcionamiento.

[78] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 56.
[79] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 688.

Al analizar la Disposición Transitoria Décimo Cuarta, encontramos que el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en el plazo de ciento cincuenta días contados desde la publicación de este Código en el Registro Oficial, dictará y aprobará la reglamentación correspondiente para que las o los *niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad sean reubicados* en establecimientos adecuados a sus derechos o bajo el cuidado de un familiar cercano, garantizando el contacto permanente con sus progenitores privados de libertad.

El Art. 861 del Código Orgánico Integral Penal establece el derecho a las relaciones familiares y sociales; "Toda persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social, por lo tanto, deben estar ubicadas en centros de privación de libertad situados cerca de su familia, a menos que la persona manifieste su voluntad contraria o que por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en centros de privación de libertad situados en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural.

La administración penitenciaria garantizará que la persona privada de libertad preserve, fortalezca o restablezca sus relaciones familiares y sociales externas”[80].

Las personas que tengan el cuidado de las niñas y niños podrán mantener consigo a las hijas o hijos que no hubieren cumplido los tres años de edad, previo diagnóstico del Ministerio rector en materia de justicia y derechos humanos. En los establecimientos donde hubiere niñas y niños en estas condiciones, se crearán y mantendrán locales especializados para la crianza de ellos.

Después de que la niña o niño hubiere cumplido los tres años de edad, su permanencia futura en el exterior será determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En los casos de riesgo a la salud, a la integridad física, psicológica, sexual o reproductiva, o a la vida de la niña o niño, el Ministerio rector en materia de justicia y derechos humanos, comunicará al Juez de la Niñez y Adolescencia.

[80] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Ley Cit. Art. 861.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina.

Esta legislación respecto al arresto domiciliario de las mujeres privadas de la libertad con sus hijos, señala:

Alternativas para situaciones especiales, Prisión domiciliaria:

Artículo 32. — "El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) Al interno mayor de setenta (70) años;

e) A la mujer embarazada;

f) **A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo**"[81].

Esta legislación de ejecución de penas de Argentina contiene en su arresto domiciliarios sea aplicada a las mujeres cunado tengan a su cuidado hijos menores de cinco años. Situación contraria en Ecuador porque no se permite.

La legislación Argentina entró en vigencia el 20 de enero de 2008, que estableció la procedencia del arresto domiciliario para las mujeres embarazadas o que tengan hijas o hijos menores de 5 años a su cargo, entre otros supuestos. Esta modificación respondió al fin explícito de adecuar el régimen de detención domiciliaria a la normativa constitucional.

Para ello, se consideró, entre otros motivos, la tutela especial brindada a las mujeres embarazadas, y la importancia del vínculo materno infantil en los primeros años de vida. El encierro carcelario, cuando ello trae aparejado la vulneración de otros derechos fundamentales de niños y niñas, a quienes deben garantizarles y respetarles todos sus derechos, en especial el interés superior del niño.

[81] Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina. Art. 32.

Los estándares de derechos humanos son aplicables para generar una mayor utilización del arresto domiciliario y de otras medidas alternativas para la protección de los derechos de las mujeres privadas de libertad, de sus hijas o hijos y de su grupo familiar.

Consecuencias directas del encierro para las madres y los hijos, el encierro de las mujeres tiene un impacto diferenciado y directo no sólo sobre las mujeres, sino también sobre su grupo familiar, y en particular, sobre las hijas o hijos menores de edad a su cargo, cuyos derechos deben ser salvaguardados.

Las deterioradas condiciones de las cárceles y el nivel de ansiedad y angustia que provoca el encierro pueden afectar la salud física y emocional de las mujeres embarazadas y de sus hijas e hijos.

Las niñas y niños que viven junto a sus madres en los establecimientos penitenciarios pueden mantener el vínculo maternal, pero a costo de vivir en un ámbito carcelario y de interrumpir la convivencia o el contacto cotidiano con el resto del grupo familiar. Además, cuando cumplen los 4 años deben abandonar la cárcel y, si no hay ningún familiar o persona de confianza que pueda asumir su cuidado, son derivados a familias sustitutas, con las duras consecuencias que implica el desarraigo familiar.

Los derechos de hijas o hijos que no permanecen junto a su madre en la cárcel también sufren consecuencias negativas. Diversos estudios han señalado que

las hijas e hijos de mujeres reclusas experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros.

Esta pena no privativa de libertad está acorde y pretende garantizar derechos de las madres y sus hijos en el cumplimiento de una pena; por lo tanto Ecuador, debe considera esta posibilidad para aplicar el arrestos domiciliario a las reclusas que tengan hijos, ya sean nacionales o extranjeras. Es aquí donde el Estado Ecuatoriano debe enfocar su política social para garantizar la integración afectiva familiar de los menores e de edad y garantizar su interés superior.

4.4.2. Código de Ejecución Penal de la República del Perú.

La legislación peruana ha estipulado establecimientos especiales para las reclusas con hijos.

Artículo 81.- "En los Establecimientos Penitenciarios para mujeres o en los sectores destinados a ellas, existe un ambiente dotado de material de obstetricia y ginecología.

En los Establecimientos Especiales para madres con hijos, existe un ambiente y materiales necesarios para la atención infantil"[82].

[82] Código de Ejecución Penal de la República del Perú. Art. 81.

Esta legislación garantiza la permanencia de las madres con hijos, adecuando centros asistenciales para su desarrollo emocional y relación afecto familiar con su niño, con la finalidad que no se proyecte una prisión que pueda darse cuenta el niño.

Artículo 103.- "Los hijos menores llevados al Establecimiento Penitenciario por la interna, podrán permanecer hasta los tres años de edad, previa investigación de la asistencia social, y deben ser atendidos en una guardería infantil. Provisionalmente, pueden permanecer en el Establecimiento Penitenciario, en ambientes separados. Cuando el menor sobrepasa la edad referida, su permanencia futura en el exterior es determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En caso de peligro moral, la asistencia social coordina con el Juez de Menores"[83].

Así mismo al permitir esta legislación que las madres críen a sus hijos, le permiten que durante los tres primeros años, le brinden todo ese afecto maternal, sin embargo, al separarlos posteriormente se continua la vulneración del interés superior del menor por que debe el Estado entregar la menor a un familiar para su cuidado. El niño durante su infancia requiere de la atención y cuidado diario de su madre, por lo tanto, debe seguir junto a ella, pero con en hogares.

[83] Código de Ejecución Penal de la República del Perú. Art. 107.

En relación a los establecimientos de mujeres están a cargo de personal femenino. También se ha regulado la situación de los menores que conviven con sus madres dentro del establecimiento, teniendo como principio fundamental la protección del menor y lo que mejor convenga a sus intereses. La regla general es que los menores podrán permanecer hasta los tres años de edad y deben ser atendidos en una guardería infantil. Esta norma no restringe el ejercicio de la patria potestad de los padres del menor ni la jurisdicción del Juez de menores. Sin embargo, pasados los tres años, los menores serán entregados a otros familiares y si no cuentan con familiares por ser extranjeras, los niños o niñas son entregados en albergues. Esta situación no sucede en Ecuador, no existe límite de edad para que las internas puedan criar a sus hijos en los centros de privación de libertad.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Tratados e Instrumentos Internacionales, Código de la Niñez y Adolescencia, Código Orgánico Integral Penal. Diccionarios Jurídicos como: Cabanellas Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, para constitución de marco doctrinario y conceptual, analice las opiniones de Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Chanamé Orbe, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. Principios de protección de los derechos del niño; por otra parte el internet que permitió el avance de la legislación comparada en la dirección como: www.sítiosjurídicos.com, www.google académico.

De igual manera pude utilizar material de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, tinta, cartuchos para impresoras, fichas bibliográficas y nemotécnicas elaboradas; todo este material, me ha servido de mucho para estructurar el informe final de Tesis.

5.1. Métodos.

En el proceso de investigación socio-jurídico, se aplicó el método científico, como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. La concreción del método científico hipotético-deductivo me permitió seguir el camino en la investigación socio-jurídica propuesta; pues,

partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar el cumplimiento de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implicó determinar el tipo de investigación jurídica que realicé; como lo fue una investigación socio-jurídica, que concreté en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; de modo concreto procuré establecer el nexo existente entre la inobservancia de la Constitución al no garantizar la reinserción social de las mujeres internas que se encuentran con sus hijos menores de edad en los Centros de Rehabilitación Social del Ecuador sin recibir tratamiento especializado alguno y los efectos socio-jurídicos de la misma.

5.2. Métodos.-

Significa “camino hacia algo”, es el procedimiento o conjunto de procedimientos y de medios ordenados racionalmente para la demostración de la verdad o la obtención de resultados.

Los métodos más apropiados y conocidos son: deductivo, inductivo, dialéctico, histórico, analítico, sintético, comparativo, histórico, exegético; los mismos que

no son excluyentes en una investigación, esto es que pueden ser utilizados o combinados según el problema y los objetivos de la investigación.

El **método exegético** o análisis del Derecho. Exégesis; viene del griego exegemai, guiar, exponer, explicar, explicación o interpretación. Se asemeja a la **hermenéutica jurídica** de los textos normativos, esto es de disposiciones jurídicas, como fueron analizadas de la Constitución de la República, Código de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico Integral Penal.

Método deductivo, proviene de la palabra deducción proveniente del latín dedictio, significa “sacar consecuencias”, por tanto, expresa la relación por medio de la cual una conclusión se obtiene de una o más premisas.

Método de Análisis consiste en una operación que se realiza con el propósito de conocer los principios o elementos del objeto que se investiga, para examinar con detalle un problema.

El análisis y la síntesis son dos actividades inversas entre sí; mientras una va del todo a la parte de lo uno a lo múltiple, la otra se dirige de la parte al todo, de lo múltiple a la unidad.

Método Comparativo.- Es el procedimiento que se realiza con la intención de encontrar semejanzas y diferencias entre dos o más objetos que se analizan, legislación de Argentina y Perú.

Para el desarrollo de la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas utilicé el método estadístico.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

La presente investigación es de tipo generativa, para la recopilación de información recurrí a las técnicas de investigación bibliográfica, documental, descriptiva, participativa y de campo.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliado de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática: treinta encuestas a profesionales de Derecho y cinco entrevistas a los funcionarios públicos como Jueces, y Director del Centro de Privación de Libertad de Loja; Juez de Garantías Penitenciarias; en ambas técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de las Encuestas.

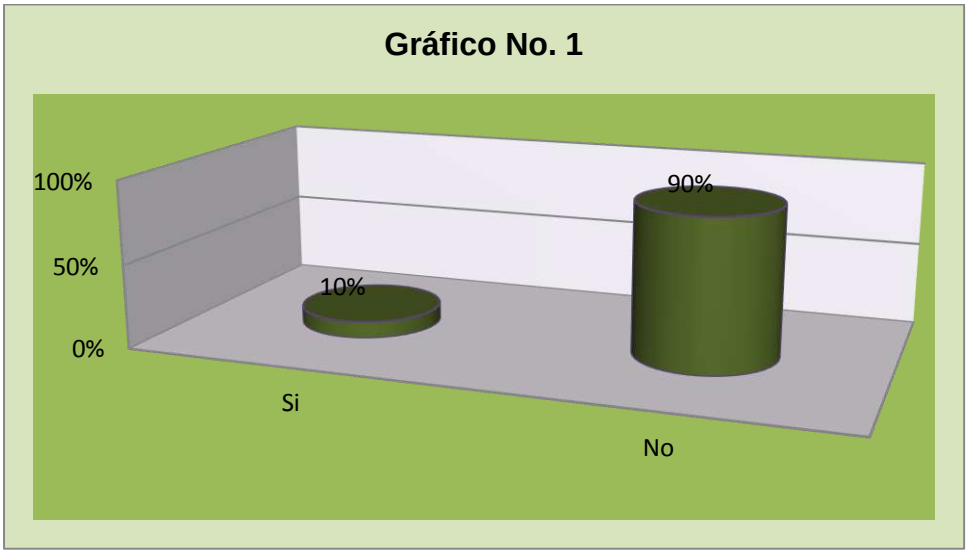
La presente técnica de encuesta fue aplicada en una muestra de treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja conocedores de la problemática, de quienes obtuve los siguientes resultados:

Primera Pregunta: ¿Considera usted, que se cumple con la norma constitucional de protección y asistencia especiales de los niños, cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad?

Cuadro No. 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	03	10%
No	27	90%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.



Interpretación:

En esta interrogante tres encuestados que equivalen al 10%, manifiestan que si existe cumplimiento de la norma constitucional, precisamente del Art. 46 numeral 8 de la Constitución de la República, relacionada a la protección y asistencia especiales de los niños que se encuentran viviendo en las cárceles con sus padres que cumplen una condena, la leyes ecuatoriana si les permite tenerlos ahí. En cambio, veintisiete encuestados que corresponden al 90% de los encuestados indican que no existe la protección y asistencia especial de los menores de edad porque, hasta la presente fecha todavía los menores comparten su hogar en los Centros de Privación de libertad, sin ser reubicados en otros lugares con sus progenitores para que cumplan la pena, evitando el medio carcelario, que afecta a su estado emocional.

Análisis:

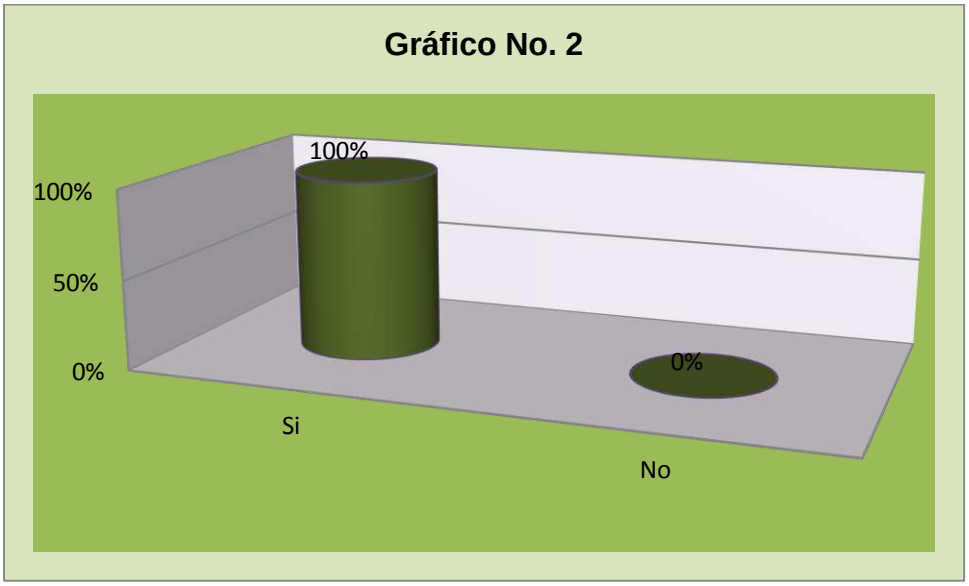
Comparto la opinión de la mayoría porque, pese de existir norma legal que obliga al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, son los encargados de crear la reglamentación correspondiente para que las o los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad sean reubicados en establecimientos adecuados a sus derechos o bajo el cuidado de un familiar cercano, garantizando el contacto permanente con sus progenitores privados de libertad. Mientras tanto deben continuar en la guardería que está dentro del centro carcelario.

Segunda Pregunta: ¿Cree usted que influye en el desarrollo de su personalidad y comportamiento social de los niños el que habiten con sus madres en los centros de privación de libertad?

Cuadro No. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	0%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.



Interpretación:

En esta interrogante los treinta encuestados que equivalen al 100%, señalan que al estar inmersos los niños, niñas en los Centros de Privación de Libertad, se está lesionando el estado emocional de los menores porque van creciendo en un ambiente cerrado, con solo mujeres y Guías Penitenciarios y Policías que brindan seguridad, sin conocer un parque, centro comercial, otras amistades y sentirse libre para disponer en cualquier hora de recrearse. Con el tiempo afecta a su personalidad que probablemente llegará a ser un adolescente infractor, o resentido social. Por eso es la importancia que las madres con hijos en las cárceles sean reubicadas con penas no privativas de la libertad que permite el Código Orgánico Integral Penal.

Análisis:

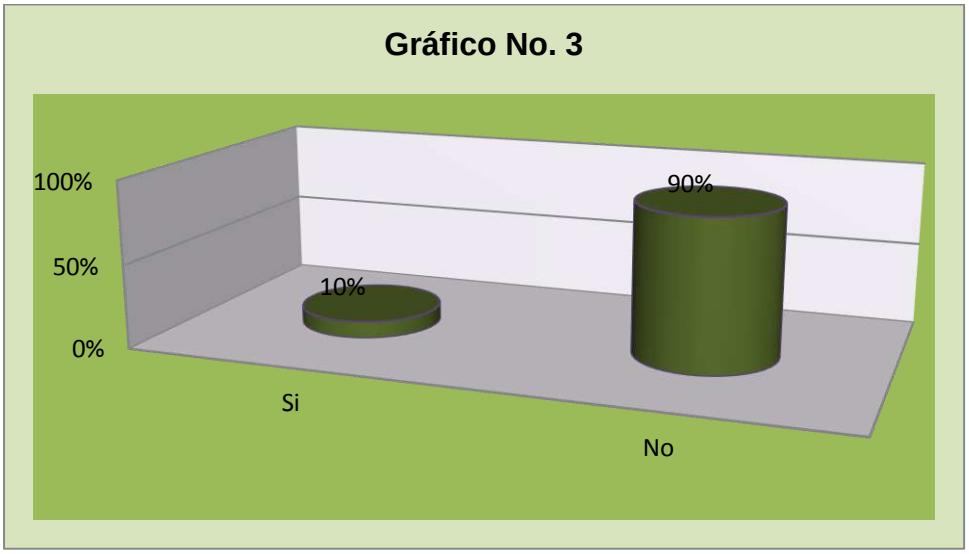
Comparto la opinión de los encuestados porque los niños deben ser tratados como ciudadanos, las madres de los menores que por error cometieron un delito deben ser sancionadas con penas alternativas a libertad conforme manda la Constitución de la República, brindando d esta manera el Estado un cambio en el sistema carcelario de mujeres con hijos. Conocemos que en el desarrollo psicológico de los niños, todo lo que ven aprenden, es decir, si ven a su progenitora pelear con las demás reclusa, también van a imitar en cualquier momento estos actos delictivos; el estar encerrado en cuatro paredes no es conveniente para el desarrollo bio-psico-social del menor de edad, que debe día a día ser tratado por un pediatra, un psicólogo y un sociólogo, para que encarrile su buen comportamiento.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted, que se les brinda protección y asistencia especial para los niños, niñas por parte del Estado, fuera de los Centros de Rehabilitación Social?

Cuadro No. 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	03	10%
No	27	90%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.



Interpretación:

En esta pregunta tres encuestados que equivalen al 10% señalan que el Estado si les brinda protección y asistencia especial para los niños fuera de los Centros de Rehabilitación Social, cuando estos necesitan de emergencia ser atendidos por un médico, solo en estos casos. En cambio, veintisiete de los encuestados que corresponden al 90%, señalan que no reciben por parte del Estado una protección y asistencia especial, en ninguno de sus derechos que la Constitución les garantiza, como educación, salud, alimentación, vestuario, medicinas, tratamientos psiquiátricos o psicológicos.

Análisis:

Comparto la opinión de la mayoría de los encuestados porque en la actualidad los niños se encuentran en los centros carcelarios, sin salir a otras dependencias

fuera del Centros de privación de libertad, a recibir alguna terapia o educación, o tratamiento especializado, no s ele brinda esta atención especializada, por su condición. Más bien se han quedado en el olvido, no hay entidades que se preocupen por ellos.

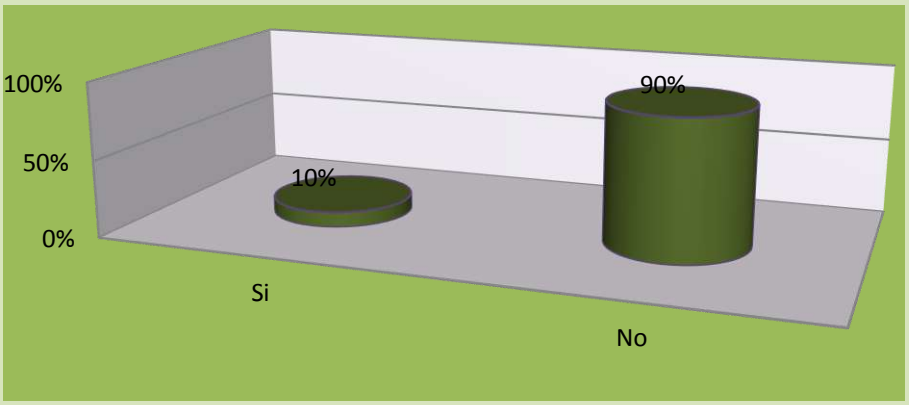
Cuarta Pregunta: ¿Cree usted, que se viene cumpliendo con el derecho de convivencia familiar y social las mujeres privadas de su libertad con sus hijos menores de edad?

Cuadro No. 4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	03	10%
No	27	90%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.

Gráfico No. 4



Interpretación:

En esta interrogante tres encuestados que pertenecen al 10%, responden que si se cumple con la convivencia familiar y social entre madre e hijo dentro de los centros carcelarios, porque le permiten un tiempo para que comparta con ellos momentos de relaciones familiares. Mientras que veintisiete de los encuestados que significan el 90%, manifiestan que no existen tal convivencia familiar y social, porque la madre encerrada en estos Centros, no les puede brindar ese amor de madre que reciben otros niños; porque debe estar vigilante que las demás reclusas no la ataquen en frene de su hijo. Los roses familiares y afectos no son brindados libremente porque al estar inmersa en este problema legal la madre se siente hundida sin tener solución alguna o que alguna institución le apoye; por eso es la importancia que a esta personas se les imponga otra medida cautelar.

Análisis:

Estoy de acuerdo con las respuestas de la mayoría, porque en los centros carcelarios, no puede una madre brindarle el afecto suficiente al menor porque su estado emocional se encuentra destrozado, no está bien emocionalmente, siempre va estar con esa preocupación de recuperar su libertad y de darle un mejor futuro a su hijo, por lo tanto no se estaría cumpliendo con la convivencia y social que prevé el Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia, donde dispone que los niños deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que

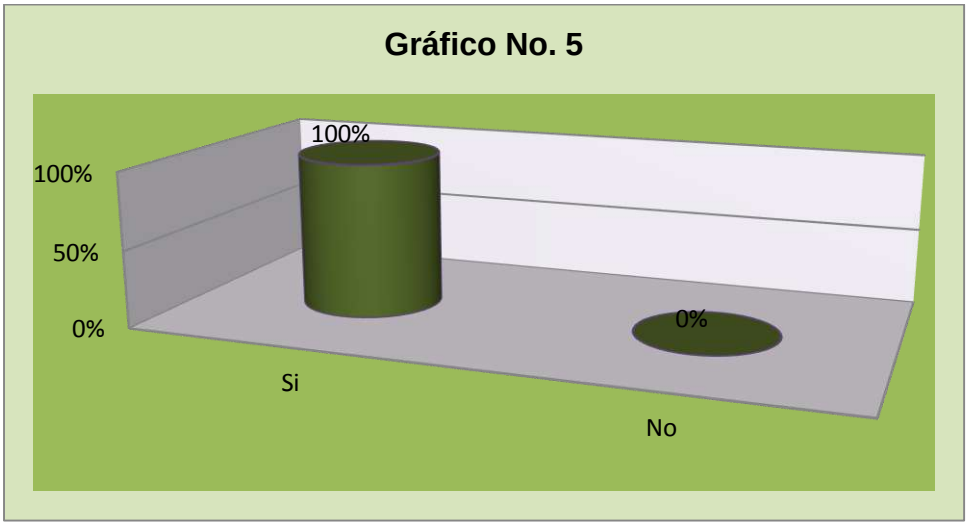
aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores. La madre necesita estar en un ambiente adecuado para poder brindar afectos y amor a sus hijos, conociendo que al estar cumpliendo una pena, pero que el Estado le ayuda a salir adelante y le brinda otra tipo de encierro para que este todo el tiempo con su hijo bajo ciertas condiciones, le haría sentir bien, y proyectarse una visión de continuar su vida y luchar por su hijo.

Quinta Pregunta: ¿Cree usted, que se debe cumplir con el derecho al interés superior del niño que se encuentra con su madre privativa de libertad?

Cuadro No. 5

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	00%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.



Interpretación:

Respecto a esta pregunta los treinta encuestados que significan el 100% sostienen para que se cumpla con el derecho del interés superior del niño, el Estado debe reubicar a las madres con hijos que se encuentran privadas de la libertad, para que cumplan la pena en centros de cuidado a menores con vigilancia policial, o medidas periódicas de presentación ante autoridad competente, lo que se quiere que el menor no sienta el encierro y se desarrolle en una sociedad libre, mientras que la madre cumple su pena no privativa de libertad. El derecho a la dignidad humana está por encima de todas las normas que perjudiquen a los derechos del menor de edad, por esto los menores deben recibir atención por parte del Estado como cualquier niño, una educación, salud, alimentación, vinculación familiar y social.

Análisis:

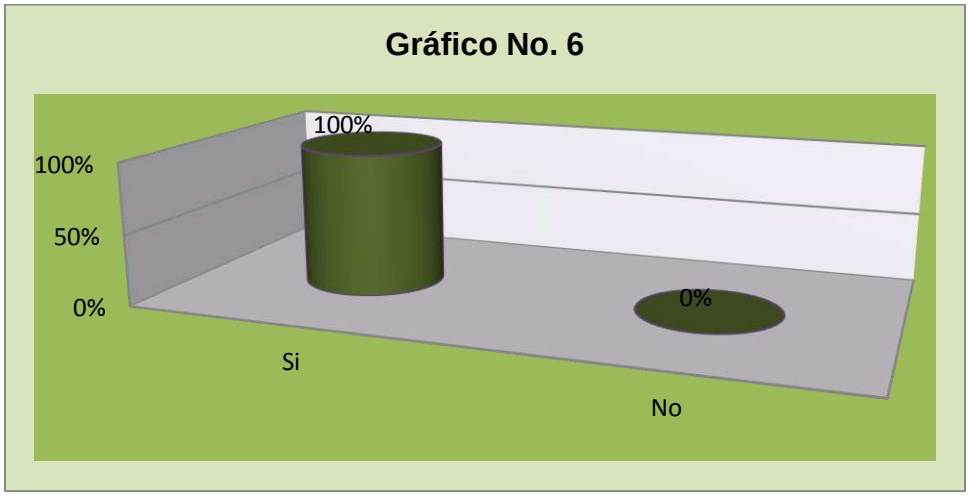
Estoy de acuerdo con la opinión de los encuestados, porque el derecho a la dignidad humana y el principio del interés superior del niño, brindándole toda ayuda, atención y cuidando para su desarrollo integral. El menor de edad necesita en esta edad afecto familiar y vivir en un entorno social normal, no sentirse encerrado como preso durante su minoría de edad, que afectará toda su vida. Es por eso, la importancia del derecho a la dignidad humana que garantiza sus derechos sobre los demás que se opongan o vulneren su integridad personal.

Sexta Pregunta: ¿Aprobaría la elaboración de una propuesta de reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar con el arresto domiciliario a las madres procesadas que tengan a su cargo el cuidado de niños?

Cuadro No. 6

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	00%
Total	**30**	**100%**

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.
Autor: Carlos Xavier Ramírez Namballe.



Interpretación:

En esta interrogante los treinta encuestados que equivalen al 100%, señalan que si apoyan que se elabore una propuesta de reforma legal al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal para garantizar la aplicación de penas no privativas de libertad a las reclusas que habitan en las cárceles con sus hijos, porque están siendo vulnerado y deben ser restituidos garantizándose y aplicándose el interés superior del niño.

Análisis:

Comparto la opinión de los encuestados porque la reforma al Código Orgánico Integral Penal, permitirá que se cumpla con el derecho a la dignidad humana del niño o niña que se encuentra con su madre privada de la libertad en los centros carcelarios del Ecuador; y así se le permita vivir dignamente y desarrollar su

intelecto, fuera de las cárceles con penas no privativas de libertad como la prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

6.2. Resultados de las Entrevistas.

La técnica de entrevistas fue aplicada a una muestra de cinco funcionarios públicos como los jueces y Directores de los Centros de Rehabilitación Social de Loja; Psicólogo, Juez de Garantías Penitenciarios. De estas preguntas obtuve los siguientes resultados:

Primera Pregunta: ¿Cree usted, que la medida cautelar y pena privativa de libertad que se imponen a las madres procesadas, lesiona el derecho a la convivencia familiar y social con sus hijos menores de edad?

Respuestas:

Los cinco entrevistados consideran que al dictárseles a las reclusas con hijos penas privativas de libertad se vulnere el derecho a la dignidad humana y el principio del interés superior del niño, además de la vulneración de los derechos humanos de los niños o niñas que habitan con su progenitora en los centros carcelarios, por cumplimiento de una pena, por poca que sea la estadía, siempre va estar en la mete del menor que estuvo entre rejas y cuatro paredes encerrado con su madre, a quien la insultaban y golpeaban las demás reclusas, y que los Policías todos los días y a cada momento los vigilaban. Estos menores no

comparten juegos con demás niños, en forma libre como cual otro menor fuera de la cárcel, su conocimiento está limitado y desarrollo de su personalidad no desarrolla positivamente, sino con rencor y odio a ciertas personas, sociedad y autoridades. El Estado y los organismos encargados no han contribuido en garantizar los derechos de los niños, para que se sientan en un ambiente familiar y en comunidad; siendo necesario estar fuera de la cárcel cumpliendo la madre una pena no privativa de libertad, que el niño no se entere.

Comentario:

Las opiniones de los entrevistados son interesantes y ayudan a fundamentar mi trabajo de tesis, sin embargo debo argumentar que claramente la normativa del Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina el Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, es decir, en casa comunitarias que alberguen a esta madres como ser un condominio, con campos verdes que permitan al menor de edad desarrollarse libremente; así también, dispone el Código que mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores y demás familiares que puedan visitarles, porque debemos tener presente que también existirían reclusas

extranjeras con hijos cumpliendo su pena, el Estado debe considerar todos estos problemas sociales que el gobierno debe ya empezar a trabajar.

Segunda Pregunta: ¿Podría indicar los efectos socio jurídicos que se generan por la inobservancia del principio del interés superior del niño de la mujeres privadas de libertad?

Respuestas:

En esta pregunta los cinco entrevistados consideran como efectos socio jurídicos generados por la inobservancia del principio de la dignidad humana de los hijos de personas privadas de libertad serian que los niños o niñas, su estado emocional se ve afectado, psicológicamente toda la vida van a recordar esta privación de libertad de su progenitora y sus momentos que pasaron; este encierro puede repercutir en su comportamiento a futuro que sea delictivo; los archivo o documentos de su progenitora algún día los va a conseguir para descubrir lo que paso, lo cual afectaría más a su cambio de comportamiento, más aun en casos que a los años se dicte sentencia confirmando la inocencia de la reclusa, por error judicial, aquí habría un rencor y venganza hacia la sociedad de estas personas; el menor deberá ser tratado periódicamente con psiquiatras y psicólogos para encarrilar su comportamiento habitual. Entre otros efectos es que las hijas e hijos de mujeres reclusas experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o

dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, y hasta violaciones dentro de los centros carcelarios.

Comentario:

Ante las respuestas brindadas por los consultados debo agregar que como otro efecto social, es que va a tener problemas de adaptarse al inicio ante la sociedad y sus problemas; en lo jurídico, pueda que se convierta en un adolescente infractor. Como efecto principal en el menor de edad es que afecta su estado emocional, su integridad psicológica que es el bien jurídico protegido en lo que se refiere a la naturaleza de su forma de ser en la psiquis de todo individuo. Además debemos tener presente que el Art. 44 de la Constitución de la República el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de la dignidad humana y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Además tienen derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Todo esto se pierde en su niñez por estar encerrado el menor de edad.

Tercera Pregunta: ¿Conoce usted, que política ha incrementado el Estado ecuatoriano, para evitar que se extienda el uso del encarcelamiento como sanción para mujeres con niños?

Respuestas:

Los cinco entrevistados responden que en el año 2007 el Estado creo un programa denominado, “Ecuador sin niños en las cárceles”, bajo la representación del Vicepresidente de la República, sin embargo, no se le dio mayor tratamiento; y como sigue en la vice presidencia de la República, se quedó estancado el programa. Por otra parte en el años 2014, al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, ya no menciona de las reclusas con hijos en las cárceles; pero se continúa manteniendo la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, que trata del Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad y su protección que se debe dar dentro de los centros carcelarios. En la actualidad, se continúa vulnerando los derechos de los hijos de las reclusas porque en cada operativo de requisas en los Centro carcelarios lo hacen en horas de la madrugada interrumpiendo cruelmente el descanso de todos los reclusos y de quienes se encuentran en esos lugares.

Comentario:

Los entrevistados dan sus opiniones respecto a la política criminal que el Estado ecuatoriano viene empleando a favor de los hijos de las reclusas que se encuentran privadas de su libertad, sin recibir tratamiento alguno por parte del

Estado, lo único son las guarderías dentro de estos centros, y como política criminal es la reubicación de los internos de una cárcel a otro en otra ciudad, lo que ha conmovido a la colectividad ecuatoriano porque ha existido vulneración de los derechos humanos de los reos.

Cuarta Pregunta: ¿Conoce usted, de la existencia de alguna reglamentación para que los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad?

Respuestas:

Los cinco entrevistados manifiestan que todavía no conocen que se haya dictado alguna norma legal que regule el cuidado de los niños de las reclusas fuera de los centros carcelarios. Las norma Constitucionales y del Código de la Niñez y Adolescencia, porque la norma del Código Orgánico Integral Penal, no hacen referencia nada al tratamiento de los hijos de las reclusas que viven con ellas en la cárcel.

Comentario:

Considero que el Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y las Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia deben insistir en la elaboración de un reglamento tendiente a garantizar el interés superior de los hijos de las reclusas que bien dentro de los centros carcelarios.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En la presente tesis me propuse un objetivo general y tres específicos:

Objetivo General:

Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de las medidas cautelares y penas no privativas de libertad que se imponen a las madres procesadas que tienen a cargo niños.

Este objetivo lo verifico con la revisión de literatura, estructurada de manera lógica en los temas analizados que comprende el Marco Conceptual, en el cual se dan conceptos y definiciones acerca de la temática sobre: los Niños y Adolescentes, Derecho a la Convivencia Familiar, Juez de Garantías Penales, la Pena Privativa de Libertad, Penas no Privativas de libertad, Medidas Cautelares, Arresto Domiciliario; y, Derecho Penitenciario.

En lo que tiene que ver con el Marco Doctrinario, he analizado tendencias sobre: el Estado Constitucional de Derechos, Principio del Interés Superior del Niño, Política Ecuatoriana no más Niños en las Cárceles; y, Rehabilitación de las Mujeres Privadas de la Libertad.

En lo relacionado al Marco Jurídico, he analizado la normativa relacionada a mi tema de tesis que consta en la Constitución de la República del Ecuador; Código de la Niñez y Adolescencia, y, Código Orgánico Integral Penal; así mismo he realizado un estudio comparado entre la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina; y, el Código de Ejecución Penal de la República del Perú.

Objetivos Específicos:

El primer objetivo específico planteado es:

1. ***Demostrar que la medida cautelar y pena privativa de libertad que se imponen a las madres procesadas, lesiona el derecho a la convivencia familiar y social con sus hijos menores de edad.***

Este objetivo lo verifico al aplicar la primera pregunta de las entrevistas en donde los consultados respondieron que al dictárseles a las reclusas con hijos penas privativas de libertad se vulnere el derecho al interés superior del niño, además de la vulneración de los derechos humanos de los niños o niñas que habitan con su progenitora en los centros carcelarios, por cumplimiento de una pena, por poca que sea la estadía, siempre va estar en la mete del menor que estuvo entre rejas y cuatro paredes encerrado con su madre, a quien la insultaban y golpeaban las demás reclusas, y que los Policías todos los días y a cada momento los vigilaban. Estos menores no comparten juegos con demás niños,

en forma libre como cual otro menor fuera de la cárcel, su conocimiento está limitado y desarrollo de su personalidad no desarrolla positivamente, sino con rencor y odio a ciertas personas, sociedad y autoridades. El Estado y los organismos encargados no han contribuido en garantizar los derechos de los niños, para que se sientan en un ambiente familiar y en comunidad; siendo necesario estar fuera de la cárcel cumpliendo la madre una pena no privativa de libertad, que el niño no se entere.

El segundo objetivo específico planteado es:

2. Analizar en la legislación comparada las medidas que se impone a las madres procesadas que conviven con sus hijos menores de edad en los centros de privación de libertad.

Este objetivo lo confirmo con la aplicación del estudio del derecho comparado de Argentina y Perú demuestro que en estos países solo se permite tener a hijos menores de cuatro años, de ahí en adelante deben ser dados en custodia a su familiares para que los cuiden; mientras que la otra legislación le imponen una pena de arresto domiciliario a la madre para que pasen con sus hijos, lo conveniente sería que bajo el régimen de la niñez y adolescencia un organismo se encargue del cuidado y control y cumplimiento de la pena de las progenitoras.

El tercer objetivo planteado es:

3. ***Elaborar una propuesta de reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar con el arresto domiciliario a las madres procesadas que tengan a su cargo el cuidado de niños.***

Este objetivo lo verifico mediante la aplicación de la sexta pregunta de la encuesta, donde los consultados señalan que si apoyan que se elabore una propuesta de reforma legal al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal para garantizar la aplicación de penas no privativas de libertad a las reclusas que habitan en las cárceles con sus hijos, porque están siendo vulnerado y deben ser restituidos garantizándose y aplicándose el derecho al interés superior del niño.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

La presente hipótesis plateada en mi trabajo de investigación es*:*

Las medidas cautelares y penas privativas de libertad que se vienen imponiendo a las madres procesadas está lesionado el derecho a la convivencia familiar y social que tiene los niños y adolescentes al no contar con la presencia de su progenitora que se encuentra privada de la libertad cumpliendo un sentencia condenatoria.

La presente hipótesis planteada ha sido contrastada con el análisis de la dimensión de la literatura, ya sea en el marco conceptual, jurídico y doctrinario,

determino los métodos y técnicas de la ciencia penitenciaria, la, Rehabilitación de la mujer interna, se concluye que el principio del interés superior del niño, que no está reconociéndose al no cumplir la protección de los derechos de los hijos de las reclusas privadas de su libertad en lo concerniente a su reinserción social, lo cual hace que se esté vulnerando los principales derechos, como son la salud integral de los internos en centros carcelarios consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente los considerados elementales e inherentes a todo ser humano; y de conformidad con los resultados obtenidos en la investigación de campo, se establece que la mayoría de los encuestados opinan que no existe la protección y asistencia especial de los menores de edad porque, hasta la presente fecha todavía los menores comparten su hogar en los Centros de Privación de libertad, sin ser reubicados en otros lugares con sus progenitores para que cumplan la pena, evitando el medio carcelario, que afecta a su interés superior.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

En el Ecuador los centros de rehabilitación social han sufrido un permanente abandono estatal cerca de cuatro años pasaron desde que se declaró en emergencia el sistema penitenciario. Así pues se puede palpar el latente desinterés de las instituciones gubernamentales, quienes han desechado la aplicación de una verdadera política penitenciaria, que les permita recuperar el verdadero espacio para los seres humanos que en ellos albergan. En los Centros se Agudiza la violencia, la agresión, el miedo reprimido, se deja de lado todos los valores, se impone la ley del más fuerte y se ha estandarizado la imposición de ideas, trabajo, gestiones, atención de servicios y beneficios.

Los centros carcelarios se han convertido en verdaderas bodegas humanas, donde se profundiza la violación de los derechos humanos de las madres e hijos toda esta transgresión ha llevado a la degradación del ser humano y va perdiendo la capacidad para vivir de manera digna. Pese a estar garantizada la protección de los niños, niñas y adolescentes, en el artículo 46 numeral ocho, de la Constitución de la República. “Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad”. Esto en armonía con el Art. 51 de la Constitución reconoce a las personas privadas de la libertad el derecho: 6.- “Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7.- Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”. Como se observa la Constitución garantiza los derechos de los menores de edad, cuando sus progenitores se encuentren privados de la libertad, sin embargo la normativa vigente no logra ser aplicada correctamente en favor de este grupo de atención prioritaria.

Al adentrarnos al estudio del Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia encontramos: “Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores”. Esta norma se desprende de la normativa constitucional y pretende garantizar derechos de las persona privadas de la libertad y de sus hijos que habitan con ellos dentro de los centros carcelarios.

Dentro del régimen penal ecuatoriano al analizar el Código Orgánico Integral Penal el Art. 4 señala: “Dignidad humana y titularidad de derechos.- Las y los

intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento". Este derecho a la dignidad humana no se viene respetando al tratarse de las personas privadas de la libertad y de sus hijos que viven con ellos. Más adelante en el Art. 12 establece: "Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. 1. Integridad: la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual. 13. Relaciones familiares y sociales: la persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social. Deberá estar ubicada en centros de privación de libertad cercanos a su familia, a menos que manifieste su voluntad contraria o que, por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural". Esta norma penal claramente protege la integridad personas de las personas privadas de la libertad; así como a mantener la relación familiar con los demás integrantes de su familia; pero la realidad es otra, porque nos e cumple a cabalidad.

Considero indispensables previo a evitar la vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad que conviven con sus hijos menores de edad en las cárceles del país, se les impongan las penas no privativas de libertad conforme lo prevé el Art. 60.- "Penas no privativas de libertad.- 3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia. 7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia". Estas penas serían las factibles para proteger derechos que están siendo inobservados. O a su vez se debe aplicar mediante sentencia judicial el Art. 525, que se refiere: "Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario

estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica". Con estas medidas cautelares de carácter personal permitiríamos que las madres condenadas al cumplimiento de una pena, la cumplan en su domicilio en unión con sus hijos menores de edad y evitar que las cárceles del Ecuador sean centros infantiles donde se vulnera la dignidad humana de las personas.

Al realizar un minucioso estudio al régimen de ejecución de penas encontramos el Art. 682 del Código Orgánico Integral Penal.- "Separación.- En los centros de privación de libertad, las personas estarán separadas de la siguiente manera: 1. Las sentenciadas a penas privativas de libertad, de las que tienen medida cautelar o apremio personal. 2. **Las mujeres de los hombres.** 3. Las que manifiestan comportamiento violento de las demás. 4. Las que necesitan atención prioritaria de las demás. 5. Las privadas de libertad por delitos de tránsito, de las privadas de libertad por otros delitos. 6. Las privadas de libertad que son parte del sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, de las demás. 7. Las privadas de libertad por contravenciones, de las personas privadas de libertad por delitos". Solo menciona de la separación por sexo de las personas que van a cumplir una pena, y no mencionan de los hijos de las reclusas que habitan con ellas. Así mismo en el Art. 688 determina: "El Organismo Técnico es responsable de la administración, ejecución y verificación de las medidas y penas no privativas de libertad. Además coordinará con las distintas entidades del sector público". Esta norma legal permitiría el seguimiento y control, en caso de darse, de las reclusas que cumplan la pena con arresto domiciliario cuidando sus hijos menores de edad. "Incumplimiento y sanciones.- El órgano encargado de ejecutar la medida o pena no privativa de libertad prestará los medios necesarios para garantizar su cumplimiento. La inobservancia de esta disposición será sancionada penal, civil

y administrativamente”. Bajo este control se puede solucionar el problema del arresto a las madres con hijos que cumplan en su domicilio, con la finalidad de garantizar la integridad personas de los menores de edad.

En el Art. 701 del Código Orgánico Integral Penal establece el tratamiento de las personas privadas de libertad, con miras a su rehabilitación y reinserción social, se fundamentará en los siguientes ejes: 1. Laboral, 2. Educación, cultura y deporte, 3. Salud, 4. Vinculación familiar y social; y, 5. Reinserción.

Al analizar la Disposición Transitoria Décimo Cuarta, encontramos que el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en el plazo de ciento cincuenta días contados desde la publicación de este Código en el Registro Oficial, dictará y aprobará la reglamentación correspondiente para que las o los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad sean reubicados en establecimientos adecuados a sus derechos o bajo el cuidado de un familiar cercano, garantizando el contacto permanente con sus progenitores privados de libertad.

Por lo expuesto, estimo necesario profundizar mi estudio a los derechos fundamentales de las reclusas con hijos que se encuentran privadas de la libertad, debiendo el Estado tomas o dictar otras medidas, que le permitan a la madre crecer junto a sus hijos, bajo penas no privativas de libertad, debiendo incorporar reformas al régimen penal ecuatoriano.

Con el estudio del derecho comparado de Argentina y Perú demuestro que en estos países solo se permite tener a hijos menores de cuatro años, de ahí en adelante deben ser dados en custodia a su familiares para que los cuiden; mientras que la otra legislación le imponen una pena de arresto domiciliario a la

madre para que pasen con sus hijos, lo conveniente sería que bajo el régimen de la niñez y adolescencia un organismo se encargue del cuidado y control y cumplimiento de la pena de las progenitoras.

Con los resultados de las encuestas y entrevistas, brindan un valioso aporte porque manifiestan que existe violación de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes dentro de las centros carcelarios al estar bajo la custodia de la madre; los menores de edad deben estar ubicados en otras casas de privación de libertad, permitiéndoles que se desenvuelvan en la sociedad, y se cumpa, con el derecho a la dignidad humanan del menor de edad, y se garantice su integridad personas, especialmente la psicológica que es la que resulta afectada por el encierro.

Por lo expuesto, considero que el Estado, la sociedad y la familia deben promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; atendiendo al principio de su interés superior y sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas. Siendo necesario desarrollar un estudio minucioso al régimen de los menores de edad que viven con sus madres que se encuentran privadas de su libertad, con la finalidad de elaborar una propuesta de solución ante esta problemática, reformando el Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal.

8. CONCLUSIONES.

Las conclusiones las que considero pertinentes las presento a continuación:

1. En Ecuador la Constitución de la República y Código de la Niñez y Adolescencia contemplan normas que protegen la integridad personal de los niños, niñas y adolescente, sin embargo encontramos a menores de edad que se encuentran desprotegidos en las cárceles del país.

2. Que los Derechos Humanos de los hijos de las reclusas que se encuentran en los centros carcelarios privadas de su libertad, están siendo vulnerados.

3. Que el derecho al interés superior de los niños que viven con sus progenitoras en los centro de privación de libertad, no se cumple, porque no reciben tratamiento algunos de protección de sus derechos conforme prevé la Constitución de la República.

4. Que la pena privativa de libertad que se imponen a las reclusas que se encuentran internas en los centros de privación de libertad con hijos está vulnerando el derecho a la convivencia familiar.

5. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos hasta la actualidad no ha credo programa alguno para que proteja los derechos de los menores que habitan con su progenitoras en los centros carcelarios.

6. El actual gobierno no ha reglamentado acerca del cuidado y protección especial que debería dárseles a los hijos de las reclusas, fueras de los centros de privación de libertad.

7. El derecho de las persona privadas de la libertad, a no ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria; la comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho; y, a declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que ha recibido durante la privación de la libertad, no se cumplen al no brindarles las facilidades.

8. La Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos Internacionales, garantizan a todas las personas privadas de su libertad el derecho de igualdad ante la ley, así como el derecho a la integridad, física, psicológica, psiquiátrica y sexual y su reincorporación ante la sociedad, pero en caso de madres con menores de edad, no se ha hecho nada.

9. La comparación de las legislaciones de Argentina y Perú, en lo concerniente al derecho de protección de las madres con sus hijos privadas de la libertad, les da un trato diferente que en el Ecuador.

10. Los resultados de las entrevistas y encuestas determinaron la fundamentación de la propuesta de reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, previo a conseguir aplicar el arresto domiciliario de las mujeres reclusas con niños.

9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que estimo pertinente presentar son:

1. Es necesario garantizar el derecho al interés superior del menor de edad que se encuentran viviendo con su progenitora por estar cumpliendo una pena en los centros carcelarios, pese a estar amparados en la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales, y Código de la Niñez y Adolescencia.

2. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debe obligar al Defensor Público el control y cumplimiento de la protección de los derechos de convivencia familiar de los hijos de las internas que viven en los centros carcelarios.

3. Sugiero que las autoridades judiciales hagan cumplir las normas constitucionales y las que constan en los instrumentos internaciones, respecto de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, particularmente de las mujeres y sus hijos.

4. Propongo a la Dirección Nacional de Rehabilitación Social de fiel cumplimento de su normativa interna que le facultad Reglamentar para el traslado de las madres con sus hijos a otros lugares que puedan

desarrollarse libremente y no estén en el encierro, por la integridad del menor de edad.

5. Solicito a los organismos encargados de proteger los derechos humanos de todas las personas, visiten los centros carcelarios y soliciten al gobierno el cambio de las políticas criminales carcelarias tendiente a la aplicación del derecho al interés superior del niño.

6. Invito a los señores Asambleístas analizar la problemática de la presente tesis, con la finalidad de proponer reformas al Art. 5252 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar la aplicación de penas no privativas de libertad a las reclusas que habitan en las cárceles con sus hijos.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que: el Art. 46 de la Constitución establece que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

8.- Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. Los derechos de hijas o hijos que permanecen o no, junto a su madre en la cárcel también sufren consecuencias negativas.

Que: La Constitución en el Art. 66 garantiza el derecho a una vida digna, que asegure la salud; el derecho a la integridad personal que incluye: A la integridad física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.

Que: El Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina el Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad señalando que los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores.

Que: El Código Orgánico Integral Penal el Art. 4 señala la Dignidad humana y titularidad de derechos. Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las

limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos.

Que: el Art. 60 Código Orgánico Integral Penal prescribe la Penas no privativas de libertad.- 7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

Que: el control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca.

Que: Es necesario incorporar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, para garantizar la aplicación de penas no privativas de libertad a las reclusas que habitan en las cárceles con sus hijos.

En uso de las atribuciones que confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, **EXPIDE** la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1. En el Art. 60, agréguese un inciso que dirá:

"En todos los casos que la procesada tenga bajo su cuidado a un menor de edad, el Juzgador dictará como medida la prohibición de salir del domicilio".

Art. 2. En el Art. 525, incorpórese el siguiente inciso:

"Esta medida cautelar será obligatoria para todos los casos en que la mujer procesada tenga bajo su cuidado a hijos menores de edad"

Articulo Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional a los 18 días del mes de Agosto de 2016.

……..	**…….**
f.) Presidenta	**f.) Secretario**

10. BIBLIOGRAFIA.

1. ALBAN GOMEZ, Ernesto. “Régimen Penal Ecuatoriano”, Ediciones Legales, Quito-Ecuador 1991

2. BONNARD, Jeróme. La garde du mineur et son sentiment personnel, revue Trimestrielle de Droit Civil, núm 1, año 90. Paris. 1991.

3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. ARA Editores. Lima –Perú. 2005.

4. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Decimoquinta Edición, Buenos Aires-Argentina, 2001.

5. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. 28ª edición. Editorial Heliasta. 2003. Buenos Aires Argentina. CALDERON SUMARRIVA, Ana. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. Editorial San Marcos. 1ª. Edición 2011. Lima Perú.

6. CABRERA, Juna Pablo. Interés Superior del Niño. Librería Jurídica Cevallos. Quito-Ecuador. 2010.

7. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2016.

8. CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2016.

9. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008

10. Código de Ejecución Penal de la República del Perú.

11. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990
12. CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Barcelona, Editorial Bosch Urgel, 1958
13. CHANAMÉ ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Lex & Iuris, Grupo Editorial. Lima Perú. 2014..
14. DÍAZ HERNANDEZ, Carlos. (1999). *Soy amado, luego existo. Yo y tú*. Bilbao: Desclée de Brouwer. España.
15. Diario Español. Pueblo en Línea. Día Internacional del Niño. 2009. http://spanish.peopledaily.com.cn/32001/98970/98973/6819048.html.
16. DUTTO, Ricardo. El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la Jurisprudencia, Zeus, No. 5530. 1996. Argentina.
17. FERRAJOLI, Luigi, DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid 2001
18. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio-BELOFF, Mar (compiladores), infancia, ley y democracia en América Latina. Editorial Temis- Depalma, Santa Fe de Bogotá- Buenos aires, 1999. segunda edición, 1999.
19. GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia. La Justicia no entra a la escuela. Análisis de los Principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. 2002. Argentina.
20. GOLSTEIN, Mabel. Diccionario Jurídico Consultor MAGNO. Edición 2013. Buenos Aíres- Argentina.

21. GONZALEZ SALINAS, Héctor: "Las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos"; Rev. Criminaría de la Academia Mexicana
22. IGLESIAS DE USEL, Julio. (1994). “Familia”. En M. Juárez (dir): V Informe sobre la situación social en España. Madrid: Foessa.
23. JACOME MERINO, Gonzalo Estuardo, Derecho Penitenciario, Editorial Universidad Central del Ecuador, Primera Edición, Junio 2002
24. JARAMILLO HUILCAPI, Verónica. Cita a Piero CALAMANDREI. Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-2001
25. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina.
26. MACHUCA FUENTES Carlos, El Arresto Domiciliario como Medida Alternativa al a Prisión: El Caso Peruano, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009
27. MAURACH, Reinhart, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Astrea. Buenos Aires. 1994.
28. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos. ARA editores. Lima Perú. 2009.
29. MOLINA ESCOBEDO, Edilberto, La Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 2001
30. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Editorial Librería Jurídica Wilches. Cuarta Edición. Bogotá, 1996.

31. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte General, Tirant lo Blanch Valencia, 2004.

32. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. Lima-Perú. 1999.

33. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª. Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2007.

34. RAMOS SUYO, Juan Abrahán. Derecho de Ejecución Penal y Ciencia Penitenciaria. Editorial San Marcos. Lima Perú. 2009.

35. RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del menor. Ediculco Ltda. Santafé de Bogotá. 1993.

36. ROSAS YANTACO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Juristas Editores. Lima-Perú 2009.

37. SPER CASTRO. Jorge Iván. La Importancia de los actos cautelares en la legislación ecuatoriana. Impresos Nueva Luz. Guayaquil Ecuador 2005.

38. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Derecho Penal. Parte General. Comlibros, Medellín - Colombia 2009.

39. VILLALTA UMAÑA, J. N. (s.f.). Obtenido de http://valoresvillalta.blogspot.com/p/la-convivencia_25.html

40. ZAGREBELSKY, Gustavo, EL DERECHO DÚCTIL, Tercera Edición. Editorial Trota, Madrid. 1999

41. ZAVALA EGAS, Jorge. Teoría del Delito y Sistema Acusatorio. Murillo Editores. Guayaquil-Ecuador. 2014.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS".

Proyecto de Tesis de Grado previa a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

CARLOS XAVIER RAMIREZ NAMBALLE

LOJA – ECUADOR

2018

1. TEMA:

“REFORMA AL ART. 525 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, PARA QUE FACULTE AL JUZGADOR IMPONER EL ARRESTO DOMICILIARIO A LAS MADRES PROCESADAS QUE TIENEN A SU CARGO NIÑOS”.

2. PROBLEMÁTICA.

La Constitución de la República del Ecuador, la Declaración y Convención de los Derechos del Niño, garantizan la protección integral de los derechos humanos de los niños y adolescentes en todo ámbito institucional y social. Lo que se busca, es la convivencia de los menores de edad junto a sus progenitores en un ambiente familiar, por lo menos su minoría de edad con la finalidad que reciban todo el afecto y sentimiento de sus padres, así como su correcta educación, conculcando principios, valores éticos y morales, todo esto se logra incluir durante la minoría de edad del ser humano.

Sin embrago, la realidad es otra en los casos que los progenitores especialmente la madre del menor se encuentra privada de la libertad, cumpliendo una sentencia condenatoria, lo cual contribuye a que se encuentren separados y no reciba un trato familiar; o a su vez en aquellos casos que las reclusas conviven con sus hijos en los centros de privación de libertad para mujer, estas no logren brindar ese afecto a su niños, quienes se desarrollan en un ambiente no adecuado para formar su personalidad y recibir una educación con amor familiar.

Al analizar el artículo 46, # 8, de la Constitución de la República del Ecuador encontramos que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas para el bienestar de las niñas, niños y adolescentes que aseguren:

"Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad"[1].

Con la finalidad de dar cumplimiento dentro del ordenamiento interno ecuatoriano la protección de derecho de los menores que tengan a sus progenitores privados de la libertad, en el Art. 56 del Código de la Niñez y Adolescencia determina:

"Derecho de los hijos de las personas privadas de libertad.- Los niños, niñas y adolescentes que no gocen de su medio familiar por encontrarse uno o ambos progenitores privados de su libertad, deberán recibir protección y asistencia especiales del Estado, fuera de los centros de rehabilitación, mediante modalidades de atención que aseguren su derecho a la convivencia familiar y comunitaria y a las relaciones personales directas y regulares con sus progenitores"[2].

Esta ley de carácter especial protege los derechos de los niños y adolescentes y garantiza que los menores de edad reciban atención fuera de las cárceles cuando sus progenitores se encuentren privados de la libertad, con la finalidad

[1] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 449: 20-Oct-2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 46 # 8
[2] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 737:03-Ene-2003. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 56

que su educación en el hogar sea con apego a su entorno familiar. Por lo tanto es indispensable que su madre este siempre a su lado durante la niñez.

En vista de estas garantías constitucionales y legales de protección del menor de edad con padres privados de la libertad, al crearse el Código Orgánico Integral Penal se establece en la disposición transitoria décimo cuarta lo siguiente:

"DECIMO CUARTA: El Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en el plazo de ciento cincuenta días contados desde la publicación de este Código en el Registro Oficial, dictará y aprobará la reglamentación correspondiente para que las o los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad sean reubicados en establecimientos adecuados a sus derechos o bajo el cuidado de un familiar cercano, garantizando el contacto permanente con sus progenitores privados de libertad"[3].

En lo concerniente a esta disposición transitoria debemos estar claros, que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en coordinación con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y demás instituciones competentes, debieron haber creado normas legales de cumplimiento a la protección de los derechos de los niños que conviven con sus madres que se encuentran privadas de la libertad cumpliendo una sentencia condenatoria.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal en el Art. 12 encontramos:

[3] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 449: 20-Oct-2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Disposición Transitoria. Décimo Cuarta.

"Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. Numeral 13. Relaciones familiares y sociales: La persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social. Deberá estar ubicada en centros de privación de libertad cercanos a su familia, a menos que manifieste su voluntad contraria o que, por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural"[4].

Esta norma ya da un acercamiento a una solución, permitiendo que la madre procesada cumpla la pena en un centro de privación de libertad cercano a su familia, con la finalidad de ejercer el derecho a mantener su vínculo familiar y social. La aplicación de esta disposición ayudaría en algo a mantener una relación distante con la familia; sin embargo debemos discutir qué pasaría con las madres reclusas que tienen niños bajo su cuidado. Aquí se estaría lesionando ese derecho del niño en compartir con su madre el ambiente familiar, porque no recibiría, su cuidado, atención, alimentación como lo hace una madre en el hogar.

Por lo analizado y expuesto considero oportuno que para estos casos de madres infractoras que tienen a cargo niños, sean dictadas como medida cautelar el arresto domiciliario de conformidad a lo preceptuado en el Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal:

[4] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Registro Oficial S. No. 180:10-Feb-2014. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. Art. 12.

"Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica"[5].

Y en caso de imposición de sentencia condenatoria se imponga penas no privativas de libertad conforme los señala el numeral 7, del Art. 60 del Código Orgánico Integral Penal:

"Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia"[6].

La aplicación de esta medida cautelar del arresto domiciliario y de la pena no privativa de libertad como la prohibición de salir del domicilio; estaríamos permitiendo el desarrollo integral del niño o niña que necesita durante su etapa de la vida; porque la madre procesada cumpliría su privación de libertad en su domicilio que favorecería la educación cuidado y desarrollo intelectual del menor de edad dentro de un ambiente familiar. Por lo que justifico mi tema de tesis a ser desarrollada, con la finalidad de proponer reformas al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal y demás normas jurídicas en caso de ser necesarias.

[5] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 525.
[6] CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 60.

3. JUSTIFICACIÓN.

Justificación Académica.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, dentro del área del Derecho Público, principalmente en las medidas cautelares y penas privativas de libertad que se imponen a las mujeres que cumplen en los centros carcelarios conviviendo con sus hijos menores de edad; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para optar por el Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

La Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia y la Carrera de Derecho, en la oferta académica que me encuentro cursando, y el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja establece diez ciclos de estudio, los cuales tienen que estar aprobados para poderme graduar y del mismo modo el proyecto de tesis que debo elaborarlo, hacerlo, aprobar y desarrollarlo en el décimo ciclo, con la orientación del docente designado para la dirección de mi tesis, siendo esta la manera para obtener el Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado.

La problemática que seleccioné consiste en la **“Reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para que faculte al juzgador imponer el arresto**

domiciliario a las madres procesadas que tienen a su cargo niños”; y está encuadrada en las asignaturas que hemos estudiado durante los cinco años en la Universidad Nacional de Loja según nuestra oferta académica especialmente Derecho Penal y Derecho de Menores, de acuerdo a los sistemas legales del currículo de la Carrera.

Justificación Socio Jurídica.

La investigación jurídica es necesaria, para aportar que las condiciones deplorables de las prisiones del Ecuador, refleja la gravedad de un problema presente que necesita ser resuelto. La infraestructura de las cárceles y la capacidad real de alojamiento de las personas privadas de la libertad es insuficiente y produce sobrepoblación, hacinamiento y promiscuidad, en especial en la categoría de los procesados.

Es importante analizar profundamente el fenómeno del sistema penitenciario y como afecta a los derechos humanos de los niños y niñas, hijos de madre privadas de la libertad partiendo de la vida intercarcelaria, donde las condiciones infrahumanas en las que deben vivir las madres privadas de la libertad con su hijos, provocan rechazo al sistema impulsando un contante comportamiento agresivo en el medio, a la vez existe la influencia negativa de compañeras, quienes inducen al círculo que les rodea a cometer actos inmorales o ilícitos al interior del centro, de estos siendo participes los mismos niños y niñas, por otro

lado en la aplicación de las sanciones, que afecta indiscriminadamente tanto a la agresora como a las personas cercanas a ellas, en particular a sus hijos.

En el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador establece; la supremacía de las normas constitucionales señalando que prevalecen sobre cualquier otra norma. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. Por esa razón tenemos el deber de hacer respetar estos derechos que son inalienables e irrenunciables y que el Estado nos garantiza, sancionado aquellos que los vulneran, como es el caso del incumplimiento del ius puniendi con medidas cautelares y penas no privativas de libertad para efectivizar el principio de ultima ratio, como lo es, la pena privativa de libertad, y garantizar el derecho la dignidad humana de las reclusas que habitan con sus hijos dentro de las cárceles del Ecuador.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de investigación es trascendente, en lo que tiene que la violencia intercarcelaria crece cada día, por la falta de un espacio de un verdadero respaldo, guía y orientación sobre vivencias cotidianas. Problemas asentados en las infractoras involucradas en los vicios como la Droga, el alcohol, el lesbianismo todo en la misma coexistencia con los niños y niñas hijos de madres privadas de Libertad, por lo que el Estado debe velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin inobservar sus

derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador. Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada, en procura de imponer medidas cautelares de arresto domiciliario y penas no privativas de libertad a las reclusas como lo es la prohibición de salida del domicilio, con la finalidad que convivan con sus hijos menores de edad en las cárceles del Ecuador.

Factibilidad.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico de los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad y que viven con sus hijos menores de edad en la cárcel, sin recibir apoyo alguno por parte del Estado.

4. OBJETIVOS:

General:

Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de las medidas cautelares y penas no privativas de libertad que se imponen a las madres procesadas que tienen a cargo niños.

Específicos:

1. Demostrar que la medida cautelar y pena privativa de libertad que se imponen a las madres procesadas, lesiona el derecho a la convivencia familiar y social con sus hijos menores de edad.

2. Analizar en la legislación comparada las medidas que se impone a las madres procesadas que conviven con sus hijos menores de edad en los centros de privación de libertad.

3. Elaborar una propuesta de reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar con el arresto domiciliario a las madres procesadas que tengan a su cargo el cuidado de niños.

HIPÓTESIS.

Las medidas cautelares y penas privativas de libertad que se vienen imponiendo a las madres procesadas está lesionado el derecho a la convivencia familiar y social que tiene los niños y adolescentes al no contar con la presencia de su progenitora que se encuentra privada de la libertad cumpliendo un sentencia condenatoria.

5. MARCO TEÓRICO.

Los Niños, Niñas y Adolescentes.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 define el término “niño” de forma más precisa: “un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de

edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”[7].

La niñez y adolescencia es implementada en nuestro sistema jurídico desde el año 1998, con la expedición de la codificación de la Constitución Política de 1979 en virtud de la cual se propone una alianza tripartita entre Estado, sociedad y familia a fin de asegurar, hasta el máximo de las posibilidades, el pleno y prioritario ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, reconociéndose en ellos a sujetos plenos de derechos.

El Diccionario Jurídico de Cabanellas establece la definición de niño y niña como: “Es la persona cuya edad periodo de la vida no ha sobrepasado los siete años, época en que comienza el uso de la razón”[8].

Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana. La Constitución vigente aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008, consagra dentro del Título II, denominado Derechos del Buen Vivir, en el Capítulo Tercero de los **Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria, en la** Sección V, de las Niñas, Niños y Adolescente, en el Art. 44 establece como obligación del Estado brindar protección, apoyo y promover el desarrollo integral, de **Niños Niñas y Adolescentes,** *proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades,*

[7] CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990

[8] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Decimoquinta Edición, Buenos Aires- Argentina, 2001. Pág. 268.

potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Medidas Cautelares.

"Institución a través de la cual el órganos jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos, de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la expedición de fallo definitivo o la actuación de una prueba. La medida cautelar es un instrumento del proceso principal. No es un fin en sí mismo, sino un medio vinculado a un proceso"[9].

Se entiende por medidas cautelares "cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, e instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz"[10].

La medidas cautelares en el proceso penal el juez las dicta para garantizar la comparecencia del procesado en el juicio y de disponer libremente de los bienes del procesado.

Arresto Domiciliario.

"La detención domiciliaria no es una medida coercitiva autónoma sino, más bien una medida coercitiva accesoria o complementaria, aplicable como una

[9] CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Lex & Iuris. Grupo Editorial. Pág. 524.
[10] OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª. Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2007. Pág. 613.

restricción cuando al procesado se reimponga la medida de comparecencia en sustitución a la detención, por ello siempre presupone una menor intensidad del peligro procesal”[11].

El arresto domiciliario o casa por cárcel es una medida cautelar que se utiliza como alternativa dentro de un juicio en proceso, en la mayoría de los códigos penales de distintos países. Se define como la privación de la libertad de movimientos y comunicación de un condenado o acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio, bien en otro fijado por el Tribunal sentenciador a propuesta del afectado. El arresto suele ser una situación provisional que termina, en caso de ser pena accesoria, con el cumplimiento de la principal, y en los demás supuestos delictivos del acusado.

¿En qué casos se aplica el arresto domiciliario? El arresto domiciliario se emplea en situaciones singulares en las que el condenado no puede o no debe ingresar en prisión. Se encontrarían en estos supuestos aquellos cuyo delito ha sido menor y, por tanto, la privación de libertad supone un cargo excesivo; también, en los supuestos de edad avanzada, cuando se tienen personas a cargo o se padece un trastorno que requiere la permanencia en una vivienda.

El arresto puede constituir una medida cautelar, alternativa a la prisión preventiva, durante la fase de investigación criminal o cualquier otra circunstancia.

[11] ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. Lima-Perú. 1999. Pág. 349.

La pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad tiene sus orígenes con el Estado liberal bajo una base humanitaria, utilitaria y resocializadora; humanitaria con respecto a dejar atrás las situaciones de carácter corporal, utilitaria aprovechando del Estado su poder para regular el trabajo de la mano de obra ociosa o marginal y d resocialización para disciplinar al marginal y al campesino en el trabajo de fábrica.

"En principio, la pena privativa de libertad tuvo una función resocializadora en sentido de que buscaba socializar o disciplinar al individuo hacia el trabajo, son nuevas las direcciones que toma esta idea hacia la reeducación y resocialización, ya que esta no puede basarse en la idea de disciplina y trabajo, fueron investigaciones posteriores las que han venido a demostrar que la pena privativa de libertad no puede ser resocializadora porque destruye al individuo, al ser una institución total en la cual el sujeto pierde su identidad y pasa a ser tan sólo un número de la llamada sub cultura carcelaria"[12].

La pena privativa de libertad no es una situación nueva ni reciente dentro las esferas de los problemas jurídicos y sociales, pues, ésta ha sido el objeto de innumerables críticas que se han sustentado en sus pobres caóticos resultados en la práctica penitenciaria.

[12] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. ARA Editores. Lima –Perú. 2005. Pág. 680.

Penas no Privativas de libertad.

Penas no Privativas de libertad, **"**tienen como denominador común la privación temporal o definitiva de derechos distintos"[13]. Estos derechos se refiere aquellos inherentes a la titularidad o ejercicio de un cargo público o derecho a ser elegido para cargos públicos, el derecho a desempeñar otra actividad laboral determinada, los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curaduría, el derecho a conducir cualquier tipo de vehículo, suspensión de licencia y pérdida de puntos en la misma, el derecho de tenencia y porte de armas, el derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, trabajos en beneficio a la comunidad, expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano por parte de los extranjeros; e inclusive sometimiento o tratamiento médico o psicológico que se tratará en artículos posteriores como una medida de seguridad.

"En el caso de las penas no privativas de libertad, el sujeto es dejado en libertad pero sometido a vigilancia y considerable regulación de su conducta de vida, para el tiempo de duración de la vigilancia de la conducta, o una parte de este"[14].

Las penas no privativas de libertad han sido consideradas en el actual Código Orgánico Integral Penal, como una salida al hacinamiento carcelario, por lo tanto se han considerado las siguientes penas no privativas de libertad según lo tipificado en el Art. 60 del Código antes indicado.

Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

[13] MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte General, Tirant lo Blanch Valencia, 2004. Pág. 510.
[14] MAURACH, Reinhart, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Astrea. Buenos Aires. 1994. Pág. 891.

“Bajo estos presupuestos el funcionario judicial tiene la facultad de ordenar el cambio de lugar en la que el sujeto deberá cumplir la pena privativa de libertad establecida en la sentencia, pudiendo señalar una distinta a la prisión por considerar que podría provocar daños graves e irreparables a la persona y sus familiares inclusive en el aspecto psicológico y disponer el cumplimiento en el domicilio del panado, o excepcionalmente el juez podrá determinará uno distinto a ésta”[15].

El juez en la sentencia establece la prohibición de la salida del domicilio o cualquier otro lugar, con la finalidad de contar con su presencia en caso de convocar a otra audiencia y requerir de su persona. Además se estaría evitando que el procesado se dé a la fuga.

Juez de Garantías Penales.

Según nuestra legislación los operadores de justicia comprenden a los servidores judiciales, conforme lo establece el Art. 172, inciso segundo, de la Constitución de la República del Ecuador al señalar:

“Las servidoras y servidores judiciales, queincluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicará el principio de la debida diligencia en los proceso de adminsitración de justicia”[16].

En relación al tema de estudio el operador de justicia es el Juez de Garantías

[15] VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Derecho penal. Ob. Cit. Pág. 1061.
[16] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y publicaciones. Quito-Ecuador. 2008. Art. 172. Inc. 2º.

Penales, quien conoce el delito de ejercicio de acción privada y los Jueces del Tribunal de Garantías Penales les corresponde conocer y resolver la situación jurídica de las personas procesadas por delito públicos.

"Juez es el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio. Es el que decide, interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido"[17].

Todo juez debe administrar justicia y resolver los problemas o conflicto ante él presentados respetando los derechos fundamentales de las partes procesales y aplicando los principios constitucionales en cada una de las audiencias.

"El Juez Penal es el órgano jurisdiccional que tiene la potestad de administrar justicia en asuntos penales, es decir, aplicar la ley a los hechos calificados como delitos o faltas"[18].

El juez penal es el profesional del derecho con título de cuarto nivel relacionado a las ciencias penales que es competente para conocer en los Juzgados, Tribunales o Sala de la Corte Provincial o Corte Nacional de Justicia, los juicios que lleguen a su conocimiento en cualquier estado. Son competentes según su grado para conocer contravenciones y delitos de acción pública como privada, así como tienen competencia para conocer los recursos que llegaren a presentar las partes procesales.

[17] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. 28ª edición. Editorial Heliasta. 2003. Buenos Aires Argentina. Pág. 17.
[18] CALDERON SUMARRIVA, Ana. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. Editorial San Marcos. 1ª. Edición 2011. Lima Perú. Pág. 126.

6.- METODOLOGÍA.

La metodología es el conjunto de métodos y técnicas desarrollados por la ciencia, y que constituyen el basamento para alcanzar el conocimiento. Es el estudio científico que nos enseña a descubrir nuevos conocimientos. Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los diferentes métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona; es decir, las formas o medios que me permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos.

Métodos.

Durante este proceso investigativo, aplicaré los siguientes métodos.

Método Científico, es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad.

Método Inductivo y Deductivo, que me permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular a lo general y viceversa.

Método Histórico, me permitirá conocer el pasado del problema, su origen y evolución; y así, realizar una diferencia con la realidad que actualmente vivimos, así como la historia y evolución de las normas legales.

Método Descriptivo, compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema; y, demostrar los vacíos existentes.

Método Analítico, servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico y político; y, analizar sus efectos.

Método Sintético, me permitirá sintetizar lo que dice un autor, reduciendo al máximo la cita.

Método Exegético, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales.

Método Estadístico, que me permitirá demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos.

Método Mayéutico, que me servirá para elaborar el banco de preguntas de la encuesta y entrevista.

Procedimientos y Técnicas.

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis de lo que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental; y, de técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión de las personas conocedoras de la problemática. Previo al muestreo poblacional de 30 profesionales del Derecho conocedores de la Problemática; y cinco Autoridades inmersas con el tema de estudio de la ciudad de Loja.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio- jurídica propuesta, seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, con la siguiente lógica:

Acopio Teórico;

a. Marco Conceptual; La niñez, Persona Procesada, Juez de Garantías Penales, medidas cautelares, arresto domiciliario, pena privativa de libertad, pena no privativa de libertad.
b. Criterios Doctrinarios; Consulta de Autores Nacionales y Extranjeros sobre la problemática.
c. Marco Jurídico; Constitución de la República del Ecuador, Tratados

Internacionales, Código Orgánico Integral Penal, Derecho Comparado.

Acopio Empírico;

a. Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
b. Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas

Síntesis de la Investigación Jurídica;

a. Indicadores de verificación de los objetivos,
b. Contrastación de hipótesis,
c. Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma,
d. Deducción de conclusiones,
e. Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

7. CRONOGRAMA

Nro.	Actividades	Abril 2016				Mayo 2016				Junio 2016				Julio 2016				Agosto 2016				Septiembre 2016			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
01	Selección del tema y problema			X	X																				
02	Elaboración del Marco Referencial, Justificación y Objetivos				X	X	X																		
03	Diseño del Proyecto de tesis							X	X																
04	Trámite de Aprobación del Proyecto de tesis								X																
05	Acopio de información Bibliográfica									X	X														
06	Desarrollo de la Investigación de Campo											X	X												
07	Presentación y análisis de los resultados de la Investigación													X	X										
08	Presentación de Propuesta Jurídica.													X X		X	X	X							
09	Redacción del informe final.																		X	X	X	X			
10	Sustentación y defensa de tesis.																						X		

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

Recursos Materiales.

Director de tesis: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.

Entrevistados: 5 profesionales conocedores de la materia.

Encuestados: 30 personas seleccionada por muestreo.

Postulante: Carlos Xavier Ramírez Namballe

Recursos Materiales	**Valor USD.**
• Trámites Administrativos……..……	$ 100
• Material de oficina…….……..	$ 100
• Bibliografía especializada(Libros)…….….	$ 200
• Elaboración del Proyecto…….……	$ 200
• Reproducción de los ejemplares del borrador...	$ 100
• Elaboración y reproducción de la tesis de grado	$ 100
• Transporte ……...…….	$ 400
• Imprevistos……..	$ 300
Total	**$ 1.500.oo**

Financiamiento:

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS, los que serán cancelados con recursos propios del postulante.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Derecho Penal. Parte General. ARA Editores. Lima –Perú. 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. 28ª edición. Editorial Heliasta. 2003. Buenos Aires Argentina.
- CALDERON SUMARRIVA, Ana. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. Editorial San Marcos. 1ª. Edición 2011. Lima Perú.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 737:03-Ene-2003. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.
- CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR. Registro Oficial S. No. 180:10-Feb-2014. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 449: 20-Oct-2008. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.

- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990
- CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario Jurídico Moderno. 9ª. Edición. Lex & Iuris. Grupo Editorial.
- MAURACH, Reinhart, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Astrea. Buenos Aires. 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, parte General, Tirant lo Blanch Valencia, 2004ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. Lima-Perú. 1999.
- OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª. Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2007.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Colección Textos Jurídicos Universitario. Harla, México, 1990.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Manual de Derecho penal. Parte General, segunda edición, Temis. Bogotá- Colombia, 2004.

.

ANEXOS

Formato de las Encuestas

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuestas, relacionadas al título: **"Reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para que faculte al juzgador imponer el arresto domiciliario a las madres procesadas que tienen a su cargo niños";** resultados que me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciado en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Considera usted, que se cumple con la norma constitucional de protección y asistencia especiales de los niños, cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad?

   Si ( ) No ( )

Porque?

---

2. ¿Cree usted que influye en el desarrollo de su personalidad y comportamiento social de los niños el que habiten con sus madres en los centros de privación de libertad?

   Si ( ) No ( )

Porque?

---

3. ¿Considera usted, que se les brinda protección y asistencia especial para los niños, niñas por parte del Estado, fuera de los Centros de Rehabilitación Social?

Si ( ) No ( )

Porque?

---

4. ¿Cree usted, que se viene cumpliendo con el derecho de convivencia familiar y social las mujeres privadas de su libertad con sus hijos menores de edad?

Si ( ) No ( )

Porque?

---

5. ¿Cree usted, que se debe cumplir con el derecho al interés superior del niño que se encuentra con su madre privativa de libertad?

Si ( ) No ( )

Porque?

---

6. ¿Aprobaría la elaboración de una propuesta de reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para garantizar con el arresto domiciliario a las madres procesadas que tengan a su cargo el cuidado de niños?

Si ( ) No ( )

Porque?----------

Formato de las Entrevistas.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la entrevistas, relacionadas al título: **"Reforma al Art. 525 del Código Orgánico Integral Penal, para que faculte al juzgador imponer el arresto domiciliario a las madres procesadas que tienen a su cargo niños";** resultados que me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciado en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. ¿Cree usted, que la medida cautelar y pena privativa de libertad que se imponen a las madres procesadas, lesiona el derecho a la convivencia familiar y social con sus hijos menores de edad?

---

2. ¿Podría indicar los efectos socio jurídicos que se generan por la inobservancia del principio del interés superior del niño de la mujeres privadas de libertad?

---

3. ¿Conoce usted, que política ha incrementado el Estado ecuatoriano, para evitar que se extienda el uso del encarcelamiento como sanción para mujeres con niños?

---

4. ¿Conoce usted, de la existencia de alguna reglamentación para que los niños que se encuentren al cuidado de una persona privada de la libertad en los centros de privación de libertad?

INDICE

PORTADA I
CERTIFICACIÓN II
AUTORÍA III
CARTA DE AUTORIZACIÒN IV
DEDICATORIA V
AGRADECIMIENTO VI
TABLA DE CONTENIDOS VII
1. TÍTULO 1
2. RESUMEN. 2
2.1. ABSTRACT 3
3. INTRODUCCIÓN 4
4. REVISIÓN DE LITERATURA 9
4.1. MARCO CONCEPTUAL 9
4.1.1. Los Niños y Adolescentes. 9
4.1.2. Derecho a la Convivencia Familiar. 11
4.1.3. Juez de Garantías Penales. 15
4.1.4. La Pena Privativa de Libertad. 18
4.1.5. Penas no Privativas de libertad. 20
4.1.6. Medidas Cautelares. 22
4.1.7. Arresto Domiciliario. 24
4.1.8. Derecho Penitenciario. 29
4.2. MARCO DOCTRINARIO. 32
4.2.1. Estado Constitucional de Derechos. 32
4.2.2. Principio del Interés Superior del Niño. 35
4.2.3. Política Ecuatoriana no más Niños en las Cárceles. 39
4.2.4. Rehabilitación de las Mujeres Privadas de la Libertad. 45
4.3. MARCO JURÍDICO. 48
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador. 48
4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia. 56
4.3.3. Código Orgánico Integral Penal. 63

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA. 70
4.4.1. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la República de Argentina. 70
4.4.2. Código de Ejecución Penal de la República del Perú. 73
5. MATERIALES Y MÉTODOS. 76
5.1. Métodos. 76
5.2. Métodos 77
5.3. Procedimientos y Técnicas. 79
6. RESULTADOS. 80
6.1. Resultados de las Encuestas. 80
6.2. Resultados de las Entrevistas. 92
7. DISCUSIÓN. 98
7.1. Verificación de Objetivos. 98
7.2. Contrastación de Hipótesis. 101
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta. 102
8. CONCLUSIONES 108
9. RECOMENDACIONES 110
9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL. 111
10. BIBLIOGRAFIA. 115
11. ANEXOS 119
PROYECTO DE TESIS 119
INDICE 149