

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Penal

**Rol de la policía, criminalización secundaria y
selectividad policial**

Byron Leonardo Uzcátegui Arregui

2013



**CLAÚSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE
TESIS/MONOGRAFIA**

Yo, Byron Leonardo Uzcátegui Arregui, autor de la tesis intitulada “Rol de la policía, criminalización secundaria y selectividad policial” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. miércoles, 18 de septiembre de 2013

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Penal

**Rol de la policía, criminalización secundaria y
selectividad policial**

Byron Leonardo Uzcátegui Arregui

Tutor: Juan Pablo Morales Viteri

Quito

2013

ABSTRACT

Es cierto que todos quisiéramos ser tratados por igual, pero no debemos olvidar que en las diferencias es donde se construye la personalidad individual, la identidad, la esencia de todo ser humano y que lo hace único e irrepetible, y que sin embargo a lo diferente que pudiera ser merece el mismo respeto. La negación de las diferencias, a fin de “igualar” a todos a un mismo nivel es discriminatoria.

Nos dice Norberto Bobbio que no hay peor prejuicio que creerse libre de prejuicios, en esa línea el primer paso para una verdadera superación de los mismos es su concientización.

En lo que al derecho penal se refiere, el mismo se encuentra organizado por agencias o instituciones que cumplen roles, muchas veces coordinan su accionar entre sí para la consecución de un objetivo macro, muchas otras compiten internamente por abarcar poder. Destacan la agencia legislativa quien es la que crea el programa que una sociedad requiera para cumplir sus objetivos, a través de la tipificación de conductas mínimas que se consideran apropiadas para hacerlo, se encomienda a la agencia policial la ejecución de dicho programa y a la judicial el control y garantía de los derechos de quienes ingresan al sistema.

Es evidente que debido a lo inmenso del mismo como nos dice Zaffaroni, no podrá ejecutarse en su totalidad debiendo entonces la policía hacer uso de la selectividad para escoger a quien ingresará.

El propósito de esta investigación es hacer evidente dicha selectividad y los criterios que son utilizados a fin de criminalizar a una persona, evidenciar si los mismos responden a objetividad o en el fondo los impulsa algún tipo de discriminación o prejuicio.

Dedicatoria

A mis padres, quienes nunca han dejado de apoyarme,
De insistir hasta que lo logre
A mi hermano a fin de a través del esfuerzo aquí plasmado
Nunca se desanime en su difícil carrera.

Agradecimiento

A Juan Pablo, mi querido Director de la tesis, sin el cual
No hubiese podido encausar de manera adecuada toda la investigación
Y quien gracias a su experiencia me supo guiar de la mejor manera.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	9
CAPÍTULO I LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN	
1.1 La igualdad, la desigualdad, la diferencia y la discriminación.....	11
1.2 El prejuicio.....	18
1.3 La discriminación.....	20
1.3.1 Fases de la discriminación.....	22
1.4 Distintos criterios de discriminación.....	23
1.5 Formas de discriminación.....	24
1.6 La criminalización y la discriminación.....	27
1.6.1 La criminalización primaria y secundaria.....	30
1.6.2 La Pobreza como forma de discriminación en la criminalización.....	34
1.6.3 Los delitos de bagatela.....	40
1.6.4 El racismo como forma de discriminación en la criminalización.....	44
1.6.5 Las adicciones como forma de discriminación en la criminalización.....	45
1.7. La detención en flagrancia.....	48
CAPÍTULO II LA AGENCIA POLICIAL	
2.1 Desarrollo de la institución policial.....	51
2.1.2 Desarrollo de la institución policial en américa latina.....	51
2.2 La doctrina policial latinoamericana y ecuatoriana.....	54
2.3 Capacitación y adoctrinamiento policial ecuatoriano.....	57
2.4 El poder de policía.....	57
2.5 La fuerza como criterio determinante de la actuación policial.....	63

**CAPÍTULO III ANÁLISIS DE SITUACIÓN EN LOS DELITOS FLAGRANTES
COMETIDOS ENTRE EL 24 DE SEPTIEMBRE A 28 DE OCTUBRE DE 2012 EN LA
CIUDAD DE QUITO**

3.1 Explicación de la información recopilada.....	68
3.2. Análisis general de las 171 actas y partes de detención.....	69
3.3 Circunstancias de la detención por bienes jurídicos protegidos.....	73
3.4 Análisis de los casos de los 286 sospechosos.....	76
3.5 Relación entre nacionalidad y la criminalización.....	78
3.6 Sexo y criminalización.....	80
3.7 Racismo y criminalización.....	80
3.8 Farmacodependencia y criminalización.....	83
3.9 Tipo de defensa inicial y criminalización	85
3.10 Tipo de defensa, prisión preventiva y salidas alternativas.....	86
3.11 Ocupación y criminalización.....	87
3.12 Nivel de instrucción y criminalización.....	88
3.13 Georeferenciación de la criminalización secundaria.....	88
3.14 Edades y criminalización.....	92
3.15 Antecedentes y criminalización.....	92
3.16 Resultado final y efectividad del proceso criminalizador.....	93
3.16.1 Efectividad de la prisión preventiva.....	95
3.17 Algunas estadísticas adicionales.....	96
IV CONCLUSIONES.....	99
Bibliografía.....	104

INTRODUCCIÓN

La policía desarrolla su función de mantener el orden interno y hacer respetar la ley en principio en virtud del catálogo de delitos que le entrega el legislador, esto es lo que se llama criminalización secundaria.

Sin embargo, es humanamente imposible que la policía cumpla en forma total el inmenso programa punitivo planteado por el legislador, pues prácticamente se necesitarían millones de fiscales, de policías, de jueces, cárceles gigantescas, si se quisiera aplicar cada artículo del código penal.

En mayor o menor medida se verá influenciada en su actuar, por la selectividad, sea por vulnerabilidad del infractor, los antecedentes o detenciones previas, la conmoción social del hecho, el tipo de delito, la presión de los involucrados, entre otros criterios para seleccionar quien ingresa al sistema.

La discriminación como fenómeno se encuentra presente en las relaciones sociales pues las personas no somos idénticas, cada una guardamos características especiales que en mayor o menor medida nos hacen diferentes. El problema se presenta el momento en que se da un tratamiento distinto a aquellas diferencias, valorizando unas como superiores sobre otras en virtud de estereotipos y prejuicios, atentando así en contra de la igualdad sustancial. Los criterios o “pretextos” para hacerlo son sumamente variados, sin embargo al ser meras construcciones sociales, son superables.

El esquema de tesis de la presente investigación será jurídico social, pretendemos brindar un aporte a nuestra ciencia a través de la comprobación de los postulados de cada teoría, mediante la aplicación práctica que se les da en los casos concretos.

Es así como los dos primeros capítulos se enfocan en reflejar el actual estado de la cuestión, el primero a fin de establecer como la discriminación es una práctica social innegable y que impregna todos los aspectos de la sociedad igualmente para definir algunos de dichos criterios; y

continuar con el segundo a fin de establecer algunos de los mecanismos que el sistema penal utiliza para ejecutar su programa, encomendándose dicho rol a la policía y como la misma al no poder ejecutar íntegramente todo el plan entregado por el legislador optará por seleccionar a quienes son socialmente más vulnerables, a través de la discriminación.

Seguramente se dejó de lado importantísima parte de la doctrina, pues el presente trabajo siempre pretendió ser una comprobación en nuestra realidad de la misma y no una simple recopilación bibliográfica. En todo caso se intentó construir una propia teoría que fuera funcional a lo que queríamos investigar.

El tercer capítulo, implicó inicialmente la recopilación y reproducción individual de 171 partes de detención y sus correspondientes actas de calificación de flagrancia, lo que nos tomó aproximadamente un mes de trabajo, posteriormente se procedió a ingresar la información de cada uno de los partes policiales en un cuadro de Excel lo que nos tomó aproximadamente tres semanas, en tercer lugar se procedió a la depuración de la información recogida y la elaboración de los respectivos cuadros estadísticos, lo cual nos tomó dos semanas, es por ese motivo que el tiempo estimado para el desarrollo de este capítulo se utilizó completamente en esta fase, y no permitió realizar otras actividades de campo adicionales que también las teníamos programadas, tales como entrevistas, obtención de más fuentes de información secundaria, inclusión de más criterios de discriminación e incluso una mayor profundización de los que se logró extraer. En ese sentido debemos decir que consideramos que este trabajo no es sino el germen de una próxima investigación en la que lograremos completar los datos aquí obtenidos.

En fin, lo que si se consiguió fue establecer muchos de los criterios de selectividad que utilizó la agencia policial el momento de ejecutar la criminalización secundaria, al igual que indicios de una suerte de etiquetamiento social en base a estereotipos, finalmente se esbozó un estereotipo de lo que la policía criminaliza sin embargo, por las limitaciones anteriormente anotadas el mismo no pudo construirse de manera total.

CAPÍTULO I “LA IGUALDAD Y LA CRIMINALIZACIÓN”

“La justicia consiste en igualdad... pero entre iguales....”

Aristóteles.

1.1 La igualdad, la desigualdad, la diferencia y la discriminación

Iniciamos con esta máxima pues recoge una concepción de igualdad de trato que nos es útil para evidenciar el gran problema que vamos a abordar en esta investigación, existen un sinnúmero de formas de entender la igualdad. Desde la concepción misma del principio de igualdad formal podemos encontrar ya una dificultad, pues si confundimos igualdad con identidad es ahí cuando se tratará igual a los iguales y diferente a los diferentes.

Es por esto que no existen juicios de igualdad neutros, sino siempre basados en criterios de relevancia.¹ Prieto Sanchís respecto al principio legal de igualdad (igualdad formal), sostiene que en abstracto es correcto, pero que sin embargo en circunstancias concretas puede resultar en tratos discriminatorios, por lo cual una forma de garantizar la igualdad puede ser efectivamente a través de prácticas desiguales (acciones afirmativas).

Prieto Sanchís sostiene que “*la noción de igualdad implica una relación entre dos o más sujeto u objetos que poseen al menos una característica relevante en común*”² por lo tanto la igualdad no debe confundirse con la identidad que implica que existe otro sujeto u objetos con absolutamente todas las características que el otro. Para que haya igualdad

¹ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual*, Universidad del país Vasco, disponible a 11 de febrero de 2013 en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>, p.5

²Luís Prieto Sanchís *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010, p. 111

necesariamente debe existir alguna diferencia que permita al ser descartada, realzar las similitudes que poseen los sujetos u objetos que se comparan, valga decir para que exista igualdad debe previamente reconocerse que existen diferencias.

Nuestras relaciones como personas nunca parten de la identidad sino de la igualdad fáctica parcial, la parte restante, es decir las desigualdades entre las personas, traen como consecuencia que a nivel jurídico deban construirse igualdades y desigualdades normativas.³ En palabras del propio Prieto Sanchís “*un tratamiento jurídico diferente en lo normativo a fin de obtener una igualdad sustancial de las consecuencias*”.⁴

Para Catherine MacKinnon, la igualdad es aceptada en la sociedad pero raramente practicada, al contraste con la desigualdad que es socialmente reprochada y muy practicada.⁵ Pese a que la igualdad se encuentre legalmente garantizada, en realidad se vuelve algo más hipotético que realizable, permaneciendo mas como una quimera antes que como una realidad.⁶

La igualdad influye normativamente en varios niveles, la idea de igualdad formal, por ejemplo el tratar igual a los iguales (analogía) y tratar diferente a los diferentes (distinción), es un simple razonamiento legal.⁷

Ferrajoli sostiene que el término igualdad es ambiguo y su definición usual ha correspondido tradicionalmente al concepto de igualdad jurídica entendida como una descripción, considera debe entenderse a la igualdad como una norma de prescripción en el

³ Luís Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 114.

⁴ Luís Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 108

⁵ Catherine Mackinnon, *Sex Equality*, New York, Foundation Press, 2001, p. 2

⁶ Catherine Mackinnon, *Sex Equality...*p. 3

⁷ Catherine Mackinnon, *Sex Equality...*p. 3

sentido de que todos los seres humanos somos igualmente titulares de los derechos fundamentales.⁸ En tanto que la diferencia corresponde a aquellas características individuales que construyen a cada persona y las mismas corresponden a hechos. Dichas características son innumerables, pueden ser tanto naturales como sociales. Por lo tanto no existe contradicción entre igual y diferente⁹, ya que en esencia todos somos diferentes e igualmente titulares de derechos.

Ferrajoli sostiene que la desigualdad, es en cambio la disparidad en las conductas sociales a causa de las diferencias. Divide entre desigualdad jurídica y antijurídica.

La primera se compone de aquellos derechos subjetivos y personales que un individuo posee y excluyen a otro, como por ejemplo la propiedad sobre un bien, es decir en abstracto todos tenemos igual derecho a la propiedad, en concreto unos lo pueden ejercer y otros no, sin que esto implique una discriminación, aquí se crean esferas jurídicas diversas.¹⁰ La segunda es lo que conocemos como la discriminación, pues se vulnera la norma (igualdad) a tratar en forma desigual a aquellos que pese a sus diferencias deben ser tratados de la misma manera.

En otras palabras podemos decir que se rompe la concepción usual del principio de igualdad en el sentido de que se trata por igual a los similares y a los diferentes.

Para Ferrajoli, existen cuatro modelos en que la norma (igualdad) se relaciona con dichos hechos (diferencias).¹¹ Estos modelos veremos han sido y continúan siendo aplicados desde la organización del poder el momento de efectuar la criminalización

⁸ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil...*p. 81

⁹ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil...*p. 79

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil...* p. 82

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 4ta edición, 2004, p. 81.

primaria y se han traducido históricamente por ejemplo en legislación androcéntrica, concepción de la pobreza como criterio de criminalidad, o creación y posterior valoración de estereotipos. Dichos modelos son:

1) indiferencia jurídica de las diferencias:¹²

En este modelo, el destino de las diferencias, así como el trato al diferente, se da en virtud de la fuerza, las diferencias no se valorizan ni desvalorizan, no se protegen ni se violan, no se las toma en cuenta, la fuerza es quien definirá a los dominantes de los dominados, por lo tanto el derecho no hará mención de los débiles.

2) diferenciación jurídica de las diferencias:

En este modelo efectivamente el derecho reconoce algunas de las diferencias, sin embargo se utiliza un criterio de jerarquía, valorando a algunas como superiores a otras, pretendiéndose un falso universalismo de las que se asumen como privilegiadas como si fueran el modelo a seguir, lo cual va creando un sistema de “castas” pues quienes no se identifican con las características valorizadas, son vistos como inferiores y por ende discriminados. Esta jerarquización se toma como origen tanto de derechos como de obligaciones, pero que se verán afectadas por la desigualdad.

3) homologación jurídica de las diferencias:

En este modelo al igual que en el anterior, se reconoce la existencia de diferencias, sin embargo haciendo uso de un discurso universalista de igualdad, se pretende minimizarlas, relativizarlas, hasta casi anularas, con normas jurídicas que plasman una pretendida universalidad, a través del principio de igualdad jurídica, esto sucede afirmando

¹² Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil ...p. 73.*

que todos los hombres somos iguales ante la ley, o decir hombres y mujeres somos iguales ante la ley. Se pretende una igualdad universal sin características identitarias superiores o inferiores

Cabe cuestionarse sobre dicha universalidad por cuanto nuevamente solo está tomando en cuenta un lado de la moneda. Como analizaremos posteriormente quizás el modelo de igualdad universal que se tiene en mente hace referencia a una persona, pudiente, de tez blanca, con educación superior, sin adicciones, sin pasado judicial, con trabajo estable y con poder de reclamo, entonces al decir todos los hombres somos iguales ¿Qué pasa con la persona indigente, de tez oscura, trigueña, negra, analfabeto, sin trabajo estable y sin poder de reclamo? Pretender acaso que por esto debe ser tratado en forma inferior o ser seleccionado por el sistema como un “vulnerable” es por demás discriminatorio.

Consecuencia de esto en el plano formal se anulan las diferencias, pues las normas garantizan la igualdad, sin embargo en el plano material dichas prácticas discriminatorias subsisten.

4) igual valoración jurídica de las diferencias:

Es un modelo que se distingue de los otros tres, pues si bien parte del principio de igualdad ante la ley (norma), no es indiferente a las diversas características identitarias (hechos), pero no valoriza ni desvaloriza a ninguna, todas merecen respeto y protección indistintamente, considera a las diferencias como rasgos de identidad de las personas, convirtiéndose así la tutela en protección de la propia identidad. De esta forma considerando a todos iguales pese a tener identidades diferentes, se garantiza una igualdad no discriminatoria.

Para Boaventura de Sousa Santos los conceptos de desigualdad y exclusión han ido evolucionando a través del tiempo, al punto de que con el inicio del modernismo pasaron de ser reglas generales a excepciones que para ser aceptadas deben justificar las razones que las sustentan, pues la política social lo que busca es eliminar toda práctica discriminatoria.¹³

Para el autor tanto la desigualdad como la exclusión, son sistemas jerarquizados de diferenciación. En el primero, implica una inclusión social, pues el sujeto pertenece al grupo, sin embargo se lo integra en forma subordinada en relación a los demás miembros, sosteniendo a los niveles más altos de la escala por lo cual se puede decir que incluso es indispensable.

En la exclusión simplemente se pertenece por la forma de ser excluido, quien esta debajo de la escala se lo considera fuera, sin embargo siempre se hace la relación en referencia a los que se considera están superior a él y están dentro.

La desigualdad es un sistema cuya piedra angular es la pertenencia de diferentes a quienes se valora como inferiores, a fin de que los diferentes que se valoran como superiores, puedan reafirmarse en su posición.¹⁴

Por su lado ese sistema de exclusión se basa justamente en el afianzamiento de diferentes que se asocian entre sí, se valoran como superiores y sacan fuera del grupo a aquellos diferentes que se valoran como inferiores.¹⁵

¹³ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010, p.4

¹⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.4

La desigualdad y la exclusión pueden presentarse tanto de forma independiente así como entrelazarse y crear relaciones sociales más complejas.¹⁶

Boaventura de Sousa Santos refiere que la forma de contrarrestar la desigualdad y la exclusión, ha sido el universalismo que a través de sostener la existencia de verdades universales objetivas y eternas, iguales para todos los seres humanos, se enfrenta la exclusión, sin embargo no ha dado los resultados que se esperaban.

Este universalismo puede asumir dos formas, universalismo antidiferencialista, y el universalismo diferencialista.¹⁷ La primera pretende una negación de las diferencias, la segunda una absolutización de las diferencias, en palabras de Sousa “*mientras que el primer universalismo inferioriza por el exceso de semejanza, el segundo inferioriza por exceso de diferencia*”¹⁸

El universalismo antidiferencialista se vale de principios como el de la ciudadanía y los derechos humanos, asimilacionismo, o reinserción social a fin de crear un parámetro bajo el cual todos somos iguales, oponiéndose de esta forma a la exclusión, si se quiere

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.4

¹⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 4

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.7

¹⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 8

pretendiendo una suerte de cohesión social.¹⁹ Es en cierto sentido similar a la valoración jurídica de las diferencias que hace Ferrajoli.

Por su lado el universalismo diferencialista, ha sido utilizado generalmente ante los fracasos del antidiferencialista, cuando se concluye que existen diferencias insuperables e inasimilables a ese pretendido universo.²⁰

1.2 EL PREJUICIO

Es importante distinguir al prejuicio de las formas de opinión erróneas, pues de estas últimas no todas son prejuicios, muchas veces son causadas por la ignorancia, y pueden ser superadas a través del conocimiento.²¹ Para Bobbio, todos los tenemos, incluso el autor llega a afirmar que “*no existe prejuicio peor que el creer no tener prejuicios*”²² todo esto por cuanto la forma de combatirlos no es con otro prejuicio, sino a través de la razón.

El prejuicio puede definirse entonces como “*aquellas opiniones o conjunto de opiniones, aceptadas pasiva y acríticamente, siendo aceptada con tal fuerza que resiste toda refutación fundada en la razón*”.²³ Giovanni Sartori cuando por ejemplo define lo que es una ideología lo definiría como “*un sistema de creencias basado en elementos fijos y*

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 8

²⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.8

²¹ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010, p. 184

²² Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p.199

²³ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 184

por una estructura cognitiva cerrada.”²⁴ Los prejuicios pueden estar asociados a íntimos temores, pasiones, u objetivos.

Existen dos formas de prejuicio, los individuales y los colectivos, un ejemplo de los primeros por ejemplo lo es la superstición²⁵ Este tipo de prejuicios sus consecuencias son menores en primer lugar por cuanto en algunos casos no rebasan la esfera interna del prejuicioso, por lo cual al menos doctrinariamente no se les atribuye la discriminación como una consecuencia, aunque si como causantes de un trato desigual.

Por otro lado los prejuicios colectivos, se producen cuando un grupo social juzga a otro generalmente en forma recíprocamente negativa basado en gran medida en la auto identificación de sus miembros con el colectivo, cuando esta es mayor se comienza a ver al otro colectivo o sus miembros como rivales, distintos u hostiles.²⁶ Estos prejuicios son sumamente peligrosos por cuanto pueden degenerar en violencia²⁷, exclusión, criminalización, persecución, discriminación de aquellos que son percibidos como los otros. Es de anotar que el grupo que se mira como diferente, a su vez saca sus propias conclusiones respecto del otro grupo, por lo cual tiene a actuar de la misma forma hacia aquel.

La peligrosidad de este tipo de prejuicios se encuentra justamente en los conflictos sociales que se causan al contraponer a colectivos dentro de una misma sociedad, o incluso de sociedades distintas, por lo cual estos sí generan como consecuencia una discriminación.

²⁴ Giovanni Sartori, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 115-137

²⁵ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 185

²⁶ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 186

²⁷ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 187

1.3 LA DISCRIMINACIÓN

Es un término utilizado principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial²⁸ podemos decir que la discriminación es la peor consecuencia negativa del prejuicio colectivo, ya que como se refirió crea la contraposición intergrupala.²⁹ A nivel de instrumentos internacionales³⁰ encontramos algunas definiciones que en varios ámbitos (racial, género, contra la discapacidad) recogen una misma idea en la que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción, preferencia, limitación que basada en diversos motivos tiene por objeto menoscabar, anular, alterar, destruir, el goce, ejercicio, reconocimiento, de derechos y libertades fundamentales.³¹

Barrère Unzueta, aclara que no debe entenderse que la discriminación opera en cualquier trato desigual ya que aplica únicamente cuando la desigualdad es injustificada y arbitraria y peyorativa.³²

Refiere que es erróneo usarla para designar la ruptura de la igualdad de trato, en individuos que se perciben como iguales, esto se llama diferencia intragrupal.

²⁸ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 187

²⁹ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p. 187

³⁰ Hemos recogido, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 1), Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (artículo 1), Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad (artículo 1 numeral 2), Convenio 111 De La OIT: Relativo A La Discriminación (Empleo Y Ocupación (artículo 1), Convención Relativa A La Lucha Contra Las Discriminaciones En La Esfera De La Enseñanza (artículo 1)

³¹ Definición propia luego de condensar algunas de las definiciones recogidas en instrumentos internacionales referidos.

³² María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual...*p. 13

Mientras que cuando se produce la contraposición de grupos, se crea una diferencia intergrupales³³ que busca de manera sistémica beneficiar a un grupo por sobre el otro³⁴ y es esta la que da origen a la discriminación.

Ambos tratos desiguales acarrear consecuencias diferentes; de esta forma pese a que el trato desigual se da en ambas situaciones, por discriminación debemos entender solo a la intergrupales.

La dificultad que presenta el observar a la discriminación como una desigualdad únicamente de trato, y no de oportunidades, o de status, deja fuera del concepto de discriminación muchas otras situaciones jurídicas de desigualdad, dando vía libre a prácticas discriminatorias que se asumen como normales.³⁵ Por ejemplo el hecho de que la legislación criminalice la vagabundería no es considerado discriminación, sino una cuestión de libre elección, por ende no se considera que exista una jerarquización que subordina y criminaliza en este caso la pobreza.

Considera de igual manera que otro uso común e incorrecto del término se presenta cuando se confunde discriminación negativa (diferenciaciones injustas y arbitrarias), con diferenciaciones o distinciones neutras (discriminación positiva), pone por ejemplo de este mal uso, llamar discriminación a las medidas afirmativas.³⁶

Ferrajoli sostiene que las discriminaciones son desigualdades antijurídicas, en que se tratan de diversa forma a las diferencias³⁷, que son las que constituyen la identidad

³³ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual...*p. 10

³⁴ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual ...*p. 14

³⁵ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual ...*p. 17

³⁶ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual...*p. 12

³⁷ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia*, en *Derechos y garantías, La ley del más débil...*p. 83.

propia de cada individuo, por lo que bien podemos decir que es una vulneración que atenta contra la esencia misma de la personalidad de un ser humano.

Para Norberto Bobbio las discriminaciones se entienden como diferenciaciones injustas o ilegítimas, pues al igual que sostiene Ferrajoli, estas “*atentan contra el principio fundamental de justicia, en virtud del cual los iguales deben ser tratados igual*”³⁸

Es importante anotar que existe también una discriminación positiva que se define como aquella que “*el conjunto de medidas vinculadas al Derecho, destinadas a eliminar la discriminación intergrupala*”.³⁹ Siempre implica una decisión en que se sacrifican los intereses de un grupo por sobre los de otro que se considera necesita dicha protección, constituyen las así llamadas medidas afirmativas.

1.3.1. FASES DE LA DISCRIMINACIÓN

Bobbio indica que la misma se desarrolla en tres fases⁴⁰:

1) la inicial es la constatación de las diferencias, lo cual lo realiza cada persona pues los seres humanos tenemos consciencia de uno mismo así como consciencia de lo que está fuera de uno, por lo cual como refiere el autor aquí simplemente se realiza un juicio de hecho, pues en este punto si bien se toma consciencia de la propia identidad y de la ajena, aún no se le atribuye superioridad o se le da un valor en ningún sentido a ninguna de ellas.

2) La segunda fase implica un juicio de valor, pues va más allá de la mera constatación de las diferencias fácticas que pueden o no estar basadas en criterios objetivos,

³⁸ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 187

³⁹ María Ángeles Barrère, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual ...*p. 19

⁴⁰ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p. 187

constatación que de por sí no es discriminatoria, se debe pasar a la valorización⁴¹ a asignar jerarquías, o características positivas o negativas a dichas diferencias. Ahora bien dichas valorizaciones, provienen de los estereotipos, o de prejuicios, que como referimos en líneas anteriores no responden a un juicio racional. Es similar a la valoración jurídica de las diferencias que refiere Ferrajoli. Es de anotar que no necesariamente dicha valoración tiene porque ser negativa.

3) la fase final, es cuando en virtud de la valorización se procede a la acción, que bien puede ser positiva o negativa dependiendo del tipo de valorización y jerarquización que se haya hecho.⁴² Es más, Bobbio sostiene que incluso aceptando la valorización dada, la respuesta consecuencia no tiene por qué ser negativa, por ejemplo si alguien se valoriza como más fuerte o bien puede machacar al débil, o puede socorrerlo. Lo que si niega de plano es que la respuesta discriminatoria sea la correcta.

1.4. DISTINTOS CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN

La discriminación opera en virtud de las diferencias, las mismas que son innumerables, y no pretendemos por ello sesgar la investigación a unos cuantos. Bobbio por ejemplo habla de seis formas principales: racial, lingüístico, sexual (entendida como de género), religioso, por incapacidades psíquicas, por preferencias homosexuales⁴³ pero por supuesto que son muchas más, como la condición social, por clase social, por condición

⁴¹ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.188

⁴² Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.188

⁴³ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.191

personal, opiniones políticas, culturales. Nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2 recoge: etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente.

Se puede entonces decir parafraseando a Ferrajoli que la discriminación es una sola, pero que los pretextos para utilizarla son muchos, de los cuales algunos se han convertido en paradigmáticos como el sexo por ejemplo.⁴⁴

1.5. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Debido al sinnúmero de diferencias que pueden servir de base para un trato discriminatorio, Bobbio ensaya una clasificación bipartita, que advierte no es absoluta, por cuanto no siempre va a aplicar en todos los casos, pero que sin embargo si nos es útil para evidenciar que muchas de las formas de discriminación son más fácilmente superables que otras.⁴⁵

La distinción de Bobbio divide a las diferencias en naturales y sociales. Respecto de las primeras, en principio y con la cautela que se indica en líneas anteriores, podemos decir no hay forma de superarlas o la misma es sumamente complicada, generalmente son diferencias de carácter biológico, externo si se quiere, son tangibles y pueden ser demostradas, perduran en el tiempo.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Igualdad y diferencia, en Derechos y garantías, La ley del más débil...* p. 73

⁴⁵ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.194

Por ejemplo, el color de la piel de una persona es algo que no podrá cambiar en su vida es una característica con que se nace, al compararlo con una persona de piel amarilla se evidenciará que en su color no son iguales y en principio no lo llegarán a ser por lo tanto podemos decir que sus diferencias se mantendrán a lo largo de sus existencias y no podrán hacerse nada al respecto. Sin embargo de lo cual no hay razón alguna que justifique un trato diferente a ninguno de ellos.

Respecto de las diferencias sociales tales como la clase económica, el estrato social, filiación política, orientación o preferencia sexual, la nacionalidad, el nivel de instrucción, la ocupación, la farmacodependencia, reincidencia en delitos, peligrosidad etcétera, con la misma prevención que iniciamos este título podemos decir que sí son superables y el camino es mucho más fácil,⁴⁶ son cuestiones relativas y no comprobables, responden a concepciones creadas ya sea culturalmente o religiosamente, que se utilizan en ciertos momentos y en otros no. Hay momentos en que sociedades han sido matriarcales, en que ciertas características “femeninas” han sido valoradas como positivas, por ejemplo el movimiento de preciosos en Francia.⁴⁷

Bobbio nos pone como ejemplo el constructo social que llamamos género y que ha sido el pretexto para dividir en roles en la sociedad, si partimos de la perspectiva de género veremos como dicho constructo social es creado y sostenido a fin de reforzar estructuras de poder patriarcales, a través de la dicotomía, jerarquización y asignación de roles y como tal puede ser siempre cuestionado y deslegitimado por cuanto impone diferencias que no son

⁴⁶Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.192

⁴⁷ Elisabeth Badinter, *El enigma masculino la gran X*, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares compiladores *El género en el derecho ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. P. 78

naturales y por cuanto impone tratos desiguales para dichas diferencias, discriminándolas.⁴⁸

Veremos más adelante como ocurre algo similar con la asociación pobreza – delincuencia, farmacodependencia – delincuencia, etcétera.

Aunque las diferencias naturales y sociales pueden ser tomadas separadamente, puede darse el caso de que de que a una diferencia natural se le agreguen diferencias sociales, dificultando la forma de superarla, pues la discriminación que se crea es mucho más fuerte.

Tomemos una diferencia de sexo (natural) y sumémosle una social (por estrato social), por ejemplo una mujer de escasos recursos económicos es mucho más vulnerable a ser sujeto de discriminación y maltrato, en muchos ámbitos, incluyendo el legal, pues como veremos la criminalización secundaria opera sobre los mismos criterios discriminatorios que la sociedad le impone, produciéndose de esta manera una doble victimización.

El ejemplo fácilmente se agrava si además de la diferencia por estrato social le aumentamos la etnia, que la mujer es trabajadora sexual, que tiene sida, que consume drogas y que tiene antecedentes penales.

Por su parte, una persona del mismo sexo pero de clase económica pudiente y dirigente feminista, que use drogas y que incluso sea abierta en su sexualidad, por ejemplo quizás tiene más posibilidades de responder y hacer valer sus derechos ante la más mínima agresión dejando de ser de esta manera vulnerable.

La distinción entre diferencias naturales y sociales ha tenido una gran influencia desde el punto de vista político, por cuanto hay quienes consideran que nunca se alcanzará una verdadera igualdad ya que la misma es utópica por cuanto la mayoría de diferencias

⁴⁸ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.193

son naturales, en oposición a quienes piensan que la mayoría de diferencias son sociales, por lo tanto superables y más cerca del cumplimiento de una verdadera igualdad.

1.6. LA CRIMINALIZACIÓN Y LA DISCRIMINACIÓN

Foucault al hablarnos de la exclusión social sostiene que una cultura a través de un discurso que se presenta como verdadero, “*crea una prohibición y la rechaza*”⁴⁹ se crea de esta manera una dicotomía, un límite de hasta dónde y cómo se puede actuar, de grupos que son aceptados y de grupos que no; rebasados los mismos, el grupo o el sujeto que lo hacen se convierten en transgresores que posteriormente a través de las normas se convierten en excluidos.

Howard Becker nos pone en evidencia como la sociedad procede a realizar una interpretación de los motivos e intenciones que se encuentran tras cualquier conducta, y a partir de las mismas va creando construcciones⁵⁰ de la misma forma cuando la sociedad va construyendo sus normas de conducta y al momento que una persona las trasgrede es visto como un outsider, esto es lo que posteriormente se llamó la teoría del etiquetamiento.

Todas las ciencias y ámbitos del saber por mas positivistas que se precien ser, pues llega un punto en que pese a que se extraiga todos los datos sensorios y objetivos se deberá agruparlos y dotarles de alguna motivación so pena de incurrir en una simple recopilación

⁴⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...*p.5

⁵⁰ Howard Becker, *Sociología interpretativa y tipología constructiva*, en Georges Gurvitch, Wilbert Moore, *Sociología del siglo XX, el ateneo, España 1966*, p. 66

de datos que no podrá ser utilizada con fines previsionales.⁵¹ Es así como en el derecho penal no pueden jamás dejar de incluirse los datos sociales, las relaciones reales entre las personas, las motivaciones, relaciones de poder, sin embargo con el pretexto de mantener una supuesta pureza jurídica del derecho penal, enfocada al deber ser la dogmática penal tradicional por largo tiempo si pretendió no incluirlas. La crítica a esta situación es un postulado fundamental de la criminología crítica.⁵²

En todo caso hay muchas proposiciones de la realidad que cuando son incluidas no están sujetas a verificación, se las trata como verdaderas, e irónicamente como refiere Zaffaroni ni si quiera se está al tanto de que las mismas son interpretaciones sociológicas de la realidad⁵³ que se hacen pasar por verdades jurídicas y por lo tanto no se contrastan con otros datos de la realidad.

Dentro de estos errores se encuentran: “*las penas más graves disminuyen el número de delitos, penando a los ladrones se tutela a la propiedad, los locos son peligrosos, el reincidente es más peligroso que el primario, (...) El consumidor de tóxicos prohibidos se convierte en delincuente, todo consumidor de tóxicos es un traficante potencia (...).*”⁵⁴ El pensar que la criminalización secundaria se realiza de forma natural, es decir sin filtración ni selectividad se puede considerar un dato en este sentido, al igual que la relación pobreza delincuencia, podemos decir que su aceptación acrítica los convierte en prejuicios, además pueden constituir el germen de posteriores valorizaciones y jerarquizaciones.

⁵¹ Howard Becker, *Sociología interpretativa y tipología constructiva*, en Georges Gurvitch, Wilbert Moore, *Sociología del siglo XX, el ateneo, España 1966*, p. 66

⁵² Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002 p. 23

⁵³ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p. 23

⁵⁴ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 23

Se sesga de esta manera la criminología al investigar las causas del delito a partir de los que son criminalizados, “*confundiéndose así las causas de la criminalización con las del comportamiento delictivo*”⁵⁵

La criminalización se define como un mecanismo de control social, intencional y sistémico que tiene por objetivo intimidar, neutralizar, inhibir y hostigar a quien pueda poner en riesgo o cuestione expresiones de poder imperantes bien provengan estas del Estado o de particulares.⁵⁶ Dicho control social opera en niveles normativos, discursivos, judiciales, policiales y militares, y en dos formas específicas, la criminalización primaria y la criminalización secundaria.⁵⁷

Toda esta actividad se realiza por todo un conjunto de agencias, que tienen un aparente discurso de neutralidad, pues se representan como ascéticas a perseguir, o a la neutralización de un daño⁵⁸ lo cual es plasmado por el poder estatal en normas que contienen dicha función tanto en forma manifiesta, aunque existen también normas penales de carácter latente y eventual⁵⁹ y funciones punitivas con iguales criterios, que actúan con la finalidad de legitimar el derecho penal y el poder punitivo como medio eficaz para resolver los conflictos sociales. Todo esto es lo que Zaffaroni llama sistema penal.

Estas agencias no operan coordinadamente ni con un fin común, sino por el contrario cada una conforme a su propio fin, llegando a contradecirse e incluso imponerse a

⁵⁵ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 24

⁵⁶ Definición dada en el Informe Temático *Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un Estado Constitucional de Derechos* de la Defensoría del Pueblo Ecuatoriana, a 13 de febrero de 2013 disponible en: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=447%3Ainforme-criminalizacion-defensoria-del-pueblo&Itemid=154 , p.3

⁵⁷ Informe Temático *Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador*... p.5

⁵⁸ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 37

⁵⁹ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 38

las otras.⁶⁰ La relación a nivel interno de cada agencia no se encuentra libre de conflictos tampoco, un claro ejemplo lo tenemos en la misma función judicial cuando no existe uniformidad respecto de determinados puntos de derecho.

1.6.1. LA CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA

La criminalización primaria como lo explica Zaffaroni puede definirse como el acto y efecto de sancionar una ley penal, lo hace la agencia legislativa definiendo en abstracto quienes serán los seleccionables para ingresar en el sistema penal, es la implementación de un programa que se habilita al cumplirse los presupuestos escogidos por el legislador.

El programa formulado jamás será cumplido en totalidad debido a que es algo prácticamente imposible, debido tanto a la extensión del mismo, como a la limitada capacidad operativa de las agencias destinadas a ejecutarlo.⁶¹

Otra forma de criminalización primaria la encontramos a través de la utilización del discurso y la difusión de mensajes de portavoces estatales, generalmente con gran participación mediática que logran posicionar en la agenda pública el mensaje deseado.

Este discurso se encuentra condicionado por el poder, pues es desde aquel que se definirá lo que se entenderá y catalogará como reprochable y donde se dará forma a la idea “delincuente” o “peligroso”.⁶²

El momento más crítico del sistema penal es aquel en que se selecciona quienes van a ingresar al mismo, función que la realiza la policía, dentro de su discurso y función manifiesta de mantener el orden interno y hacer respetar la ley, cuando se encuentra en la

⁶⁰ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... pp 18-19

⁶¹ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 7

⁶² Informe Temático *Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador...* p. 5

calle lo hace en principio en virtud del catálogo de delitos que le entrega el legislador que además de sus concepciones, fines propios, criterios morales, sociales, de los medios de comunicación⁶³ influye de manera enorme también la inmensidad del programa planteado, por lo cual para Zaffaroni la policía optará por: “a) *Seleccionar las conductas que son mucho más fáciles de descubrir y criminalizar, que generalmente corresponden a actos toscos; y b) seleccionar a aquellas personas que no tienen cobertura de poder y por lo tanto son vulnerables.*”⁶⁴

En cuanto a los actos seleccionados el sistema acaba escogiendo a los más “groseros” de todos y proyectándolos como los únicos que son criminalizados, dejando de lado muchos otros más relevantes o más frecuentes, creando un estereotipo de personas desvaloradas⁶⁵ donde confluyen los prejuicios de la sociedad, convirtiéndose el mismo en el principal criterio criminalizador y he ahí el origen de cierta regularidad de la población penitenciaria que fue lo que el biologismo criminológico evidenció, una vez que alguien encaja en el estereotipo es mucho más vulnerable de ser criminalizado aún sin cometer delito alguno que alguien que no encaja en el estereotipo, a quien por el contrario resulta más difícil criminalizarlo aun cuando si cometa un delito, salvo que fuere extremadamente grotesco.⁶⁶

Respecto de la vulnerabilidad por falta de cobertura de poder de las personas que son criminalizadas, la misma para Zaffaroni se produce por: a) encuadrar en el estereotipo

⁶³ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general* ...p. 9

⁶⁴ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general* ...p. 9

⁶⁵ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, ... p 9

⁶⁶ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*... p. 12

creado b) cometimiento de actos que son los más detectables por el sistema c) autoidentificación con el rol.⁶⁷

La criminalización secundaria implica la selección de las personas concretas que serán sometidas a la coacción del sistema penal, es ponerle rostros, nombres y apellidos a quienes serán sujetos del sistema, actividad que la realiza la agencia policial cuando detectan a una persona a la que se le atribuye el cometimiento de un delito a fin de detenerlo y presentarlo ante la agencia judicial⁶⁸ por haber infringido alguna norma.

Autores como

Como se analizó anteriormente una de las características de la criminalización es que la misma se desarrolla en forma sistémica, por lo cual en mayor o menor medida la agencia policial replicará y se verá influenciada a actuar por los criterios dominantes en la sociedad y por el mismo Estado a los que se debe y de los cuales forma parte, criterios analizamos en el apartado 1.2 supra, en mayor o menor medida son discriminatorios y que

La agencia judicial participa entra en acción recién el momento en que la agencia policial le pone en su conocimiento el cometimiento de un hecho criminalizado primariamente, o la detención de una persona que ha cometido un hecho de similares características.⁶⁹

En síntesis, desde la perspectiva de la agencia policial tenemos los casos en que se detiene de entre los legítimamente infractores de la ley a alguno o algunos, pues jamás podrá detenerlos a todos de una vez. Quizás aquí hablamos de una discriminación que no se

⁶⁷ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general...* p. 10

⁶⁸ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general...* p. 7

⁶⁹ Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general...*p. 7

hace evidente, pues aparentemente la policía esta cumpliendo su función de detener delincuentes, y resultaría “comprensible” que al no poder detenerlos a todos, detenga al mas peligroso, o al que tiene más antecedentes, o al que es socialmente más rechazado.

Sin embargo no debemos olvidar que la policía está omitiendo detener a otras personas que también son infractoras, por lo cual nosotros sostenemos teóricamente que dentro del universo de trasgresores de la ley, se discrimina a unos por sobre otros, pues no por ser presuntamente infractores del ordenamiento jurídico no les es aplicable el principio de igualdad formal y material, y habrá quien legítimamente se pregunte ¿Yo robo al igual que Juan y que Pedro porqué solo me detienen a mí? Quizás aquí se nos llame extremistas, pero nos preguntamos también si aquella detención hipotéticamente ajustada a derecho, no se vuelve ilegítima e incluso inconstitucional pues en esencia vulnera el artículo 11 numeral 2 de la Carta Magna.

Ante una inquietud como la nuestra siempre cobrará fuerza el discurso estatal que pretenderá aumentar el número de agentes de la ley como panacea para reprimir el delito, o el endurecimiento de penas a fin de “disuadir”, prácticas que parten sin embargo del iluso pensamiento de que el programa dado por el legislador puede ser ejecutado en su totalidad y que el Derecho Penal ofrece las mejores respuestas a los problemas del mundo.

Quizás la respuesta más evidente es que necesitamos un derecho penal mínimo, disminuyendo así el universo de acciones punibles y seguramente se administrarán más eficientemente los recursos humanos de la institución policial, sin embargo no es el objeto de la presente investigación determinar esto, sino analizar la realidad y la forma en que se está operando por lo tanto simplemente lo dejaremos enunciado.

Otra posibilidad es que la agencia policial pueda llegarse a detener a personas que no son infractoras de la ley y simplemente han sido seleccionadas por la policía para ingresar al sistema. Es ahí cuando se evidencian un poco más fuertemente torturas, ejecuciones extra judiciales, o detenciones ilegales. Aquí es cuando evidenciamos la selectividad al máximo y con la que la teoría de las graves violaciones a los Derechos Humanos guarda relación configurándose así una responsabilidad internacional del Estado incluso.

1.6.2 LA POBREZA COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN LA CRIMINALIZACIÓN

No es nueva la asociación pobreza-delinuencia, es incluso reconocida jurídicamente como una causa de flexibilización de la norma, por ejemplo en la legislación ecuatoriana los números ocho y doce del artículo 29 del código penal contemplan dichas causales en delitos contra la propiedad, el mismo principio garantista de la lesividad como requisito para la respuesta estatal, la mínima intervención o el principio de oportunidad, e incluso doctrinariamente al hablarse de la inexigibilidad de una conducta diferente en tales circunstancias en el posfinalismo.

Sin embargo dicha relación puede ser desmentida tomando en consideración dos circunstancias trascendentales, que nos aporta Raquel Castronovo.⁷⁰

La primera hace relación a que es innegable que en los pobres existe una tendencia a contrariar la norma como forma de supervivencia, muchas veces las actividades ilícitas les reportan un beneficio ligeramente mayor a lo que conseguirían trabajando lícitamente, como por ejemplo el micro tráfico de drogas o quizás la prostitución.

⁷⁰ Raquel Castronovo, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...*p. 74

La segunda es que la razón de esta trasgresión está ligada a más profundamente a un conflicto social, a una reacción consecuencia de una acción por parte de la misma sociedad a la que pertenecen pero que no les trata igual, lo cual se produce por una actitud excluyente que ha sido mantenida por los grupos hegemónicos dominantes.

Detengámonos un momento en esta última idea. Como hemos revisado, la policía en términos generales hace efectiva la función encomendada al Estado, de mantener la seguridad social, Raquel Castronovo sostiene que sin embargo la organización política de aquella incluso en ámbitos democráticos, siempre verá representada a una mayoría hegemónica por sobre otra, lo cual derivará en que en definitiva se termine protegiendo la seguridad social de dicha mayoría por sobre la de la minoría.⁷¹ Cabe indicar que generalmente dicha división se encuentra basada en la capacidad económica, pues han sido siempre los sectores pudientes quienes han ostentado el poder.

Castronovo refiere que es así como desde la mayoría hegemónica pueden asumirse dos posturas, la primera que considera a los pobres como sujeto de violencia y por lo tanto merecedores de una protección garantista, o aquella que justifica la violencia en su contra por considerarlos la causa de su inseguridad, justificándose siempre en la falta de policías, o la corrupción del sistema judicial y penitenciario.⁷²

Al direccionar de esta segunda forma la política Estatal, lo que se consigue es una polarización de la sociedad, y una exclusión de la gente en función de la pobreza, convirtiendo a aquellos en grupos vulnerables al abuso, esto derivará en que obviamente aquellos quienes pertenecen a este grupo no sean sujetos de protección contra la delincuencia sino mas bien objeto de persecución, lo que hará que no confíen en dicho

⁷¹ Raquel Castronovo, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 68

⁷² Raquel Castronovo, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana... p. 71

sistema de seguridad, y agravará mucho más su exclusión, pues son sujetos de maltrato y de violencia por parte del Estado, el que debería más bien haber velado por su bienestar.

Esta situación produce lo que Castronovo llama una “conducta de espejo” es decir ante un grupo que decide excluir e ignorar a otro, entonces ese otro decide hacer lo mismo y distanciarse de la mayoría, lo cual puede implicar también el cometimiento de acciones delictivas, muchas de ellas hacia los excluyentes.⁷³ Sin embargo sus relaciones internas tampoco están libres de violencia pues todo proceso de exclusión implica siempre una disgregación de códigos de conducta y convivencia existentes.

Otra causa de desconfianza y miedo en la agencia policial por parte de los pobres, tiene relación con la composición misma de la policía, que en sus rangos bajos se encuentra conformada por gente proveniente de dichos estratos,⁷⁴ creándose un conflicto social entre grupos de personas que comparten muchas veces situaciones familiares, personales, económicas, incluso discriminantes y que intervienen en conflictos de los cuales ellos mismos también pueden ser parte.

Esto sumado al hecho de que se ha comprobado que muchas veces la propia policía comete delitos, o coadyuva a su ejecución⁷⁵, pues deslegitima de sobre manera a esta institución Estatal.

Por todo esto, desde el lado de los pobres la postura es diferente, pues la consecuencia de la exclusión es que deben luchar contra ella, y más bien lo que hacemos o pretendemos hacer desde nuestra postura, es decir que ellos acepten su situación de desventaja pacíficamente, y además sin contrariar las normas sociales es lado es ilógico y

⁷³ Raquel Castronovo, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 70

⁷⁴ Raquel Castronovo, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 73

⁷⁵ Raquel Castronovo, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 73

evidentemente jamás se dará. Esta incomprensión derivará siempre en la pérdida de los lazos sociales, y los nuevos que se pretendan crear siempre serán débiles y deberán sortear muchas circunstancias adversas hasta irse consolidando.

Partimos de la idea de que la sociedad se encuentra organizada en virtud de la dominancia de un grupo hegemónico, el cual al ostentar el poder es quien a la final decidirá las políticas bajo las cuales se auto regulará, lo que considerará dañino para la misma, lo que será punible lo que no.

En el capítulo primero se indicó como para Bobbio la discriminación se va desarrollando por fases; empezando por la constatación de diferencias, la valorización de las mismas, y terminando por la acción en base a dicha valorización.

Anotamos como los criterios de diferenciación son variadísimos pasan por lo racial, económico, social, sexual, social por anotar unos cuantos.

De la misma manera se explicó como la criminalización opera en forma sistémica bajo criterios de selectividad, diferenciación y jerarquización y al ser la discriminación algo innegable dentro de la sociedad la misma se replica en todas las instituciones por aquella creadas pues siempre el discurso se verá influenciado por el poder.

De la discriminación por clase social Bobbio refiere que la misma tiene efectos en la aplicación de leyes penales, en clara contradicción al principio de igualdad ante la ley,⁷⁶ basta revisar por ejemplo en nuestro país el artículo 11 numeral 2 de nuestra constitución y como todas esas categorías constitucionales tienen aplicación en el derecho penal.

La pobreza como tal es una condición humana que no puede ser penalizada ni castigada, sin embargo las políticas de penalización que se ejecutan responden a

⁷⁶ Norberto Bobbio *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angelica Porras *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad...* p.191

estereotipos y con un aparente profundo desconocimiento de la existencia de pobres y vulnerables.⁷⁷ Es interesante como tras la categoría pobreza se esconden muchos prejuicios y estereotipos, como que son perezosos, irresponsables, indiferentes a la salud, deshonestos.⁷⁸

Es en ese punto cuando el propio sistema empieza a tratarlos con irrespeto, discriminándolos, y es así como estas personas llegan a sentir temor hacia las mismas instituciones que se supone deberían proporcionarles bienestar. Se genera incluso un sentimiento de vergüenza que permite que no reclamen sus derechos por temor a sufrir una discriminación aún mayor.⁷⁹

Otro punto a considerar es que los pobres se encuentran en desventaja en sus relaciones con la autoridad, pueden por ejemplo presentarse dificultades al intentar reclamar por sus derechos, tales como el analfabetismo, la falta de información, barreras lingüísticas, o lo que es muchísimo más grave aún se les dificulta de sobre manera el tener un adecuado acceso a la justicia lo que se refleja más gravemente el momento en que deben enfrentar causas penales o procedimientos migratorios.⁸⁰

Por lo cual se encuentran mucho más vulnerables ante cualquier abuso o irrespeto por parte del sistema, pues al no encontrarse en capacidad de asesorarse de manera competente, pueden ser sujetos a arreglos que no son del todo convenientes para sus intereses, o a que se les pida coimas.

⁷⁷ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos Magdalena Sepúlveda (A/66/265) de 4 de agosto de 2011 a 26 de diciembre de 2012 disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-66-265_sp.pdf p.5

⁷⁸ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.5

⁷⁹ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.5

⁸⁰ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.5

La criminalización primaria es potestad del legislativo, sin embargo al hacerlo no toma en cuenta hacia quien se están dirigiendo los tipos penales⁸¹ ya estos se crean en abstracto, y la criminalización secundaria se deja en manos de la agencia policial quien selecciona en concreto a quienes ingresarán al sistema penal.

Se pudiera pensar que el legislador realiza su función de criminalizar primariamente conociendo que los tipos penales que crea serán aplicados contra personas vulnerables y con poco poder frente al sistema, con la intención de dejar impunes las conductas de ciertas personas que en cambio son sumamente poderosas e invulnerables respecto del sistema convirtiendo así el derecho penal en un derecho penal de clases bajas.

Sin embargo quizás es más acertado afirmar que la discriminación incluso puede operar cuando no se tiene esa intención⁸² pues seguramente el fin con el que se crean tipos penales no es el de criminalizar a parte alguna de la población, sino actos en concreto, sin embargo al no tener presente quienes son más vulnerables por sus circunstancias concretas a ser sujeto de los mismos si puede generar ese efecto.

Tan es así que incluso puede afirmarse que un distintivo del delito es que se encuentra sobrerrepresentado por las clases socioeconómicas bajas,⁸³ pues sus conductas son las que han constituido el punto central de la tipificación dentro del Derecho Penal.

Esto se debe a que como ya referimos en líneas anteriores “el empuje del Derecho Penal estuvo dirigido desde su inicio contra las clases sociales que no se adaptaban a la modernización” convirtiéndose en un instrumento contra los pobres”.⁸⁴

⁸¹ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.9

⁸² Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.7

⁸³ Bernd Schünemann, *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* en Obras Completas tomo II, Buenos Aires, Rubizal-Culzoni editores, 2009, p. 14

Convirtiéndose así la pobreza en una realidad de difícil cambio por cuanto, si se modificara la tipificación de delitos actualmente enfocados a criminalizar la pobreza, como los contravencionales en cuanto a delitos contra la propiedad, vagabundeo, consumos menores de drogas, redirigiéndola contra conductas de “la clase alta” como los delitos de funcionarios públicos, o delitos más graves como el terrorismo por ejemplo se estaría entonces criminalizando únicamente a un porcentaje sumamente bajo de la población que tiene posibilidades y poder, creando más bien impunidad que afectaría a la restante mayoría de clases media y baja existentes⁸⁵ y que no tienen dichas ventajas

1.6.3. LOS DELITOS DE BAGATELA

Un claro ejemplo de la tipificación orientada a sancionar a grupos pobres son los delitos contra la propiedad. Si bien dentro de los mismos pueden incluirse conductas graves también existen aquellos cuya lesividad es sin duda mucho menor, pero que sin embargo obtienen una muy severa respuesta por parte del derecho penal, estos son los así llamados delitos de poca monta, o de bagatela.

Podemos definir a los delitos de bagatela como aquellos delitos que *“pese a ser formalmente típicos, tienen un bajo nivel de desvalor de acción, resultado, o culpabilidad y por lo tanto se los considera no merecedores de una pena, al menos convencional pues se entiende atentaría contra el principio de proporcionalidad”*.⁸⁶

⁸⁴ Bernd Schünemann, *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?...*p. 19

⁸⁵ Bernd Schünemann, *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?...*p. 15

⁸⁶ Krümpelmann, citado por Jesús María Silva *delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, en dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Colombia, Legis, 2008, p 567

Las soluciones propuestas para este tipo de delitos pasan por la pena privativa de la libertad en algunos casos reducida, hasta la posibilidad de despenalización, dejando a salvo la vía civil indemnizatoria o la administrativa.⁸⁷

Si tomamos como referencia la sustracción, independientemente de su monto, concluiremos que existe siempre una afectación a la propiedad privada. Entra en juego el concepto de la dimensión ético social del injusto, pues si bien el daño material puede ser irrelevante en los delitos de bagatela, el daño al ordenamiento jurídico en el sentido de que se está irrespetando una norma que crea seguridad en la sociedad no se puede decir es tan insignificante.⁸⁸

Es aquí cuando surgen respuestas también en el ámbito procesal, como el principio de oportunidad, o soluciones alternativas como la suspensión condicional del procedimiento, a fin de resolver dicho conflicto en el mismo ámbito penal.⁸⁹

El tipo penal del hurto, y todos aquellos tendientes a proteger la propiedad privada de cosas muebles se han mantenido a lo largo del desarrollo del Derecho Penal, y son los que marcan la primera línea de selectividad para el sistema y le proporcionan el mayor número de criminalizados.⁹⁰

Otros tipos penales comunes son aquellos que van dirigidos a imponer normas en los espacios públicos, que regulan lo que se considera “comportamientos indeseables”, como el propio vagabundeo, o situaciones relacionadas con el vivir en los espacios públicos.

⁸⁷ Jesús María Silva *delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión...*p 568

⁸⁸ *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión...*p 571

⁸⁹ *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión...*p. 572

⁹⁰ Bernd Schünemann, *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* en Obras Completas tomo II, Buenos Aires, Rubizzal-Culzoni editores, 2009, p. 19

Este tipo de normas otorgan un gran poder a la agencia policial pues el momento de ejecutar la criminalización secundaria tienen enorme discrecionalidad, incluso pueden aplicar registros de personas y afectar su libre derecho a la movilidad humana.⁹¹

Todo esto se produce por cuanto las agencias policiales utilizan la pobreza como indicador de criminalidad, ejecutando así un plan que vuelve clientes habituales del sistema penal a los pobres.⁹²

Existe adicionalmente otra grave consecuencia en la criminalización primaria de este tipo de delitos un claro ejemplo la tenemos en llamada doctrina de la “cero tolerancia a las ventanas rotas” que incluso parecería actualmente en Ecuador quisiera llevarse a cabo, debido a que un tema que está en la boca de todo el mundo es el de la inseguridad ciudadana.

En pocas palabras dicha doctrina nació en Nueva York en el año de 1994 cuando el alcalde Rudolph Guliani utilizó la teoría de que las prácticas delincuenciales graves tienen su origen en la falta de control de prácticas pequeñas, que al no ser castigadas producen una espiral ascendente de violencia e incremento en el nivel delincencial. Con este argumento se implementó la tolerancia cero en delitos menores, como por ejemplo detenciones por no pago del transporte público, cruzar imprudentemente las calles, quitar la basura de las calles, etcétera, incrementando para dichas operaciones el número de efectivos policiales.⁹³ El nivel de delincuencia bajó en muchas otras ciudades de Estados Unidos, incluyendo Nueva York.

⁹¹ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos... p.13

⁹² Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos ...p.21

⁹³ Irvin Waller *una policía más sagaz no más policías* en *Menos represión más seguridad: verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, INACIPE e ILANUD, México, 2007, p. 107

Los medios de comunicación sin embargo destacaron la disminución de la criminalidad en la ciudad como obra de la valentía de Giuliani, no tomando en consideración que existieron otros factores como programas de trabajo, o el hecho de que la delincuencia empezó a disminuir incluso antes de que Giuliani implementara su política.⁹⁴

Sin embargo y pese a que fueron duramente criticados, muchas personas argumentaron que la política del alcalde sirvieron para legalizar muchas prácticas discriminatorias hacia la población afro descendiente de Nueva York, enfocar la actuación policial en los barrios más pobres de la ciudad, acentuando la así llamada práctica del *stop and check*,⁹⁵ y la selectividad de la policía a través de la misma al poder detener a una persona sin una sospecha fundada de que la persona se encuentra cometiendo un delito, legalizando lo que en esencia es una detención arbitraria (criminalización secundaria por parte de la agencia policial).

Igualmente otras personas sostuvieron que la política de Giuliani en lo único que contribuyó a la disminución de la delincuencia fue por cuanto enfocó su actuar en la rendición de cuentas de los funcionarios incluidos los policiales a través de un sistema llamado Compstat, lo cual transparentó y volvió más Eficiente el actuar de la policía.

Otras críticas desde la criminología sostienen que dicha política lo que en realidad hace es habilitar el poder punitivo por cuanto la policía se encuentra facultada a actuar ya no cuando son actos intrascendentes para el derecho penal, sino antes de que estos se produzcan, es decir en faltas si acaso contravencionales se reprimen como si fueran delitos

⁹⁴ Irvin Waller "una policía más sagaz no más policías" en *Menos represión más seguridad: verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia...*p 108

⁹⁵ Una explicación de un abogado norteamericano consta en el sitio a 23 de septiembre de 2012 disponible en :<http://www.defencelaw.com/drinking-driving-4.html>

graves vulnerando el principio de proporcionalidad entre delito y reacción al mismo⁹⁶ lo cual desde la concepción de un Estado de Derecho debe ser rechazado.

Es así como se puede sostener de conformidad con la doctrina de los derechos humanos que la criminalización que va dirigida hacia la pobreza, es atentatoria de los derechos humanos, tanto más si consideramos que muchas veces lo único que se busca con dichas normas es la invisibilización de la pobreza, muchas veces por cuestiones de estética turística, de inversión de capitales.⁹⁷

1.6.4 EL RACISMO COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN LA CRIMINALIZACIÓN

Es uno de los prejuicios más difíciles de combatir, principalmente por cuanto no existe un racismo total, Bobbio por ejemplo nos indica que generalmente así como una persona puede sentir desprecio por un grupo de personas, igualmente es posible que respecto de otros (distintos a él) tenga admiración.⁹⁸

Como motivos principales del mismo podemos enumerar la convivencia forzada o no buscada, recelo de la pérdida de fuentes de trabajo, etnocentrismo.

En este sentido el respeto a los derechos humanos exige que las personas en igualdad de circunstancias deben ser tratadas por igual tanto formal como materialmente, solo se justifica una distinción si tiene un objetivo y justificación razonable,⁹⁹ y evidentemente un trato diferente por el mero hecho de no compartir una etnia es a toda luz inaceptable.

⁹⁶ Winfried Hassemer, Persona mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1999, p. 160

⁹⁷ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos...p.17

⁹⁸ Norberto Bobbio en *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes* en Danilo Caicedo y Angelica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*...p.200

⁹⁹ Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos ...p.5

En todo caso debemos anotar que al igual que la pobreza, este criterio es utilizado desde las agencias de poder en las distintas fases de la criminalización como un ejemplo de la misma tenemos el muy conocido prejuicio de que los afro descendientes son generalmente delincuentes.

1.6.5 LAS ADICCIONES COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN LA CRIMINALIZACIÓN

La drogadicción es generalmente abordada como un tema de salud pública y de inseguridad, es así como a nivel internacional podemos decir que existen dos enfoques para el problema de la drogadicción.¹⁰⁰ El primero es un enfoque de orientación sanitaria en los casos de consumo ilícito (sin que necesariamente sea un drogodependiente) y drogodependencia como tal, el otro es el enfoque punitivo represivo.¹⁰¹

Dentro del primer enfoque para el caso de los drogodependientes las medidas utilizadas son el apoyo social, tratamiento farmacológico, en tanto que para los no drogodependientes las medidas incluyen impartir educación, facilitar la reintegración social para reducir el aislamiento y exclusión.¹⁰² Este tipo de medidas deben considerarse como “sustitutivas”¹⁰³ del enfoque punitivo represivo, debiendo indicarse en todo momento que las mismas jamás son de tipo obligatorio.

Es interesante como dentro de los factores que hacen más propensa o vulnerable a una persona a fin de convertirse en un drogodependiente, prevalecen las desventajas

¹⁰⁰ Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, México, 2010, a 30 de abril de 2013 disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E05-2009-1Co.pdf , p.15

¹⁰¹ *From choercion to cohesion: treating drug dependence through health care not punishment*, UNODC, 2010, version en castellano diponible a 01 de mayo de 2013 en: http://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion/Coersion_SPANISH.pdf, p. 1

¹⁰² *From choercion to cohesion: treating drug dependence through health care not punishment...* p.1

¹⁰³ *From choercion to cohesion: treating drug dependence through health care not punishment...* p. 1

sociales como la pobreza y personales, aislamiento social, como una forma inútil de enfrentar dichas condiciones.¹⁰⁴ Existen también factores de tipo psicológico.

La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes establece los delitos relacionados y que deben ser reprimidos por los Estados. Sin embargo en su artículo 36 refiere: “(...) b) *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las Partes podrán en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 38(...)*”¹⁰⁵

Es así como por ejemplo en nuestra Constitución recogiendo lo anterior, en el artículo 364 prescribe claramente prescribe “Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá (...) ofrecer tratamiento y rehabilitación (...)”

Se crea entonces un estereotipo que como analizamos en el primer capítulo conlleva una actitud discriminatoria, pues generalmente se asocia al adicto con la criminalidad, la suciedad, la peligrosidad, al crimen organizado. Esto no únicamente afecta a los usuarios de drogas pues se extiende a sus familiares o personas cercanas aunque estos no sean necesariamente usuarios de drogas.¹⁰⁶ Este estigma incluso en ciertos casos es mayor que el que se ha creado respecto a enfermedades mentales como la depresión o esquizofrenia, pues

¹⁰⁴ From coercion to cohesion: treating drug dependence through health care not punishment... p. 2

¹⁰⁵ Convención Única sobre Estupefacientes, disponible a 01 de mayo de 2013 en:
http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf

¹⁰⁶ Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares...p.17

parecería que la sociedad soporta más los males que no se consideran de elección voluntaria.¹⁰⁷

Tan grave es la discriminación y estigmatización creada que incluso el Secretario General de la ONU ha pedido que la misma termine, y que la misma sea tratada como una enfermedad y no como un ilícito.¹⁰⁸

Por ejemplo se calcula que alrededor de 230 millones de personas adultas a nivel mundial (5%) han consumido por lo menos alguna vez una droga ilícita, así como que alrededor de 27 millones de personas (0.6%) de la población adulta mundial son consumidores problemáticos.¹⁰⁹

Consumidores de drogas ilícitas a nivel mundial, 2010¹¹⁰

	Prevalencia (%)		Número (miles)	
	Baja	Alta	Baja	Alta
Cannabis	2,6	5,0	119 420	224 490
Opioides	0,6	0,8	26 380	36 120
Opiáceos	0,3	0,5	12 980	20 990
Cocaína	0,3	0,4	13 200	19 510
Estimulantes				
de tipo anfetamínico	0,3	1,2	14 340	52 540
“Éxtasis”	0,2	0,6	10 480	28 120
Cualquier				
droga ilícita	3.4	6.6	153 000	300 000

¹⁰⁷ Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares...p.18

¹⁰⁸ <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=21234#.UYFEiLVWxDY>

¹⁰⁹ Sumario del Informe anual del UNODC 2012, a 01 de mayo de 2013 disponible en:

http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/Executive_summary_spanish.pdf

¹¹⁰ Sumario del Informe anual del UNODC 2012, a 01 de mayo de 2013 disponible en:

http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/Executive_summary_spanish.pdf

Otra consecuencia del uso de las drogas es el costo que tiene en términos monetarios para las sociedades, se calcula que se requerirían entre 200.000 y 250.000 millones de dólares para financiar los costos de los tratamientos a nivel mundial.¹¹¹

Pese a lo anterior es así como en la criminalización primaria dichos prejuicios son utilizados para elaborar leyes que sancionan todo tipo de actividades relacionadas a las drogas, incluso el consumo, pues si bien en la actualidad se asume que el consumo debe ser tratado y que no puede ser criminalizado, no es menos cierto que para consumir hay que poseer, lo cual implica una criminalización inicial en la que el usuario de drogas debe demostrar que necesita ayuda y que no tiene vínculos con el narcotráfico a fin de que el Estado decida retirarle cargos.

1.7. LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

Puede definirse a este tipo de privación de la libertad como aquella “*detención que se produce en los momentos en que el sujeto lleva a cabo la comisión del delito y es descubierta en ese instante por quien realiza la detención*”.¹¹²

La detención en flagrancia necesariamente se configura con la existencia de los requisitos de urgencia y de inmediatez tanto temporal como personal; la primera hace relación a descubrir al infractor el momento mismo la comisión de un ilícito. La inmediatez personal quiere decir que debe encontrarse al detenido en el lugar de los hechos.

¹¹¹ Sumario del Informe anual del UNODC 2012, a 01 de mayo de 2013 disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/Executive_summary_spanish.pdf

¹¹² Jorge Vitar Cáceres, *la detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253*, Artículo Web disponible a 8 de septiembre de 2012 en http://www.cejamerica.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

Si bien es cierto no es únicamente la policía la que puede realizar una detención en este tipo de circunstancias, para los motivos de nuestra investigación vamos a centrarnos en aquellas ocasiones en que es la agencia policial la que lo realiza.

Bajo dichos requisitos podemos fácilmente concluir que en la realidad la flagrancia “ideal”, difícilmente se configurará pues los casos en que la agencia policial se encuentra presente justamente al momento justo de acabarse de consumir un delito, y en virtud de eso procede a revisar y aplicar el catálogo de delitos a ella encomendada para detener al infractor y llevarlo a la agencia judicial es bastante improbable.

El escenario más cotidiano es el que doctrinariamente se conoce como la cuasi flagrancia pues esta implica una detención posterior al cometimiento del hecho, bien sea por cuanto la víctima o testigos señalan a tal persona como responsable, o se encuentra a alguien con posibles evidencias de la infracción que hacen presumir su participación y en base a eso se procede a la detención.¹¹³

En la cuasi flagrancia igualmente deben justificarse el cumplimiento de los requisitos de inmediatez temporal y personal, pero los mismos dada la naturaleza de la detención se acreditan en forma diferente, así es como una persecución ininterrumpida sustituye al hecho de no haber estado presente la agencia judicial en el momento justo de la consumación del delito y se complementa con la necesaria ubicación de evidencias en poder de persona aprehendida.

¹¹³ Jorge Vitar Cáceres, *la detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253*, Artículo Web disponible a 8 de septiembre de 2012 en http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

De no existir inmediatez en alguna de sus formas, no se configura una excepción constitucional al principio de inviolabilidad de la libertad, y se requiere orden judicial para detener a la persona.

En Ecuador haciendo un análisis de las normas anteriormente enunciadas podemos establecer que el legislador ha optado por instituir un concepto mixto de detención en flagrancia pues por un lado se señala como tal a aquella que ha operado contra un delito que ha sido cometido en presencia de varias personas y descubierto inmediatamente después de su comisión (inmediatez temporal y personal), al igual que aquella que ha sido realizada posteriormente dentro de las 24 horas siguientes y siempre que se encuentren en poder del detenido algún elemento que permita vincularlo al hecho (inmediatez personal). Todas estas circunstancias serán valoradas por la agencia judicial en la audiencia de calificación de la detención en flagrancia.

Hasta este punto todo el ius puniendi es ejercido en forma absoluta por la agencia policial sin control alguno, pues recién cuando dicha agencia decide poner en conocimiento su actuar a la agencia judicial, en este primer encuentro entre las agencias, es cuando la segunda podrá evaluar y si acaso controlar las actuaciones de la primera.

Cuando en dicha audiencia se declara ilegal una detención no se califica la flagrancia en que se produjo la misma se demuestra la existencia del errado actuar policial. Aunque siendo más analíticos en realidad lo que se ha hechos es desnudar la discriminación, los prejuicios, los estereotipos y las desigualdades que han llevado a dicho actuar y que no pudieron ser jurídicamente justificados.

CAPÍTULO II LA AGENCIA POLICIAL

2.1. DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN POLICIAL

La policía como institución ha venido sufriendo cambios, no ha sido siempre la institución como ahora la conocemos, y su desarrollo ha obedecido siempre a una dinámica discontinua, sin embargo podemos establecer dos fases¹¹⁴ se adoptaron dos modelos de policía; el de la policía comunitaria o inglés creado por Robert Peel en 1829, más local y cercano a la ciudadanía o el francés la *gendarmerie* más centralizado, jerarquizado militarizado y disciplinario.¹¹⁵

2.1.2. DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN POLICIAL EN AMÉRICA LATINA

En Latinoamérica predomina el modelo francés y los principios democráticos de funcionamiento de la fuerza no han sido profundizados por todos los miembros de la sociedad, ha existido un quizás conveniente debilitamiento progresivo de la autoridad ejercida por los gobiernos sobre los agentes de la fuerza, todo esto ha derivado en que la agencia policial haya desarrollado una exagerada autonomía y un desarrollo particular de las políticas de defensa y seguridad pública, que muchas veces va más allá de lo que la sociedad o el propio Estado les facultan.¹¹⁶

¹¹⁴ Peter Waldman, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina*, Medellín, DIKE, 1996, p. 34

¹¹⁵ Gabriel Ignacio Anitua, *identifíquese apuntes para una historia del control de las poblaciones* en David Baigun *estudios sobre la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2005, p. 511

¹¹⁶ Bertha García Gallegos, *Doctrina y gestión de las políticas de defensa y seguridad pública y ciudadana en el Estado de derecho* en *Gestión de las políticas de defensa y seguridad ciudadana en el Estado de derecho*, Quito, v&o gráficas, 2005, p. 21

La institución policial no ha sufrido modernizaciones y muchas de las prácticas e ideas con que manejan su discurso corresponden a instituciones antiguas, que incluso el momento de la criminalización secundaria no tienen viabilidad pero que sin embargo ya son justificación suficiente para reforzar un discurso criminalizador.¹¹⁷

Gregorio Kaminsky sostiene que es importante tomar en consideración que en la década de los setenta y hasta años previos a los noventa del siglo pasado, América Latina se vio afectada por la toma de poder de regímenes autoritarios, los cuales tuvieron un apoyo extranjero por parte de Estados Unidos¹¹⁸ con una política de seguridad interna orientada hacia el combate de “*enemigos ideológicos externos*” y hacia la tranquilidad de los gobiernos por encima de la de los ciudadanos a quienes se debían, mediante la doctrina de la seguridad nacional.

Fue así como se desarrollaron programas de capacitación por parte de dicho país a las fuerzas armadas de la región con el fin de crear un frente hemisférico de defensa contra el comunismo, y cualquier manifestación del mismo que en la propia Latino América pudiera presentarse.

En este marco las competencias y el actuar de la policía se distorsionaron llegando incluso en muchos casos a ser cómplices de violaciones de derechos humanos, y se estableció una política de militarización de las fuerzas policiales.¹¹⁹

¹¹⁷ Informe Temático Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador... 44

¹¹⁸ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanús, 2005 p. 47

¹¹⁹ Peter Waldman Justicia en la calle: ensayos sobre la policía en América Latina, citado en Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana* ...p. 47

El rol entonces de la policía en estos momentos fortaleció y apoyó a los referidos regímenes autoritarios, asumiendo una función de control político en lugar de las que propiamente le correspondían.¹²⁰

Fue a partir de los noventa en que la policía re asumió su verdadero rol, aunque mantienen rezagos de su militarización previa. Los gobiernos pos dictatoriales fracasaron en dotar a la ciudadanía de una verdadera seguridad, y es cuando empezó a utilizarse el término de seguridad ciudadana a fin de sustituir el rol de velar por la estabilidad y tranquilidad de los regímenes al poder.¹²¹

En la actualidad la política de la seguridad ciudadana está mucho más desarrollada, sin embargo los Estados así como la propia institución policial, se reconocen como incapaces de controlar efectivamente la seguridad,¹²² lo cual genera un círculo vicioso en que la inseguridad existente se percibe mucho mayor de lo que puede ser, y la ciudadanía exige entonces reformas urgentes, más policía, o leyes más estrictas, aumento de penas, y es en ese escenario que cuando se propone un aumento de garantías en el sistema penal se mira como extraño.

Gregorio Kaminsky sostiene también que esto influye muchas veces en la privatización de la seguridad por parte de la parte pudiente de la sociedad, así como la “justicia por mano propia” de quienes pertenecen a las clases bajas. Ante estas respuestas muchas veces el Estado no tiene la intención de disuadirlas, en todo caso lo que si hace es reaccionar mucho más agresivamente contra la delincuencia.¹²³

¹²⁰ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 49

¹²¹ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 50

¹²² Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 51

¹²³ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 56

2.2. LA DOCTRINA POLICIAL LATINOAMERICANA Y ECUATORIANA

Por doctrina podemos entender al conjunto de valores, tradiciones e ideas que orientan el actuar de una institución.¹²⁴ La policía peruana la define como *“el conjunto de conocimientos ordenados sistemática y metodológicamente, que recoge la historia y cultura policial a través del tiempo, integrando principios valores y normas (...) costumbres y tradiciones que impulsan (...) de integración e identidad policial.”*¹²⁵

En el mismo sentido se define para Colombia la doctrina policial,¹²⁶ que además distingue tres niveles doctrinarios, doctrina estratégica, doctrina táctica y doctrina operacional. La primera con un carácter fundamental y duradero, la segunda como mecanismo de aplicación de aquella, y la tercera que describe los procedimientos a seguirse a fin de cumplir con los dos primeros niveles.

Cualquier doctrina policial siempre derivará de las funciones que tenga asignadas y de los objetivos propios que la misma pueda tener. Por ejemplo en el caso colombiano es la política pública la que señala los parámetros funcionales de la institución, la cual a través de planes estratégicos los debe ir alcanzando.¹²⁷

La doctrina generalmente no se encuentra determinada o establecida en forma taxativa en normas positivas, pues responde más a pautas o directrices generales que se imparten a los miembros de una institución para que interioricen los objetivos macro.

¹²⁴ *Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos*, Ministerio del Interior, Quito, 2012, p. 60 disponible a 29 de marzo de 2013 en: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/Doctrina-Policial-de-la-Rep%C3%BAblica-del-Ecuador.pdf> P.28

¹²⁵ Resolución Directorial de la Policía Nacional del Perú N° 008-2007 , disponible a 8 de abril de 2013 en: http://www.mininter.gob.pe/contenidos/archivos/doctrina_policial.pdf

¹²⁶ Compendio de los lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia, p. 21, a 13 de Abril de 2013 disponible en:

http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/INSTITUCION/CARTELERA/DOCTRINA_POLICIAL/Tab3/01.pdf

¹²⁷ Compendio de los lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia... p. 23

Para el caso ecuatoriano, los lineamientos se encuentran en un documento titulado “Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos,” publicado en el año 2012 por el Ministerio del Interior. Sin embargo debemos tener presente que la institución no ha sido ajena al proceso de reestructuración Estatal, tanto así que no hace mucho tenía el nombre de Ministerio de Gobierno y Policía.

En el referido documento se propone una definición de lo que constituye la doctrina policial ecuatoriana: *“es el conjunto armónico y coherente de principios, normas, valores y tradiciones institucionales forjadas a través de la historia y sirven de fundamento a nuestra identidad.”*¹²⁸

Del referido documento podemos desprender igualmente que la doctrina policial ecuatoriana se fundamenta en la seguridad y orden público así como la protección de los derechos libertades y garantías de la ciudadanía¹²⁹ y para el cumplimiento de las mismas establece como su doctrina la responsabilidad ética y social como motor que garantiza que los policías tengan presentes los objetivos de la institución a la cual pertenecen.

Por ejemplo dichos objetivos son: cumplimiento de la Constitución, garantía del orden social democrático, colaboración en la construcción de la paz social, reconocimiento de la pluriculturalidad y multiétnica, trabajo en conjunto con la comunidad para garantizar la seguridad ciudadana, previsión y prevención del delito, actitud disuasiva ante el delito, trabajo para la restitución de derechos violados, eficiencia, honestidad, diligencia.¹³⁰ Dentro de los valores destacan vocación de servicio, patriotismo, honor, solidaridad, austeridad.¹³¹

¹²⁸ Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos...p. 29

¹²⁹ Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos...p. 28

¹³⁰ Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos...pp. 35-49

¹³¹ Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos...pp. 51-56

Es de esta forma tan “ligera” como se encuentra definida la doctrina policial ecuatoriana mientras que en lo referente a los principios y valores que se exigen al miembro policial si existe una suerte de enumeración y explicación más profunda; igual tratamiento se les da a la doctrina policial peruana¹³² y colombiana.¹³³

Como ya se refirió, Latinoamérica como consecuencia de la colonia se le heredó el modelo francés de policía, por lo cual adolecemos de una falta de cercanía entre dicha agencia y su comunidad, acentuándose así las dificultades para su democratización.¹³⁴ Hecho que no sucede de tan grave forma en países cuya institución policial es más comunitaria.

Podemos resumir grosso modo, que la doctrina policial latinoamericana se encuentra orientada a la sociabilización de la institución, al respeto de los derechos humanos, a la seguridad ciudadana, desarrollo humano y tecnológico.

En esa línea algo que nos parece sumamente claro y que merece ser destacado es que se nota un fuerte interés de acercar a la institución con la sociedad como fundamento de las nuevas doctrinas policiales en nuestra región, en especial para contrarrestar la época de los años setentas a noventas en que la policía como se refirió fue utilizada para otros fines.

¹³² Resolución Directorial de la Policía Nacional del Perú Nº 008-2007 , disponible a 8 de abril de 2013 en: http://www.mininter.gob.pe/contenidos/archivos/doctrina_policial.pdf

¹³³ Compendio de los lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia, a 13 de Abril de 2013 disponible en:

http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/INSTITUCION/CARTELERA/DOCTRINA_POLICIAL/Tab3/01.pdf

¹³⁴ Alfonso Vicaría Hevia, *la legalidad de la actuación policía en Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999, p. 360

2.3 CAPACITACIÓN Y ADOCTRINAMIENTO POLICIAL ECUATORIANO

El proceso de formación inicial dura un año y se divide en dos fases la primera en que se imparten conocimientos teóricos sin la utilización de armamento, mientras que en la segunda se enfoca más en el uso de instrumentos para la protección y seguridad de las personas.¹³⁵

Según datos del Ministerio del Interior desde el 2008, través del Programa Integral de Capacitación Continua (PCIC) se ha capacitado a aproximadamente el 30% de la fuerza policial en materia de Derechos Humanos.¹³⁶ Y se ha conseguido la disminución de infracciones policiales como el abuso de autoridad o agresiones a ciudadanos.¹³⁷ En este año se re abrió dicho programa nuevamente.¹³⁸

2.4. EL PODER DE POLICIA

En el primer capítulo logramos establecer que una restricción de derechos es legítima cuando la misma es razonable y busca un objetivo superior como la equiparación de desigualdades (por ejemplo las medidas afirmativas), y por lo tanto dentro de ese marco no podría concebirse que un Estado no tenga la facultad de limitar razonablemente ciertos derechos, en beneficio del bien común.

¹³⁵ Publicación digital del diario “El ciudadano” disponible a 09 de abril de 2013 en http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=31239:en-escuela-san-pablo-de-lago-formacion-policial-es-integral&catid=4:social&Itemid=45

¹³⁶ Publicación digital del diario “El ciudadano” disponible a 09 de abril de 2013 en http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=41074:17-mil-policias-se-capacitaron-en-ddhh-desde-el-2010&catid=40:actualidad&Itemid=63

¹³⁷ http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=40943:la-policia-nacional-relanzara-su-programa-de-capacitacion-continua&catid=40:actualidad&Itemid=63

¹³⁸ http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=40943:la-policia-nacional-relanzara-su-programa-de-capacitacion-continua&catid=40:actualidad&Itemid=63

Dicha facultad de restricción es lo que Jorge Castells llama “*el poder de policía*” de un Estado.¹³⁹ Jurídicamente las facultades que derivan de dicho poder son por su parte diversas pues bien puede entenderse que toda restricción al ejercicio de derechos se puede considerar como poder de policía (acepción amplia), o solo aquellas que tienen algún objeto específico como proteger la salud, la seguridad, etc.¹⁴⁰

Este poder de restricción opera en diversos niveles, desde lo más elevado como lo es la reglamentación y limitación a través de normas jurídicas (la criminalización primaria por ejemplo), hasta niveles más concretos como la clausura de un local por no cumplir con la normativa que respecto a salubridad se le exige, o la vigilancia de un sector.

Esta actividad “de policía” se encarga a instituciones del Estado las cuales de manera genérica pueden tomar dicho nombre. El término con el sentido tal como lo conocemos se presenta cuando la actividad que se ha encargado a una determinada institución es la de seguridad,¹⁴¹ que además se considera es una función indelegable del Estado moderno.¹⁴²

Dicho uso ambiguo del término ha llevado a que pueda confundirse entre el “poder” y la institución de la cual el Estado se vale a fin de ejercerlo.¹⁴³ Aunque en la actualidad poco a poco se va superando dicha ambigüedad.

¹³⁹ Jorge Castells, *Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional*, en Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanás, 2005 p. 77

¹⁴⁰ Jorge Castells, *Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional*, en Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...*p. 77

¹⁴¹ Jorge Castells, *Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional*, en Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...*p. 78

¹⁴² Raquel Castronovo, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanás, 2005 p. 67

¹⁴³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires Argentina, 2009, capt. 5 p.1 a 8 de abril de 2013 disponible en: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>

Por lo anterior caerse en el error de creerse que el rol de la policía en sentido estricto al estar relacionada con la seguridad, es de fácil definición, como por ejemplo lucha contra la delincuencia, acción puramente administrativa, información a las autoridades, mantenimiento del orden público y seguridad ciudadana, auxilio y servicios humanitarios,¹⁴⁴ sin embargo pese a que podría pensarse que el panorama es claro, son en realidad funciones muy abstractas.

En esa línea, por ejemplo la idea de “mantener el orden interno” puede incluir un sin número de actuaciones como lo refiere Peter Waldman, por ejemplo el tráfico, los negocios, el mercado, la construcción de edificios, actividades todas que desde una óptica del peligrosismo implican siempre algún mínimo riesgo, y por lo tanto se requiere “mantener” ese orden interno¹⁴⁵ y la evidente actuación policial. Sumemos a esto la pugna por poder de las agencias que conforman el sistema penal y entenderemos que la propia institución desee acumular competencias a fin de imponerse a las demás agencias.

Hay quienes por su lado consideran a la policía como el instrumento que tiene un Estado para proteger una determinada concepción social y política, por lo cual se le dota de cierta autoridad, y es ahí donde encuentra su legitimidad.¹⁴⁶

Pero dicha atribución del uso de la fuerza para garantizar un fin superior que lo legitima, es donde mayores conflictos se presentan, pues es en su ejercicio donde se observan un mayor número de abusos. Esto ha motivado a que otros autores por su parte

¹⁴⁴ Alfonso Vicaria Hevia, *la legalidad de la actuación policía en Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos...*p.357

¹⁴⁵ Peter Waldman “El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy” en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina...*p. 35

¹⁴⁶ Patricia Arias, Liza Zúñiga, *control, disciplina y responsabilidad policial: desafíos doctrinarios e institucionales en América Latina*, Flacso Chile, 2008, p. 15.

consideren que la fuerza es el centro de la teoría policial y definan el rol de la misma siempre ligado a la fuerza, independientemente de que la misma se utilice o no en fines policiales (legítimos).¹⁴⁷

Hay que tener en claro que la policía en cierta forma como refieren Patricia Arias y Liza Zúñiga “*goza de soberanía en sus decisiones*” pues como hemos visto es dentro del ejercicio de la criminalización secundaria que actúa prácticamente sin control alguno, decidiendo por sí sola como reaccionará ante una situación en que ella misma es protagonista.¹⁴⁸

Es así como la policía se constituye una de las distintas instancias públicas destinada a combatir los actos que atentan contra la seguridad de los ciudadanos,¹⁴⁹ por esto siempre se presentan tensiones entre la policía y el poder público, policía sociedad civil, o incluso a nivel intrapolicial.¹⁵⁰

Como ente estatal sus diversas atribuciones, se enmarcarán siempre dentro del ámbito de la legalidad, sin embargo el momento de indagar respecto a su independencia funcional o a su relación con las demás agencias del sistema se devela una doble dependencia funcional pues al mismo tiempo es controlada por el ejecutivo y el judicial,¹⁵¹ lo cual deriva en que pese a presentarse como una institución autónoma siempre se verá influenciada por un cierto grado de dependencia del poder político. En caso de

¹⁴⁷ Patricia Arias, Liza Zúñiga, control, disciplina y responsabilidad policial: desafíos doctrinarios e institucionales en América Latina...p. 15.

¹⁴⁸ Patricia Arias, Liza Zúñiga, control, disciplina y responsabilidad policial: desafíos doctrinarios e institucionales en América Latina...p. 15.

¹⁴⁹ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 43

¹⁵⁰ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 44

¹⁵¹ Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...* p. 43

conflicto siempre deberá ceder y obedecer al poder judicial, aunque en la práctica no sucede muchas veces así.¹⁵²

Estas características determinan que la policía asuma una cultura institucional de tipo corporativo, es decir toda una organización de variado alcance territorial, piramidal y casi militarizada que además actúa en relación con otras instituciones pero siempre manteniendo una imagen externa de autonomía además cuyas prácticas tienden a enunciarse como *misiones*.¹⁵³ Dicha *misión* va enfocada en contra de un sujeto demonizado y que justifica cualquier intento expiatorio y de enfrentamiento por parte de la sociedad o del Estado.¹⁵⁴ Dicho enfrentamiento se refleja en acciones como el control, la prevención, la persecución y represión.¹⁵⁵

Parece ser un fenómeno actual que en muchos casos la policía haya pasado de dichas acciones hacia a una posibilidad de omisión generalizada de sus funciones en ciertos casos, misma que se refleja en conductas como la propia omisión (incumplimiento de deberes específicos), la elusión (por ejemplo el evitar hacer rondas en sitios que se conoce son conflictivos) y la colusión (colaborar con la comisión de delitos o encubrirlos).¹⁵⁶

Las funciones y roles de la policía se enmarcan en la seguridad ciudadana y mantenimiento del orden interno, y sus actuaciones son muy diversas y difíciles de enumerar.

¹⁵² Jorge Castells, Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional, en Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 85

¹⁵³ Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 44

¹⁵⁴ Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 44

¹⁵⁵ Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 44

¹⁵⁶ Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 45

Sin embargo no debemos olvidar que a más de sus roles específicos, la policía es por esencia un cuerpo auxiliar de la justicia, claro que dependiendo el sistema procesal que cada país escoja lo será de la fiscalía o del juez según corresponda, debiendo actuar siempre bajo la dirección jurídica de aquellos y nunca aisladamente.

Castells refiere que esta auxiliaridad la comparte con todas las instituciones estatales, pues todos los órganos del Estado deben colaborar con la justicia cuando se les requiera, pero en el caso de la policía, este requerimiento tiene un carácter de cotidiano y permanente,¹⁵⁷ por lo que se vuelve parte de su rol.

Se ha demostrado con una investigación realizada en Argentina¹⁵⁸ que se desprende que la policía considera que su trabajo se dificulta por dos motivos principales, el primero es interno de orden institucional pues se da preferencia a la jerarquización antes que a la especialización y capacitación, y no se considera mayormente las dificultades que puedan ocurrir con el recurso humano. Se refiere también la contradicción en las competencias preventivas e investigativas, pues las primeras se sugiere deben ser asumidas por el ejecutivo a través del ministerio correspondiente, y la investigación directamente a la fiscalía¹⁵⁹ por lo tanto cada policía según la función asignada debe necesariamente responder a autoridades diferentes.

La segunda dificultad que la policía refiere en su trabajo, es de orden externo y recae en su relación laboral con los fiscales, pues consideran que los mismos realizan su trabajo de manera sumamente distante y no protagonista como el sistema acusatorio exige,

¹⁵⁷ Jorge Castells, Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional, en Gregorio Kaminsky, Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana...p. 85

¹⁵⁸ Juan Rodríguez Estévez, et al., *El conflicto de roles en el sistema penal federal argentino*, Montevideo, Mastergraf, 2005, p36

¹⁵⁹ Juan Rodríguez Estévez, et al., *El conflicto de roles en el sistema penal federal argentino*, Montevideo, Mastergraf, 2005, p. 36

y por lo tanto no comprenden la realidad policial, comprenden que se encuentran bajo la dirección jurídica del fiscal pero no comprenden muchas veces sus disposiciones, sea por la falta de contacto o sea porque los fiscales no explican con claridad sus petitorios o los objetivos que quieren conseguir lo cual deriva en falencias que emergen en la etapa de juicio si es que no han sido advertidas en etapas tempranas del proceso penal¹⁶⁰.

2.5. LA FUERZA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LA ACTUACIÓN POLICIAL

Podemos entender que el poder coercitivo de la policía es indiscutible y necesario pues es evidente que sin el mismo el Estado no podría asegurar o imponer unos niveles mínimos de orden social, sin embargo la forma en que la policía ejerce dicho poder si puede cuestionarse principalmente en términos de frecuencia e intensidad.

Además considerando la incapacidad operativa de ejecutar en su totalidad el programa penal y la selectividad con que se opera es un factor que permite cuestionar aún más dicha forma de ejercer el poder coactivo contra personas más vulnerables.

Existen normas tanto internas como internacionales de derechos humanos que regulan también el actuar policial, por ejemplo la resolución 169/34 de la ONU, el propio pacto de San José, pero en términos generales las mismas son bastante abstractas y permiten un gran ámbito de subjetividad y discrecionalidad al agente policial.

¹⁶⁰ Juan Rodríguez Estévez, et al., *El conflicto de roles en el sistema penal federal argentino...* p. 24

Es menester comprender que los principios que regulen el uso de la fuerza por parte de la agencia policial no pueden ser morales o sociales, sino fundamentados en tres principios básicos; necesidad, idoneidad del medio empleado, proporcionalidad.

Advertimos nuevamente que el presente apartado no pretende deslegitimar ni presentar a la totalidad de la policía como violadores de derechos humanos, tan solo pretende desnudar la otra cara de la moneda en virtud de casos que son conocidos, y a fin de hacer evidente que una falta de control de la actividad policial siempre implica un altísimo riesgo.

Existe una investigación de casos en Venezuela¹⁶¹ de la cual se desprende mediante encuestas realizadas a 61 policías que se utilizan criterios de justificación en el uso de la fuerza tales como devaluación moral del sujeto, antecedentes personales, mala conducta, que lo hacen merecedor de un mal trato. Mientras que en contraste en los casos en que no se utiliza la fuerza o la misma se usa en una forma mínima ha sido cuando los sujetos destinatarios pertenecen a círculos de poder o reclamo social.

Poniéndose de esta forma en evidencia como el uso, limitación o no uso de la fuerza prácticamente depende del criterio que el policía se forma del sujeto destinatario, su crédito o descrédito social, su posibilidad de reclamo y poder del mismo. Una conclusión interesante de la referida investigación es que a mayor experiencia del agente policial mayor atención al poder de reclamo del sujeto y a menor profesionalismo del policía menor atención al descrédito social del sujeto.

Por otro lado el uso de las armas de fuego debe estar siempre limitado a situaciones extremas y precisando que la necesidad debe venir como consecuencia de la existencia de

¹⁶¹Luís Gerardo Gabaldón, *La policía y el uso de la fuerza física en Venezuela* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina, Medellín, DIKE, 1996, pp. 269-281*

un ataque contra la vida o la integridad, jamás puede usarse sin agresión previa, solo así se configura una causa de justificación, cumplimiento del deber o estado de necesidad que no generarán responsabilidad penal para el agente.¹⁶²

Ahondando un poco más en esta discrecionalidad policial respecto del uso de la fuerza, la misma puede derivar en torturas o actos violentos por parte de sus agentes, en esa línea es interesante un estudio de Janice T. Gibson y Mika Haritos-Fatouros¹⁶³ que se fundamenta en un estudio previo de Stanley Milgram y demuestra que los actos de tortura son realizados por personas comunes y corrientes, es decir no se requieren “monstruos” o personalidades fuera del espectro de lo que se considera normal, para realizar actos que impliquen el sufrimiento de otra persona. Generalmente cuando dichos actos se producen tienen como germen la obediencia a la autoridad (recordemos la organización jerárquica de la policía), el culpar a la víctima de la agresión (buscando pretextos a fin de hacerla merecedora del trato que se le da, en base a antecedentes o prejuicios morales) un cierto grado de sentimiento elitista o de superioridad, y la pertenencia a un grupo (grupos élite de la misma institución policial), lo que les permite si se quiere desdoblarse y actuar como miembro de la institución y como miembro normal de la sociedad.

Otra investigación en México revela que este tipo de incertidumbre muchas veces propicia el cometimiento de actos de corrupción, pues por un lado el sujeto de un procedimiento policial ante el abordaje del agente al menos se cuestiona si a más de reprenderle o amonestarle por una infracción real o supuesta, pretende algo más que puede

¹⁶² Alfonso Vicaria Hevia *la legalidad de la actuación policía en Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos...* pp. 371-372

¹⁶³ *La educación de un torturador*, Psychology today en español, 1986 año 1 edición 3, disponible en web al 22 de septiembre de 2012 en el sitio: www.psicosocial.net/gl/centro-de.../453-la-educacion-de-un-torturador

consistir en dinero o incluso en algún caso la amenaza de utilizar violencia física en ocasiones es difícil identificar si el sujeto pasivo es quien ofrece o es el agente quien solicita, algo que es quizás más apreciable en las infracciones de tránsito.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Robert Schmid *la corrupción en la policía preventiva del distrito federal de México* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina, Medellín, DIKE, 1996, pp. 301-320*

CAPÍTULO III ANÁLISIS DE SITUACIÓN EN LOS DELITOS FLAGRANTES COMETIDOS ENTRE EL 24 DE SEPTIEMBRE A 28 DE OCTUBRE DE 2012 EN LA CIUDAD DE QUITO

En los dos primeros capítulos lo que se buscó es un análisis y estudio de la doctrina y teorías imperantes a fin de poder establecer el así llamado estado de la cuestión, pero no debemos olvidar que las conclusiones obtenidas tienen valor de manera abstracta y general, pues podemos decir que las mismas únicamente deben ser coherentes con la lógica jurídica y ser razonables para entenderse como correctas teóricamente.

Es así como se vuelve imperante la necesidad de bajar de ese mundo abstracto y general al de la realidad diaria en que vivimos, para de esta forma poder contrastar, refutar, comprobar lo que la teoría sostiene y las conclusiones obtenidas con lo que sucede en la realidad y de esta forma poder proponer cambios en el mundo concreto.

Es menester recordar sumariísimamente lo que se analizó y concluyó en el primer capítulo; se demostró teóricamente como el principio de igualdad material es sumamente complicado de concretarse en la realidad; se demostró que la discriminación como fenómeno social que desequilibra las relaciones de igualdad se encuentra presente en todos los aspectos en que desarrollamos nuestra existencia y en todas las instituciones sociales que hemos creado; se lograron determinar algunos de los incontables criterios de discriminación, tales como la etnia, la condición migratoria, el color de la piel, el sexo, la condición social, la condición económica, el poder, la vulnerabilidad, capacidad de reclamo, los antecedentes anteriores, por citar unos cuantos.

Del segundo capítulo analizamos y concluimos que; el sistema penal se conforma por varias agencias que buscan cumplir con los objetivos macro y con los suyos propios en

una suerte de simbiosis no libre de conflictos internos; que el programa que se debe cumplir es inmenso y por lo tanto inejecutable en su totalidad; vimos como dentro del ejercicio de cada rol, es la policía la encargada de seleccionar quienes serán los “elegibles” para ingresar al sistema; que para hacerlo debe seleccionar pues no podrá nunca ingresar a todos; que al ser la discriminación un fenómeno social sistemático y presente en todas sus instituciones es evidente que el mismo también influye en este proceso de selectividad.

Con todos estos antecedentes los objetivos de este último capítulo y que son la esencia misma de esta tesis podemos enunciarlos como: 1) Que para dicha selección la policía utiliza criterios discriminatorios; 2) Determinar dichos criterios; 3) Demostrar la efectividad de la criminalización realizada, a través del seguimiento de los casos seleccionados y establecer su resultado final.

3.1. EXPLICACIÓN DE LA INFORMACIÓN RECOPIADA

Nuestro universo de estudio y análisis serán 171 partes de detención por delitos flagrantes y actas de formulación de cargos (límite cognositivo) en la ciudad de Quito (límite territorial) dentro del periodo comprendido del 24 de septiembre de 2012 al 28 de octubre de 2012 (límite temporal) y las conclusiones son válidas en ese ámbito concreto, no en general.

Debido a que existen casos en que hay más de una persona privada por un mismo parte policial, los detenidos se han contabilizado en 286.

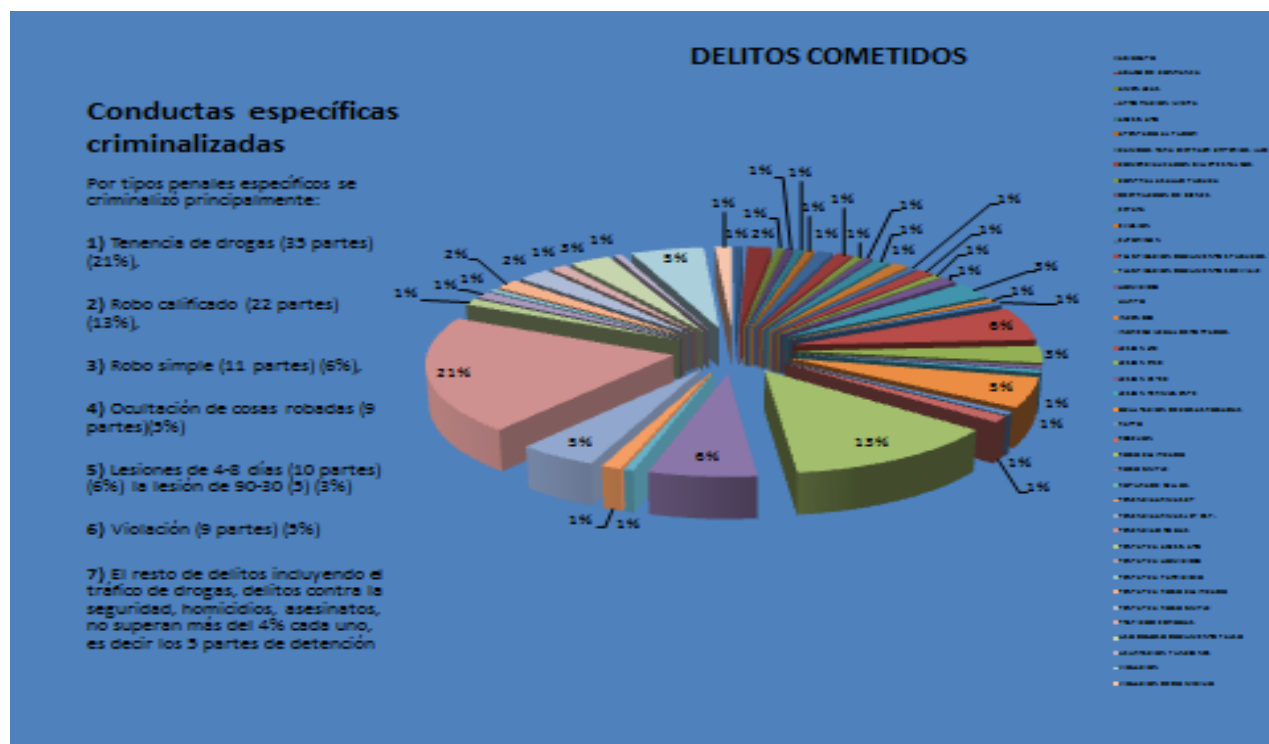
Por lo tanto los resultados se presentan de la siguiente manera, en primer lugar los resultados por el universo de actas, es decir 171, a fin de obtener porcentajes en cuanto a

los delitos y bienes jurídicos protegidos, así como las circunstancias de detención que aunque en cada parte pueda haber pluralidad de detenidos, son similares para todos.

En una segunda parte se presentan los resultados en virtud del universo de detenidos, es decir 286 personas, a fin de obtener de cada uno categorías específicas: nacionalidad e índice de delitos, sexo e índice de delitos, etnia, tez de la piel e índice de delitos, farmacodependencia, tipo de droga, tipo de defensa y relación con las medidas cautelares o salidas alternativas en la audiencia de flagrancia, ocupación, nivel de instrucción, geo referenciación, antecedentes, edad resultado final del proceso.

Finalmente se contrastarán las conclusiones específicas obtenidas con datos generales del Observatorio de Seguridad Ciudadana de Quito.

3.2. ANÁLISIS GENERAL DE LAS 171 ACTAS Y PARTES DE DETENCIÓN



Los delitos más frecuentes fueron: la tenencia y posesión de drogas que ocupa el 21% correspondiendo a 35 partes de detención dentro de los cuales se encuentran incluidos los consumidores. El delito de tráfico de drogas, que se entiende más grave que la simple posesión, únicamente corresponde al 1% con 02 partes de detención.

El robo calificado corresponde al 13% es decir 22 partes de detención por ese delito, el robo simple con un 11% correspondiente a 11 partes de detención, la ocultación de cosas robadas corresponde a un 5% es decir a 9 partes de detención, el hurto corresponde al 3% es decir a 5 partes de detención, en su mayoría delitos de bagatela.

Las lesiones de 4 a 8 días corresponden al 6% es decir a 10 partes de detención, el resto de lesiones no suman entre todas más de siete partes de detención es decir 7%, en contraste hubo un solo parte por asesinato y dos por homicidio que no suman más del 1% cada una.

La violación corresponde a un 5% es decir 9 partes de detención, el rapto 1% es decir a un parte, y el atentado al pudor igual 1% y un parte.

Es interesante como la tenencia de armas pese a que el artículo 162 del código penal y el 31 y 19 de la ley de armas describen un mismo hecho fáctico, y que mientras el primero lo sanciona con pena de prisión de uno a cinco años, y el segundo con reclusión de 3 a 6 años, pese al indubio pro reo, los casos en que se formularon cargos en base al artículo 162 del código penal corresponde a un 1% es decir 2 partes, mientras que la tenencia de armas con la ley especial ha sido un 5% es decir 8 partes de detención.

En la misma línea delitos como la estafa, la extorsión, falsificación de documentos públicos, usurpación de funciones, rotura de sellos, apropiación ilícita, que no se los puede

calificar como bagatela, corresponden únicamente al 1% cada uno, es decir un parte de detención por cada delito.

Vemos entonces como no se criminalizaron las conductas socialmente más grotescas, burdas o groseras, como las calificaría Zaffaroni, sino aquellas de más fácil detección.

Para evidenciar las conductas criminalizadas en su relación con los bienes jurídicos protegidos, procedimos a hacer una agrupación de delitos en una sola categoría que los abarque a la mayoría hemos creado cinco categorías:

1) **Propiedad donde se incluyen**: abigeato, abuso de confianza, apropiación ilícita, destrucción de bienes, estafa, extorsión, hurto, incendio, ocultación de cosas robadas, robo calificado, robo simple y sus tentativas;

2) **Drogas donde se incluyen**: la tenencia y el tráfico;

3) **Personas donde se incluyen**: amenazas, asesinato, homicidio, lesiones, y sus tentativas;

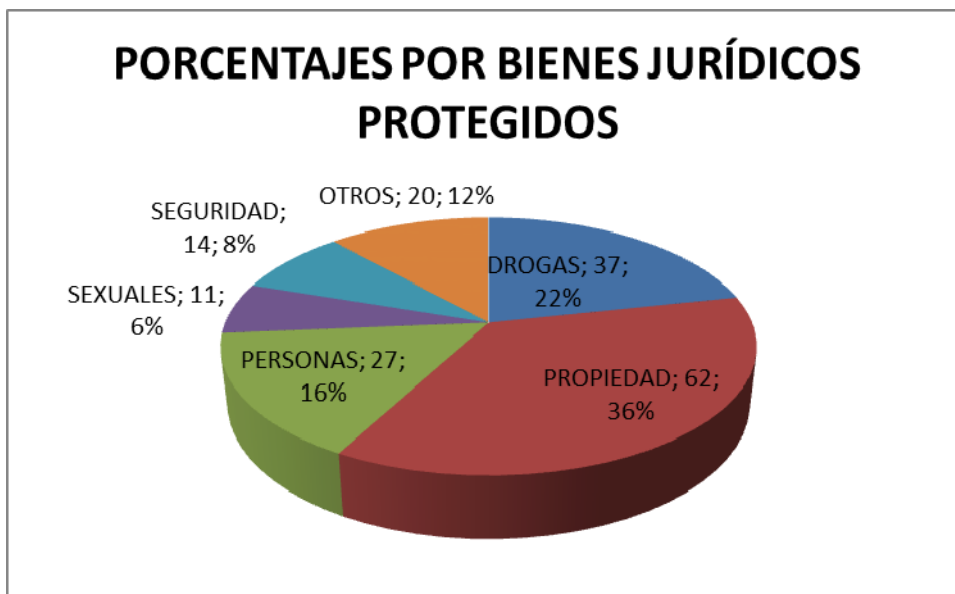
4) **Sexuales donde se incluyen**: rapto, violación y atentado al pudor;

5) **Seguridad**¹⁶⁵: asociación ilícita, tenencia de armas, rebelión

6) **Otros**: agrupamos delitos como las falsificaciones de documentos, rotura de sellos, cambios para distraer el criterio del juez, usurpación de funciones, violación de domicilio, contra la salud, circulación de billetes falsos, evasión, ingreso ilegal de deportado, uso doloso de documento falso.

¹⁶⁵ Decidimos nombrar a esta categoría como seguridad, por cuanto son en principio delitos de peligro, y por cuanto la rebelión se encuentra dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado.

He aquí los resultados:



En nuestro universo de estudio podemos concluir que las detenciones se dieron: en primero lugar por delitos contra la propiedad con 62 partes, en segundo lugar por delitos de drogas con 37 partes, en tercer lugar por delitos contra las personas con 27 partes, cuarto lugar los delitos dentro de la categoría otros con 20 partes de detención, quinto lugar delitos contra la seguridad con 14 partes y en sexto lugar los delitos sexuales con 11 partes.

En ese sentido las tres primeras categorías representan el 74% de los delitos criminalizados, mientras que el resto de categorías representan el 26%. Si tenemos en cuenta los tipos penales específicos que se encuentran dentro de cada categoría veremos que por delitos contra la propiedad lo que más se criminalizó fueron los robos calificados, en delitos de drogas la tenencia, y en delitos contra las personas las lesiones, es decir que delitos como la apropiación ilícita, la extorsión, la estafa, el tráfico de drogas, e incluso los asesinatos y homicidios prácticamente fueron insignificantes para el proceso criminalizador.

3.3 CIRCUNSTANCIAS DE LA DETENCIÓN POR BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

El propósito de esta sección fue verificar el índice de detenciones que se produjeron al estar la policía presente el momento mismo de la comisión de un delito, así como el índice de casos en que su intervención se realizó de manera posterior y en base a testimonios referenciales o presenciales, o disposiciones de la Central Metropolitana de Atención Ciudadana (CEMAC), el análisis se lo hizo por bienes jurídicos protegidos.

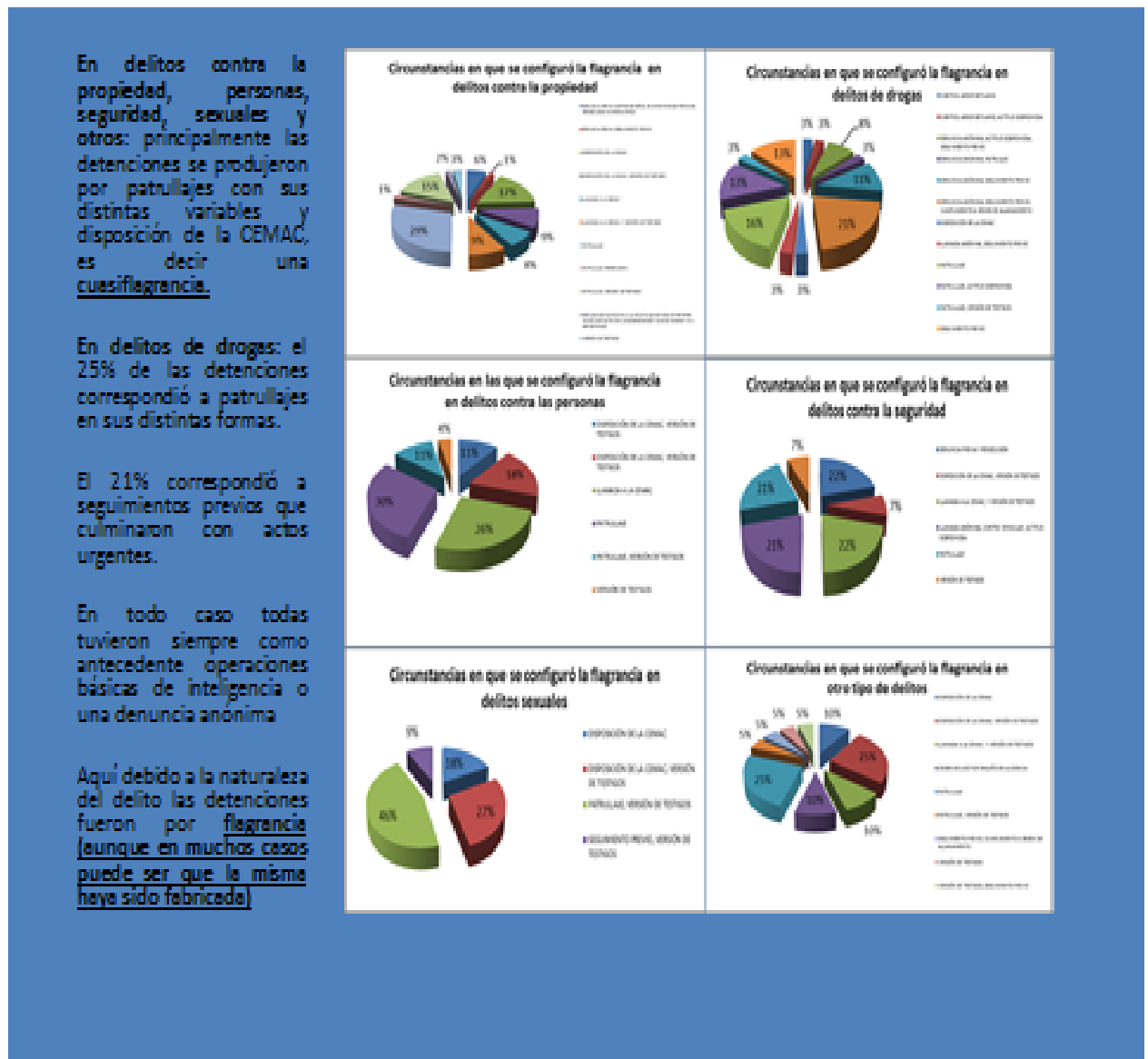
Aclaraciones

Los criterios aquí utilizados para la clasificación de datos son interpretaciones personales, luego de la correspondiente lectura de los partes de detención, como se comprenderá cada parte relata circunstancias y hechos propios que no se encontrarán en otro.

Los criterios que más identidad guardaban fueron agrupados en la medida de lo posible bajo una sola categoría a fin de presentar los resultados, sin embargo muchos otros, difieren en cuestiones importantes por lo tanto se los agrupó en categorías distintas. Estos se muestran en los gráficos y en las conclusiones generales.

Un tercer grupo, son casos en que hay similitudes pero por ciertas especificidades no es posible unificarlas dentro de un solo grupo, por ejemplo tenemos casos en que se especifica una llamada de la CEMAC y además versión de testigos, otras solo versión de testigos, patrullaje, o patrullaje y versión de testigos.

En este último caso se muestran dichas categorías en los gráficos, más para las conclusiones se debe entender que todos pertenecen a la categoría general que guarde más similitud.



En términos generales las detenciones se produjeron por los “patrullajes” en que se reciben disposición de acudir a un sitio.

En delitos de drogas las circunstancias de la detención en este tipo de delitos fueron: en primer lugar las así referidas como llamadas o denuncia anónima con 46%, en segundo

lugar los patrullajes 32%, en tercer lugar las detenciones por controles aeroportuarios 6% y en cuarto lugar las detenciones por “actitud sospechosa” que se encuentran tanto en las detenciones por control aeroportuario como en las llamadas anónimas y en los patrullajes.

Para entender el contenido de la “actitud sospechosa” debemos recordar el proceso de interpretación y construcción de Howard Becker, pues responde a ciertas actitudes que la policía interpreta como fuera de lo normal, y que responderían a que los sospechosos ocultan algo, han cometido un ilícito, se encuentran planificando algún ilícito, por lo cual en uso de sus facultades el policía decide tomar procedimiento preventivo.¹⁶⁶ El problema de tal interpretación recae en ¿cuáles son las actitudes que la policía considera normales? Esto responderá a las construcciones propias de la persona que está interpretando así como las construcciones sociales que estén vigentes, por lo tanto se realiza un proceso de etiquetamiento y detección de una posible desviación.

Adicionalmente se desprende que en muchos de los casos la policía realiza seguimientos previos generalmente por información “reservada” o denuncias “anónimas” o bajo “operaciones básicas de inteligencia” de las cuales no hay más constancia que lo manifestado por el policía, en los que se hacen relación a que “un individuo de tales características” se encontraba delinquirando y en virtud de eso prácticamente la policía va a “confirmar” esas denuncias previas, muchas veces se pide órdenes previas de allanamiento pero en otras tantas de las analizadas no.

¹⁶⁶ Definición que se obtuvo luego de una conversación con un agente policial que decidió colaborarnos con su opinión, sin embargo nos solicitó no se haga constar sus nombres.

Las detenciones en flagrancia podemos decir que constituyen un mínimo porcentaje, excepto en casos de drogas cuando se detiene a las personas en los controles aeroportuarios en que verdaderamente hay dicha inmediatez.

Cabe cuestionarse la presencia de una cifra negra dentro de las “actitudes sospechosas” pues se desconoce el número de las mismas que a la final fueron falsas alarmas y no terminaron en detenciones al menos formales.

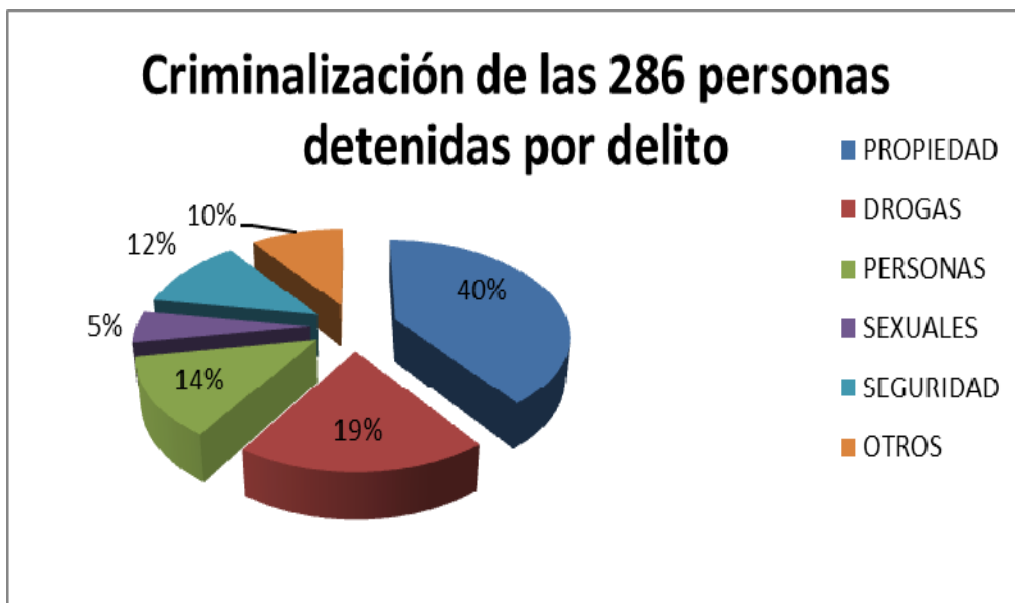
3.4. ANÁLISIS DE LOS CASOS DE LOS 286 SOSPECHOSOS

En lo que respectan a las 286 personas detenidas, para el análisis de la información contenida en los partes policiales se procedió de la siguiente manera. En primero lugar, las direcciones tanto de la detención como de los detenidos que han sido obtenidas de las respectivas actas y partes, en los casos en que se desconocía el sector se buscó en google y las aproximaciones o direcciones exactas son las que utilizamos para la referencia.

En términos generales se dividió a Quito en norte, sur, centro histórico, afueras de Quito, otra provincia y otro país.

Finalmente para el seguimiento y verificación del resultado final del proceso, se ingresó a la página web de la función judicial de Pichincha¹⁶⁷ hasta el miércoles 01 de mayo de 2013 utilizándose la información que hasta esa fecha se encontraba cargada.

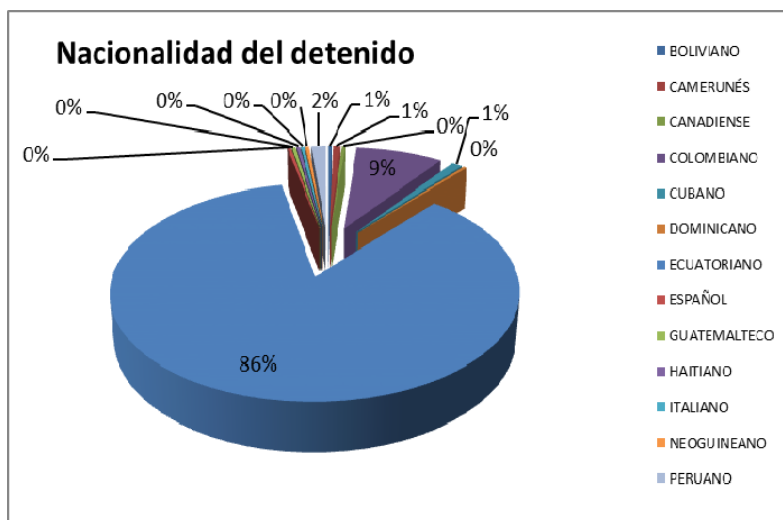
¹⁶⁷ <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>



Se detuvo a 114 personas por delitos contra la propiedad, a 55 por delitos de drogas, a 38 por delitos contra las personas, 15 por delitos sexuales, 35 por delitos contra la seguridad y 29 por otro tipo de delitos.

Vemos como las tres primeras categorías por las cuales se criminalizó a las personas corresponden al 73% con 207 partes de detención, en tanto que las restantes tres categorías sumadas corresponden al 27% es decir 79 partes de detención. Si tenemos en cuenta el tipo de delitos que contienen cada categorías se evidencia como se criminaliza a personas que se etiquetaron como ladrones, drogadictos, violentos, esto nos da un primer esbozo del estereotipo de delincuente que el sistema buscó, pues aquellos etiquetados como estafadores, falsificadores de documentos, e incluso extorsionadores no se encuentran muy representados en el grupo.

3.5. RELACION ENTRE NACIONALIDAD Y LA CRIMINALIZACIÓN



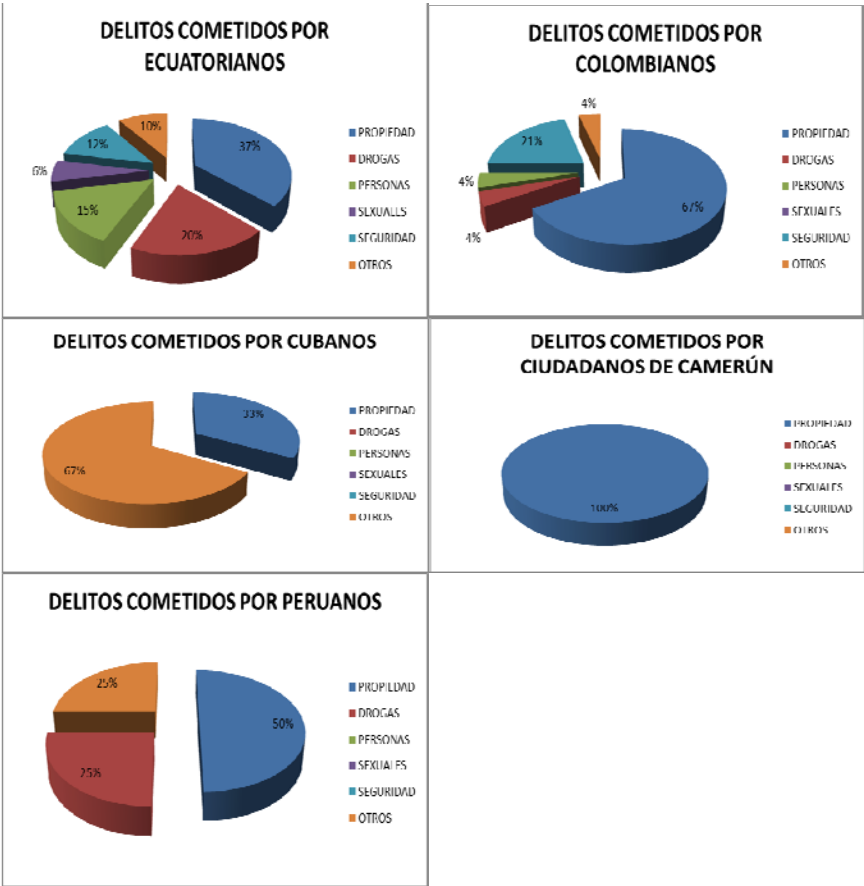
En los últimos tiempos la comunicación ha implantado la noción de que gracias a la política de puertas abiertas y la correspondiente eliminación de visas para el ingreso al Ecuador se ha aumentado la delincuencia y la peligrosidad en nuestro país, existe una fuerte campaña mediática en este sentido, y se ha estigmatizado a los ciudadanos colombianos como causa de la misma.¹⁶⁸

Sin embargo en nuestro universo de análisis fueron 245 ecuatorianos detenidos que corresponde al 86% seguido por 24 ciudadanos colombianos que responden al 9% pese a todo esto, con la referida campaña mediática se ha asentado en la conciencia social la idea de que el mayor número de delincuencia proviene de dichos ciudadanos, atribuyéndoles cierta peligrosidad.

¹⁶⁸ Para muestra de lo anotado, una publicación a 18 de mayo de 2013 disponible en: <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/76024-la-eliminacion-de-muros-migratorios-preocupa/>

Vemos que en nuestra muestra, dentro de los extranjeros los ciudadanos colombianos son los más vulnerables para ser seleccionados debido a los prejuicios y estereotipos a ellos asignados.

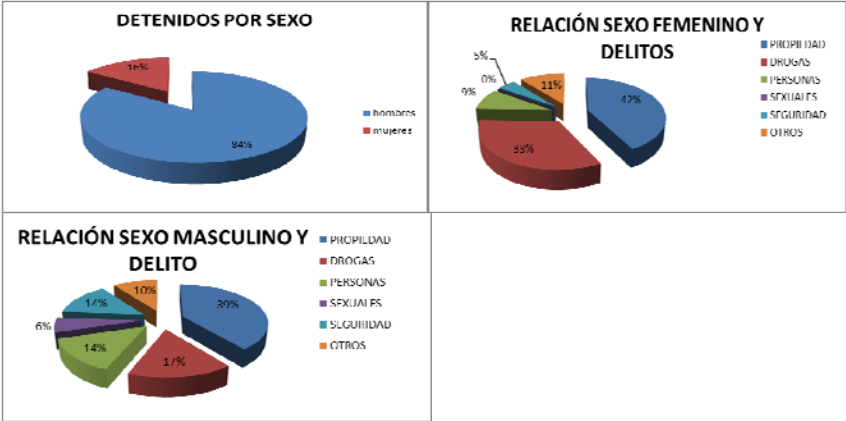
RELACIÓN ENTRE NACIONALIDAD Y DELITOS COMETIDOS



De estos datos lo que se pudo concluir es que los ciudadanos colombianos fueron criminalizados por todos los delitos al igual que los ecuatorianos, mientras que el resto de extranjeros mayoritariamente por delitos contra la propiedad, y ni si quiera por drogas. El estereotipo entonces apunta hacia extranjeros ladrones y drogadictos en el caso de colombianos.

Vemos como la criminalización a los ciudadanos cubanos se enfocó hacia lo migratorio, pues en este caso se detectó dos partes de detención por delito uso doloso de pasaporte falso.

3.6. SEXO Y CRIMINALIZACIÓN



Los datos reflejan la misma criminalización por delitos para ambos sexos, destacando que en de la muestra analizada no hubieron mujeres detenidas por delitos sexuales.

3.7. RACISMO Y CRIMINALIZACIÓN

En este punto debemos indicar que por regla general en el formato de los partes de detención revisados, no se hacía mención en la sección de información del detenido a datos como la etnia o tez de la piel, la información que se logró recabar corresponde a alguna referencia en ese sentido es en la sección “Circunstancias de la detención” en donde por ejemplo un policía aprehensor puede haber referido algo como: *“Al llegar al sitio un testigo del lugar supo indicar que un sujeto afro ecuatoriano de tez negra, se encontraba expendiendo sustancias ilícitas.”*

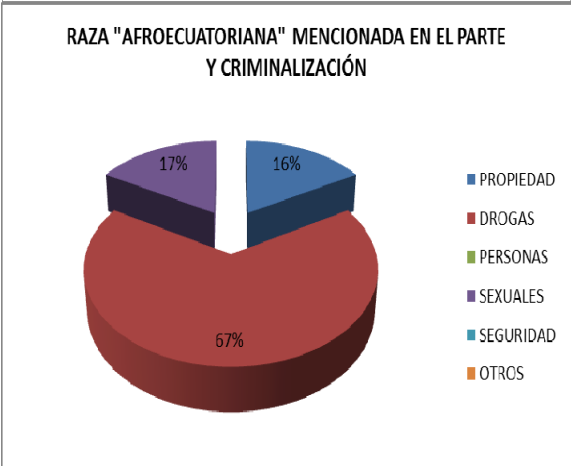
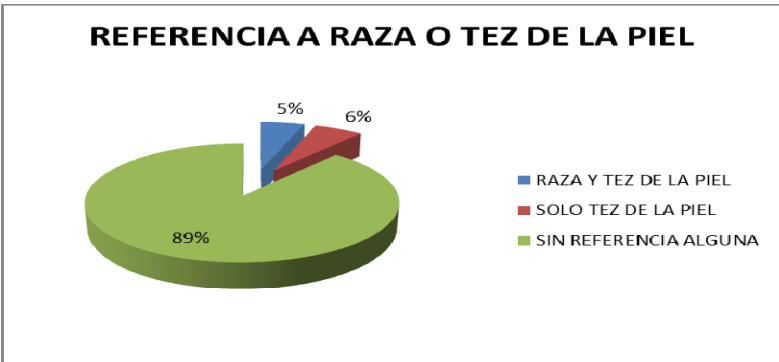
Es así como del total de 286 únicamente respecto de 32 personas se hicieron referencias racistas, que fueron divididas en dos grupos.

El primero de 15 personas se hizo constar una referencia respecto a su etnia (raza según los partes) y la tez de su piel es decir un 5% de nuestra muestra de 32. Adicionalmente existieron 17 personas que en su detención no se hizo referencia a su etnia, sin embargo si a su tez de piel es decir un 6% de nuestra muestra. De esas 15 personas el 80% fueron etiquetados como afro o afroecuatorianos, y 7 criminalizados por delitos contra la propiedad en su mayoría y por delitos contra las personas. En contraste las 3 personas criminalizadas como mestizos no fue criminalizada por delitos contra la propiedad.

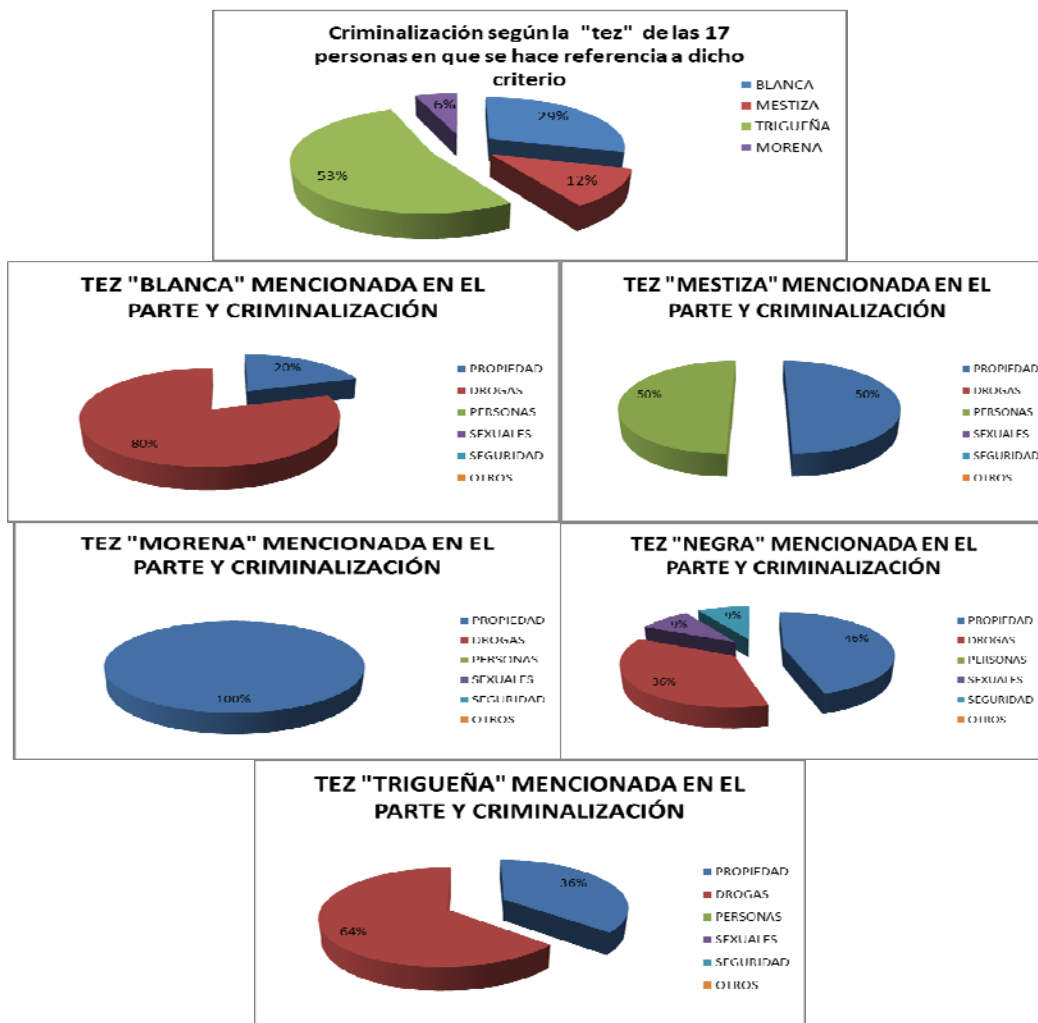
De los 17 partes restantes También debemos anotar que la mayoría de partes donde se han hecho constar ese tipo de referencias, corresponden a delitos contra la propiedad y los de drogas. Aquellas personas etiquetadas como negros y mestizos fueron criminalizados mayoritariamente por delitos contra la propiedad en tanto que aquellos etiquetados como blancos o trigueños fueron criminalizados por delitos de drogas antes que por delitos contra la propiedad.

Luego de la investigación realizada consideramos que de hecho debería incluirse en el formato de parte policial alguna referencia a autodefinición étnica, no como criterio criminológico alguno sino con miras a poder establecer cual fue el tratamiento que el sistema penal les dio, y no como se hace en la actualidad en que cuando consta, es por razones de discriminación en ciertos delitos.

15 PRIMEROS PARTES:



17 PARTES RESTANTES:



El estereotipo criminalizado en esta parte corresponde a afroecuatorianos ladrones y violentos, blancos y mestizos drogadictos.

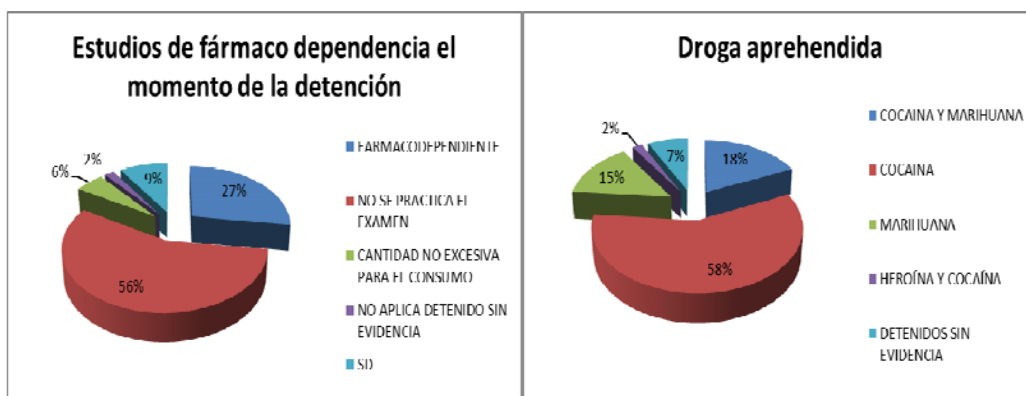
3.8 FARMACODEPENDENCIA Y DISCRIMINACIÓN

De las 286 personas detenidas, 55 corresponden a delitos de drogas, en esas circunstancias y de conformidad con el artículo 364 de la Constitución, a fin de evitar criminalizar a posibles consumidores debería ser de rigor que se practiquen los respectivos exámenes psicosomáticos a fin de establecer una posible adicción. Sin embargo la decisión

pasa por la discrecionalidad del fiscal y del juez, más basándose en la cantidad de droga aprehendida antes que los derechos del detenido.

En la audiencia de calificación de la detención en flagrancia no se considera por ejemplo el peso neto de la droga tan solo el peso bruto, muchas veces no se considera que una cantidad puede ser excesiva para el consumo inmediato, más no para un consumo periódico, o que la cantidad total puede ser dividida entre los sospechosos para su consumo. Como veremos más adelante en muchos de estos casos pudo haberse declarado la extinción de la acción penal sin tener que continuar un infructuoso proceso de criminalización.

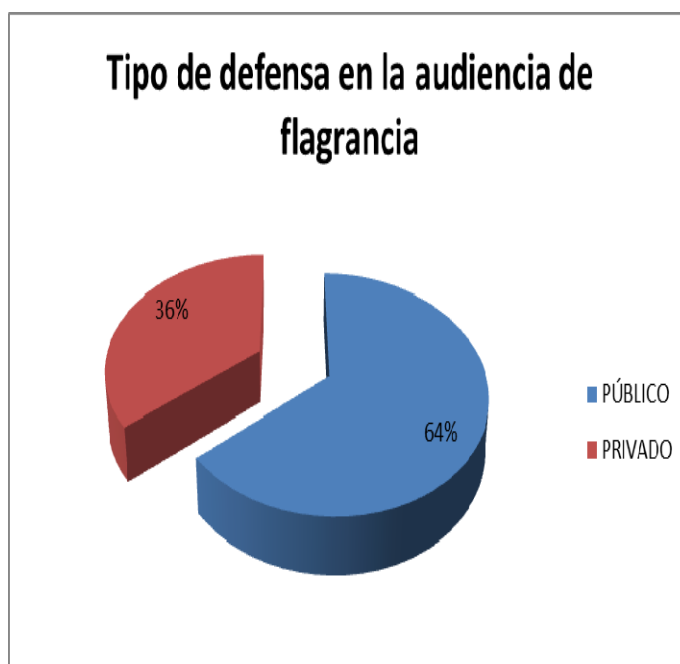
En esa línea vemos como 31 personas no se les practicó el examen psicosomático y 5 personas no calificó la flagrancia por lo cual no hay datos (SD) pero se entiende que no se practicaron dicho examen.



Del cuadro podemos apreciar como las drogas que han sido aprehendidas corresponden a las de un consumo masivo por calidad y por el nivel de acceso a la misma, mientras que la heroína que es considerada una droga elitista no registra más de 1 sola persona detenida con posesión de la misma.

3.9. TIPO DE DEFENSA INICIAL Y CRIMINALIZACIÓN

Como hemos analizado, el momento más crítico de la criminalización secundaria es justamente la detención en flagrancia, hecho que debe ser puesto en conocimiento de manera inmediata la agencia judicial para el control respectivo, en este escenario encontramos que la gran mayoría de personas tuvieron una asistencia legal de la defensoría pública antes que por una defensa privada. No pretendemos descalificar de manera alguna la ardua y eficiente tarea de la Defensoría Pública Penal, sin embargo no debemos olvidar que ellos actúan cuando la persona no ha podido tomar contacto o no tiene los medios para contratar una defensa privada. Esto puede deberse entre otras razones a la situación económica o social de los detenidos.



3.10 TIPO DE DEFENSA, PRISIÓN PREVENTIVA Y SALIDAS ALTERNATIVAS



No hay una diferencia significativa en el porcentaje de prisiones preventivas otorgadas en la audiencia, se puede concluir que en el universo analizado, fue indiferente el tipo de defensa con relación a dicha medida cautelar.

En lo que si existe casi un doble de efectividad es en las salidas alternativas como suspensiones condicionales, o acuerdos de reparación, pues con 5 detenidos la defensa privada lo solicitó, versus 19 casos en que la defensa pública lo solicitó. Esto puede deberse a que mientras la defensa pública busca la manera más rápida de terminar un proceso penal, puede ser que la privada siempre le conviene tener un proceso más largo.

En cuanto a la No calificación de la flagrancia podemos ver como con 19 personas la defensa pública logró demostrarla, mientras que en 23 casos la defensa privada logró hacerlo.

En este punto el estereotipo criminalizó a gente que no tuvo acceso a un abogado particular

3.11. OCUPACIÓN Y CRIMINALIZACIÓN



Como vemos la mayor cantidad de detenidos, correspondiente a 123 refieren dedicarse a oficios varias como por ejemplo choferes, cocineros, albañiles, pintores, estibadores, seguido por 36 personas que refieren ser empelados privados, en contraste con solo 5 personas que refirieron ser empleados públicos.

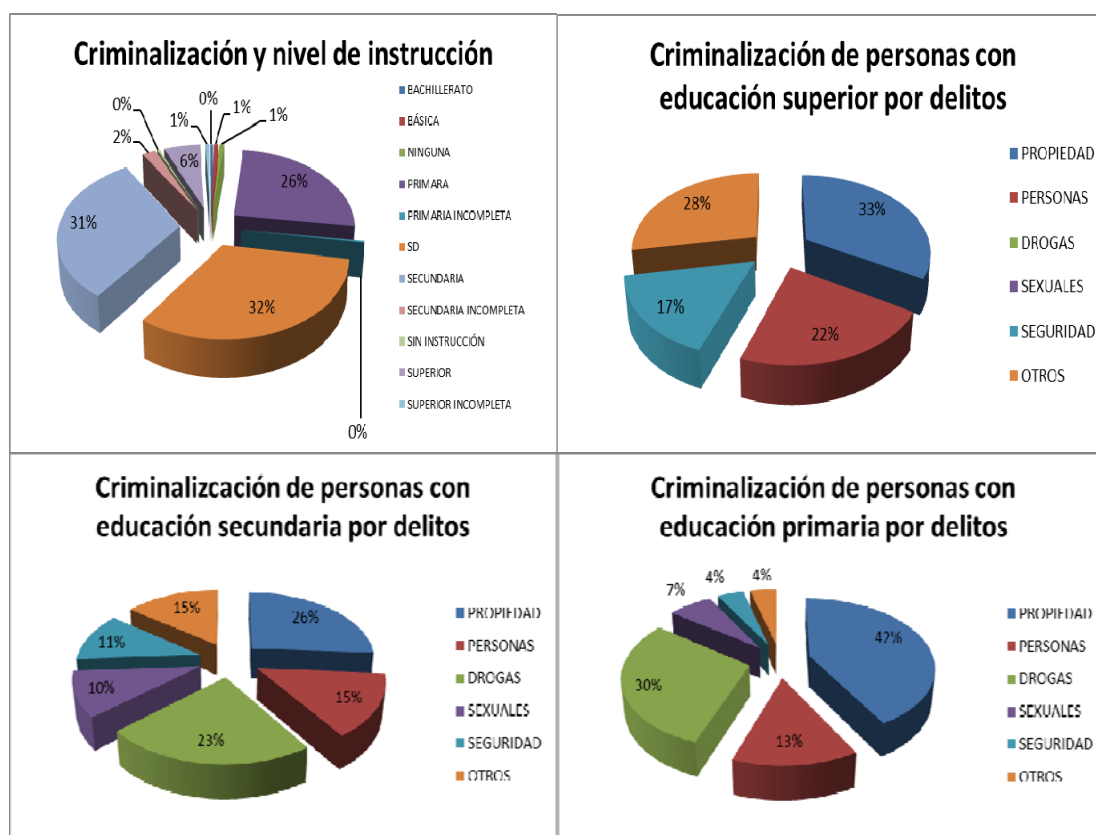
Es interesante como 68 personas refirieron ser trabajadores independientes y dedicarse a actividades de comercio, especialmente en casos relacionados con drogas, pues por ejemplo de esta manera se entiende no pueden rastrearse de forma periódica sus ingresos, entendemos que dentro de la muestra analizada existen ocupaciones que muchas veces por razones de vergüenza social son incluidas como un trabajo independiente, como las trabajadoras sexuales.

Todo esto sin embargo tiene el inconveniente de presentar al detenido como alguien quien no va a poder justificar de forma eficiente un arraigo laboral.

Podemos también observar una vulnerabilidad de todos estos grupos respecto de los funcionarios públicos pues cuatro de las personas detenidas fue por delito de lesiones como consecuencia de una riña y el restante por tenencia de drogas que posteriormente luego del seguimiento realizado a los casos concluyó con un sobreseimiento por ser consumidor.

El estereotipo criminalizado según la ocupación fue aquellas personas de oficios varios y quienes no tienen un empleo público.

3.12. NIVEL DE INSTRUCCIÓN Y CRIMINALIZACIÓN



En cuanto a las personas que refirieron tener educación primaria fueron criminalizados en su mayoría por delitos contra la propiedad y drogas en menor cantidad

delitos sexuales, lo mismo aquellas personas que refirieron tener educación secundaria. En contraste Solamente 16 personas refirieron tener educación superior, y dos superior incompleta, de todos estos la mayoría por delitos contra la propiedad y las personas, no se registraron detenidos por delitos de drogas ni sexuales, en la muestra analizada.

El estereotipo criminalizado fueron personas con educación menor.

3.13. GEOREFERENCIACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN

Existe una percepción social respecto a lugares dentro de la ciudad de Quito que se consideran “zonas rojas” “peligrosos” “aniñados” “pelucones”, generalmente en virtud del poder adquisitivo de las personas que residen en los mismos, por ejemplo generalmente se asocia al sur como un lugar donde hay más delincuencia, o al centro histórico con drogas. La policía también reacciona de distinta manera ante hechos similares que ocurren en lugares diversos, pues como se ha venido indicando al actuar con selectividad por vulnerabilidad no será igualmente criminalizado el sector de la González Suárez, como si lo será la avenida 24 de mayo.

En este apartado debemos indicar que para facilitar la recopilación de datos se registró las direcciones, calles, o sectores de detención que constaban en el parte policial y se dividió a la ciudad en cuatro zonas, adicionalmente una dirección no pudo ubicarse y consta como SD (Puerto Rico y Argentina):

Afuera de Quito: donde se incluyeron los sectores y avenidas; Sangolquí, Machachi, Conocoto, Guayllabamba, San Rafael, San Antonio de Pichincha, Cumbayá, Nanegalito, Calacali, Cantón Rumiñahui, Alangasí, Pusuquí, Amaguaña, Pifo.

Norte de Quito: donde se incluyeron sectores y avenidas; Bellavista, caminos de la libertad, Nazacota, Antiguo aeropuerto Mariscal Sucre, la Ofelia, cuatro esquinas, 10 de

agosto y Vicente Aguirre, Carrión y Ritter, 23 de junio, San Carlos, La Zabala, Cotocollao, Pomasquí, Llano Grande, Juan Pablo Sanz y Juan González, colinas del norte, Atucucho, Gonzalez Suárez, Avenida Galo Plaza, La Coruña, Carcelén, Eloy Alfaro, Carapungo, Versalles, Juan Molineros y Avedules, Seis de diciembre y Wilson, América y Rumipamba, Av. Diego de Almagro, La gasca, Mañosca, Amazonas, San Isidro del Inca, La delicia, Calderón, Hospital Baca Ortíz, Coón y Diego de Almagro, La prensa.

Sur de Quito: donde se incluyeron sectores y avenidas; Barrio lucha de los pobres, Solanda, Maldonado, La Ferroviaria, Santa Anita, El Camal, Av. Tnte. Hugo Ortíz, La Victoria, La Argelia Chillo Gallo, La Mena, calle Salvador, La Magdalena, Guamaní, La Libertad, San Bartolo, Quitumbe, Santa Bárbara, El Recreo, Mariscal Sucre, Centro Comercial Atahualpa, Cumandá, conjunto Niña Llacta, Barrio Pueblo solo pueblo, La Gatazo.

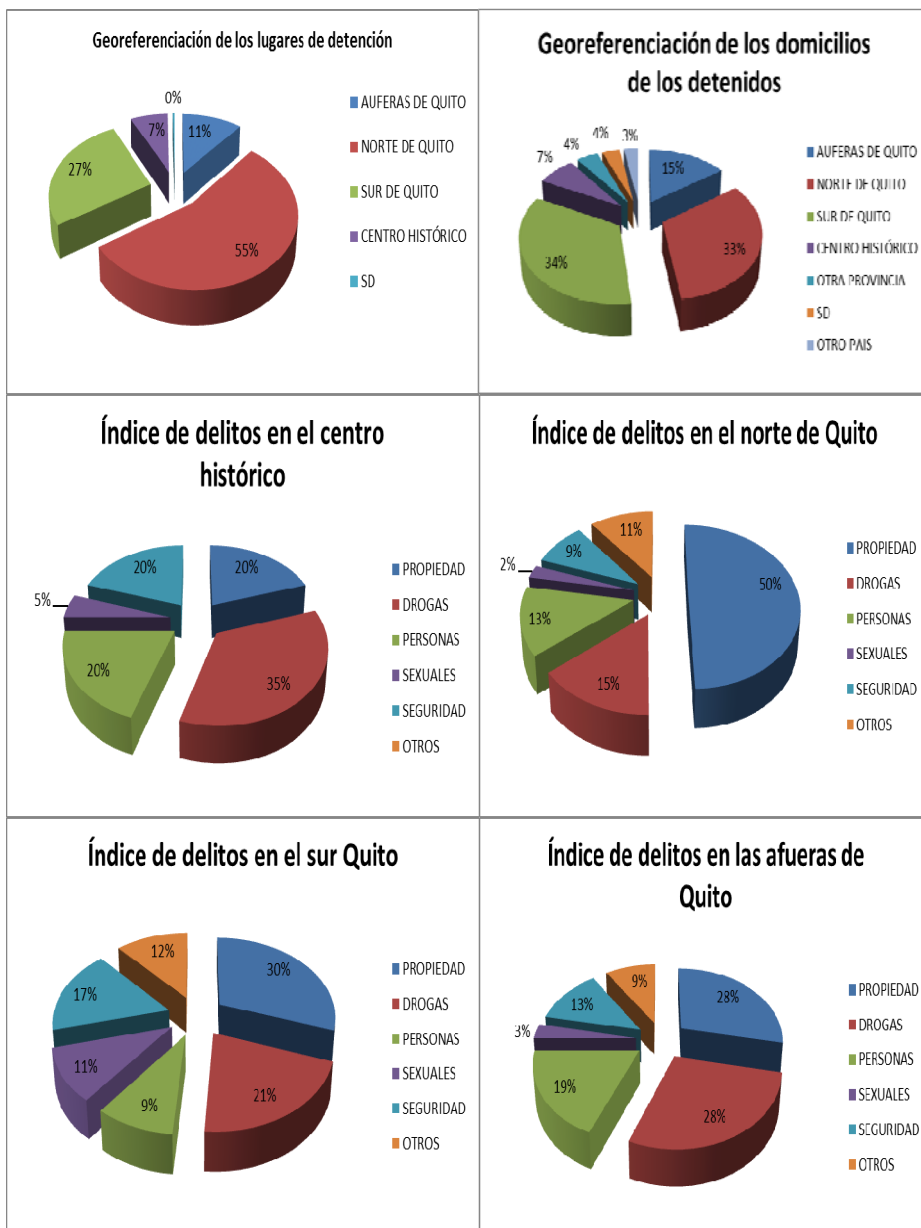
Centro Histórico: Parque el Ejido, calle Vargas, calle Montúfar, calle Rocafuerte y Venezuela, la Marín, calle Guayaquil y Sucre, calle Cuenca y Haití, El tejar, San Roque.

De la investigación realizada se evidencia que la mayoría de detenciones se produjeron en el norte de Quito, de la misma forma la mayoría de detenidos residen en dicho sector de la ciudad, esto indica claramente que la policía criminaliza mucho más ese sector de la ciudad, además las detenciones realizadas fueron por delitos contra la propiedad en y delitos relacionados con drogas principalmente.

En el centro de Quito y sus afueras son los lugares donde más detenciones hubo por drogas, en el norte predominaron los delitos contra la propiedad, en el sur el resto de delitos y los sexuales.

El sur de Quito por su parte registra mayor número de detenciones por delitos contra la propiedad seguido por delitos de drogas, y en menor relación delitos contra las personas.

He aquí los gráficos por sectores:



Las detenciones, generalmente correspondieron al sector norte de la ciudad de Quito, seguido del sur y las afueras y el centro histórico, en contraste los domicilios de los

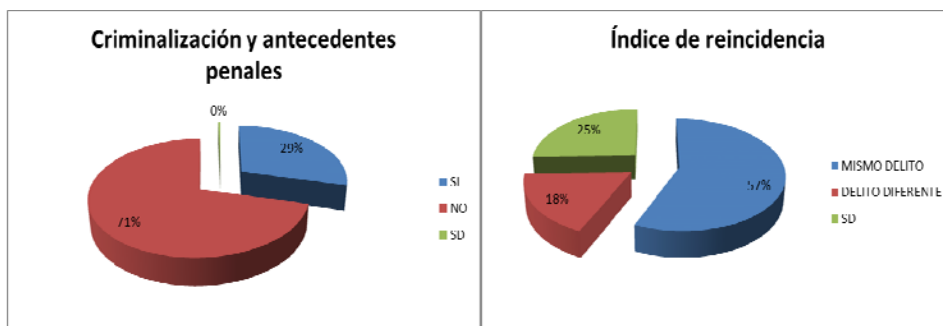
detenidos se repartieron en el norte de Quito, el sur las afueras y el centro histórico, por cuestiones de tiempo no se ha podido cotejar si los sectores de las detenciones se corresponden con los domicilios de los detenidos, sería importante verificarlo pues podría saberse si la policía prácticamente realiza sus operativos en lugares donde conoce residen personas que puede detener.

3.14. EDADES Y CRIMINALIZACIÓN



La población que mayormente es criminalizada es aquella comprendida entre los 26 a 35 años, seguida por la comprendida entre 18 a 25 años. Esto quiere decir que muchas de estas personas entrarán en edades productivas a centro de privación de la libertad, lo cual debería ser tomado en cuenta el momento de dictar medidas cautelares, pues no es lo mismo perder la juventud en la cárcel que en definitiva una persona madura lo haga.

3.15. ANTECEDENTES Y CRIMINALIZACIÓN



Un dato muy importante es que de solamente 83 personas registraron antecedentes o detenciones previas, lo cual significa que los mismos no son un criterio válido criminológicamente para referir la peligrosidad de una persona.

De la muestra analizada podemos comprobar como 47 personas que fueron detenidas, generalmente tienen detenciones por el mismo tipo de delito, 15 personas por delitos diferentes y 21 solamente constaba en el parte “si tiene antecedentes” por lo cual no es posible determinar si corresponden o no al mismo tipo de delito.

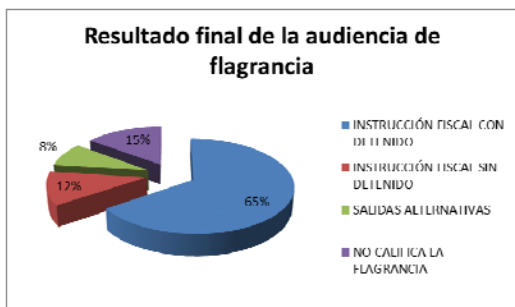
3.16. RESULTADO FINAL DEL PROCESO CRIMINALIZADOR

La audiencia de calificación de la detención en flagrancia finaliza con la calificación o no de la detención como legal, y con la correspondiente resolución respecto a la adopción o no de una medida cautelar si es que la Fiscalía decide formular cargos. Tanto la ley como la doctrina exigen que se justifique la necesidad de adoptar una medida privativa de la libertad, sin embargo pese a que en este punto es la agencia judicial la responsable de decidir, influyen aquellas proposiciones de la realidad no sujetas a verificación que Zaffaroni sostiene ni si quiera son reconocidas como tales, por ejemplo entran aquí la peligrosidad, los antecedentes, el riesgo social, los arraigos, etcétera, y que son los que a la larga le sirven al juez para justificar la adopción de tal medida cautelar.

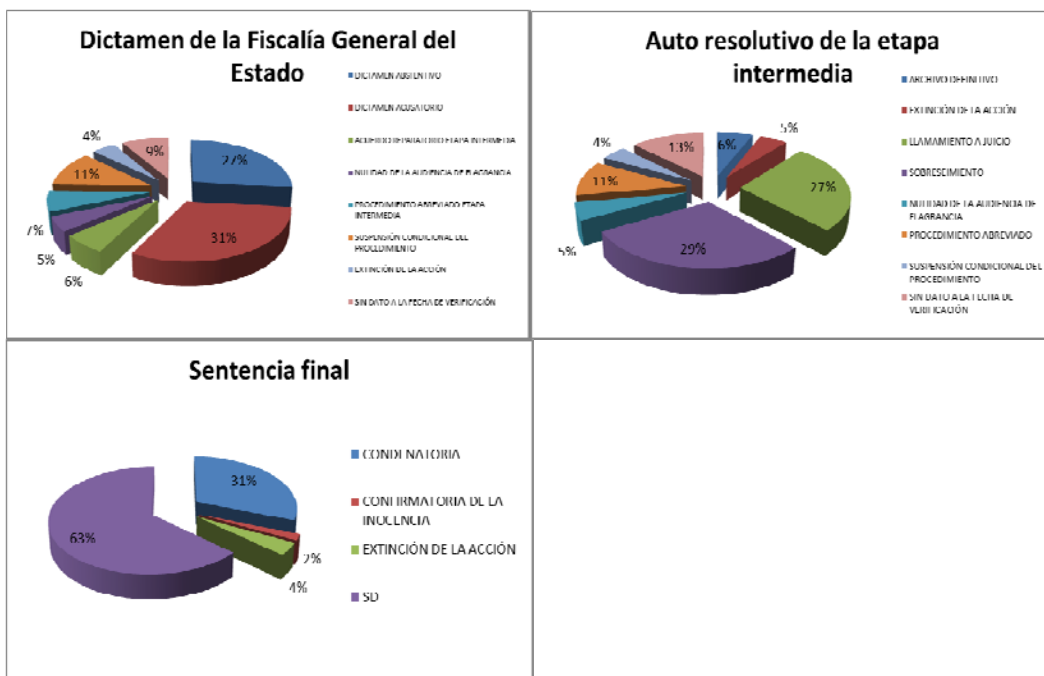
Podemos considerar que esta es la primera fase del proceso de criminalización, se iniciaron 220 instrucciones fiscales.

Es alarmante como respecto de 42 personas no calificó la legalidad de su detención, respecto a las restantes 24 personas se adoptaron en esta audiencia salidas alternativas al proceso penal, tales como acuerdos de reparación o suspensiones condicionales.

De esas 220 instrucciones fiscales pese a la excepcionalidad de la privación de la libertad es alarmante como se ordenaron 187 prisiones preventivas y tan solo 33 casos en que se dictaron medidas alternativas.



La segunda fase posemos considerarla el momento de la etapa intermedia en que la Fiscalía debe emitir su dictamen, es alarmante como de 220 instrucciones fiscales únicamente hubieron 61 dictámenes abstentivos, y tan solo 71 dictámenes acusatorios. El resto corresponde a nulidades, o salidas alternativas adoptadas en esta etapa del proceso.

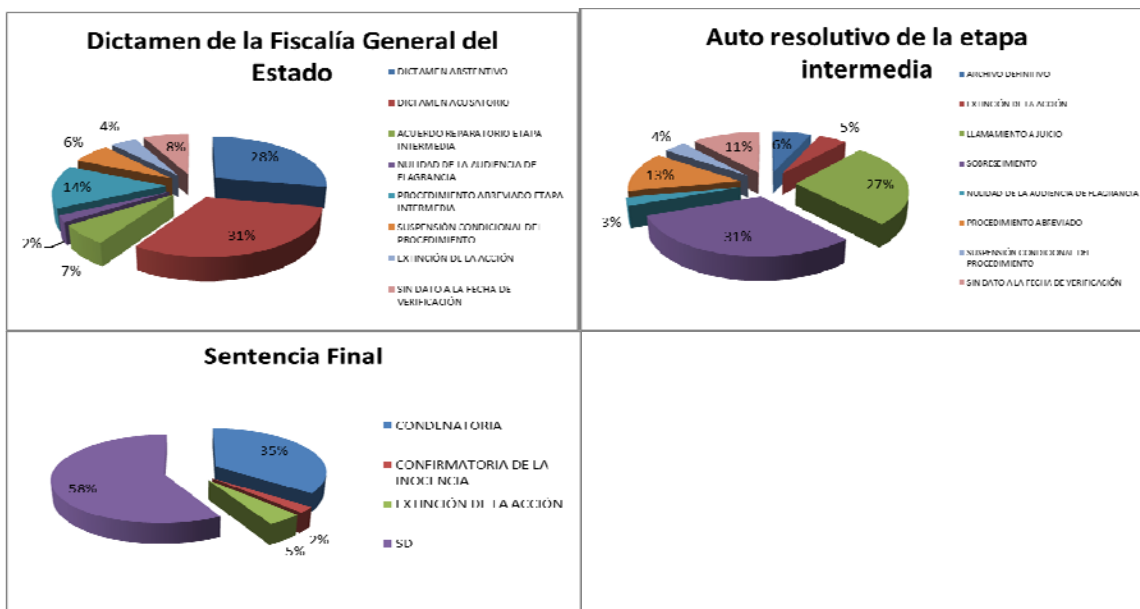


Se dictó auto de llamamiento a juicio a 61 personas y sobreseimiento a 57 y 76 casos obtuvieron en esta fase una solución alternativa, que bien pudo adoptarse en la misma audiencia de flagrancia. Hay más sobreseimientos que llamamientos a juicio.

De las 61 personas llamadas a juicio 32 obtuvieron sentencia condenatoria, debiendo aclarar que 182 a la fecha de la verificación no había información cargada en la página web de la función judicial de Pichincha.

3.16.1 EFECTIVIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Finalmente decidimos verificar cual fue el resultado final de la criminalización para las 187 personas a quienes se les dictó prisión preventiva, analizando el dictamen emitido en la etapa intermedia, el auto resolutivo del juez, y la sentencia obtenida.



La fiscalía acusó a 58 (de 187 con prisión preventiva) personas mientras que se abstuvo en 52 casos, el restante corresponde a salidas alternativas. La resolución del Juez fue llamar a juicio a 50 personas y sobreseer a 57. Se obtuvieron 31 sentencias

condenatorias, y solo dos confirmatorias de la inocencia (En contraste de las 33 instrucciones sin detenido solo en una se obtuvo sentencia y fue condenatoria).

3.17. ALGUNAS ESTADÍSTICAS ADICIONALES

Debemos dejar en claro que justamente el aporte de nuestra investigación se encuentra en que los estudios que hasta la fecha se han practicado no aportan mayor información respecto a lo que sucede en las detenciones por delitos flagrantes ni un mayor seguimiento a dichos casos. Adicionalmente nuestro trabajo no es solamente un consolidado de las noticias del delito que existen dentro de ese periodo de tiempo, sino un complejo análisis del fenómeno de la discriminación que se encuentra presente en todas las fases de la criminalización. Es por esto que podemos nutrir nuestro trabajo con variables obtenidas de fuentes secundarias que están vinculadas al tema que investigamos sin que de ninguna forma nuestro trabajo y sus conclusiones dejen de aportar al desarrollo del tema pues por la naturaleza del mismo abarca una especificidad que lo vuelve único.

Aclarado esto, vamos a utilizar algunas estadísticas respecto a la delincuencia en la ciudad de Quito, así como información del sistema de rehabilitación social.

El Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana ha realizado tres encuestas respecto a la victimización en Quito (2004, 2008, 2011) las cuales son entrevistas a la ciudadanía respecto de muchísimas categorías de estudio delictivo y sus experiencias personales al respecto.

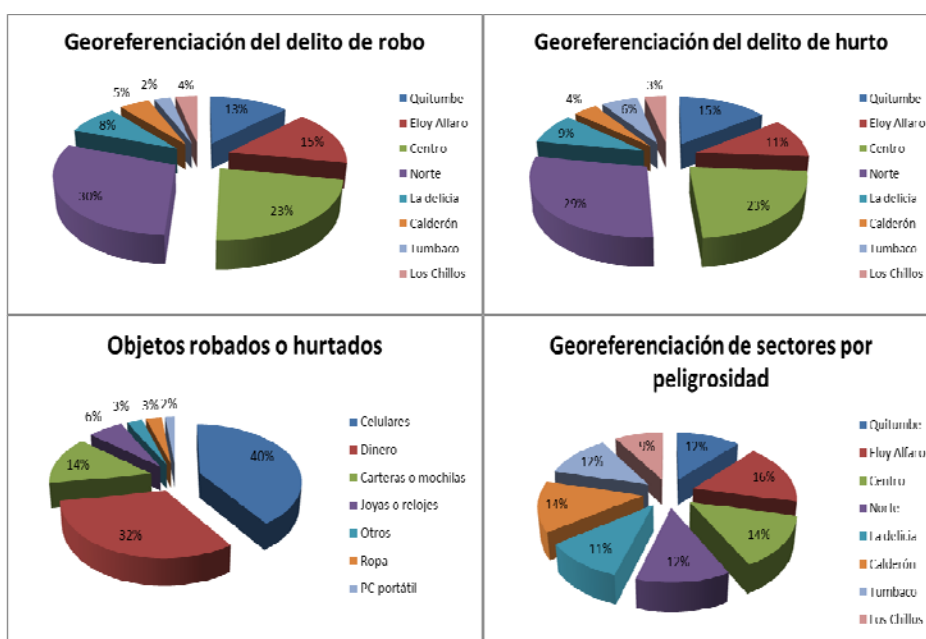
Adicionalmente desde enero de 2012 hasta febrero de 2013 por el momento¹⁶⁹, dicho observatorio realiza informes mensuales sobre los delitos y violencia siendo estos en

¹⁶⁹ Información que se desprende al revisar el sitio web del Observatorio hoy 29 de abril de 2013 disponible en: <http://omsc.quito.gob.ec/index.php/biblioteca-virtual/informes-mensuales.html#>

términos generales un consolidado de cuantas denuncias se han realizado en cada periodo en delitos contra la propiedad y las personas, y algunas variables como horarios y lugares en que más se han cometido a fin de obtener una georeferenciación.

Finalmente se han elaborado hasta la fecha 16 informes sobre seguridad ciudadana en Quito, que aportan también un consolidado anual de los datos obtenidos.¹⁷⁰

De la tercera y más reciente encuesta de victimización del municipio de Quito correspondiente al año 2011¹⁷¹, hemos obtenido algunas estadísticas en cuanto a georeferenciación del delito, así como de preferencias por parte de los delincuentes en cuanto a bienes, como vemos la mayoría son hurtos o robos de bagatela.



¹⁷⁰El informe en mención así como los tres anteriores se encuentran en el sitio web del observatorio metropolitano de seguridad ciudadana a 29 de abril disponible en:

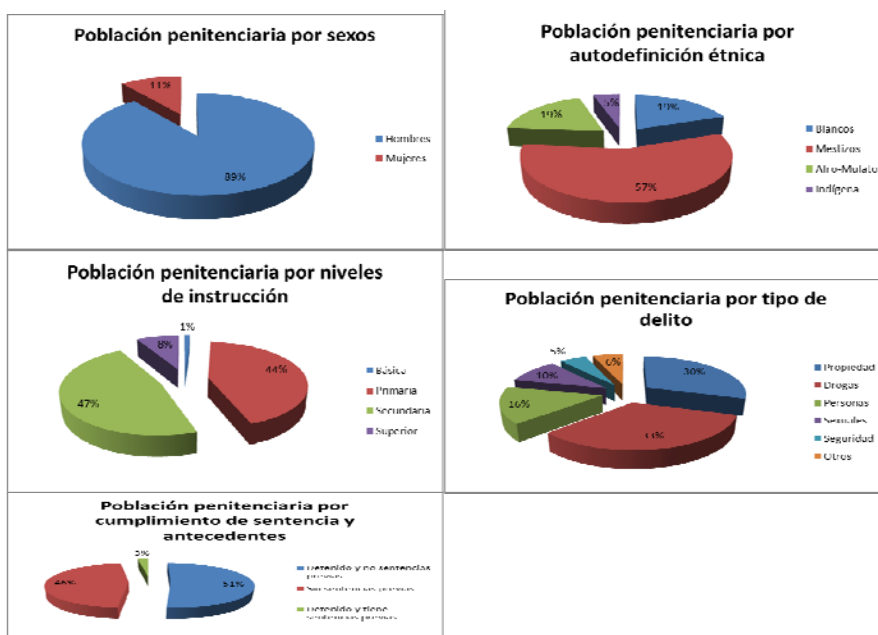
<http://omsc.quito.gob.ec/index.php/biblioteca-virtual/informes-anales.html>

¹⁷¹Información proporcionada por el Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana en su sitio web, a 29 de abril de 2013 disponible en: <http://omsc.quito.gob.ec/index.php/12-contenido-ejemplo/40-encuesta-de-victimizacion.html>

Respecto a los lugares en que es más propicio comerciar con drogas según la jefatura antinarcóticos de Pichincha están los sectores de Chillogallo, Santa Rita, Nueva Aurora, Quitumbe, Barrio Nuevo, Solanda, Mena 2, El Calzado, Atahualpa, San Bartola, Dos Puentes, Quito Sur, San Roque, Colmena, La Libertad, San Juan, La Comuna, El Tejar, Toctiuco, La Florida, El Inca, Comité del Pueblo, Tumbaco, La Ofelia, Cotocollao, Carcelén, Atucucho, Calderón, Carapungo y Marianitas.¹⁷²

Finalmente es importante realizar un análisis del estado del modelo carcelario ecuatoriano para lo cual hemos tomado los periodos 2005, 2006 y 2018, a fin de obtener datos respecto a la población carcelaria.

En esa línea a partir del censo social y demográfico penitenciario del Ecuador del año 2008, se desprenden algunos presupuestos de interés en cuanto a la conformación de la población penitenciaria por sexos, autodefinición étnica, nivel de instrucción y nivel de reincidencia.



¹⁷² Publicación a 27 de abril de 2013 disponible en: http://multimedios106.com/nota_ind.aspx?id_modulo=53&id_catgeneral=48&id_detmodulo=47827

CONCLUSIONES

- El estereotipo criminalizado en nuestra muestra se esbozó como una persona de sexo masculino, de entre 18 a 35 años, ecuatoriano o colombiano, afroecuatoriano, mestizo o blanco, sin acceso a la defensa privada, sin un empleo fijo, dedicado a oficios varios, con nivel de instrucción bajo, generalmente residente en el norte o sur de la ciudad, generalmente sin antecedentes penales.
- Las conductas más criminalizadas correspondieron al robo calificado, robo simple, tenencia y posesión de drogas, lesiones.
- Con todo esto vemos como principalmente no se criminalizó conductas de cuello blanco, ni mayormente conductas de relevancia social.
- Pese a que existe una igualdad formal entre los detenidos, el momento de disgregar información respecto a sus circunstancias particulares se hacen evidentes diferencias que a la larga influyeron en la forma como fueron criminalizados por la policía, pues se introdujeron en muchas ocasiones prejuicios sociales como lo son la etnia, la tez de la piel, la condición migratoria el momento de detenerlos como justificativo, demostrándose así que al ser más vulnerables son seleccionables y socialmente el resultado se presentará como aceptable, pues el discurso será: “negro ladrón” “Colombiano ladrón” “qué bueno que al fin los detuvieron”. Lo correcto hubiese sido que en virtud de dichas diferencias desde la criminalización primaria se les diera una medida afirmativa para equiparar las desventaja a la cual se encontraron sometidos, como por ejemplo si un ciudadano afro es detenido el nivel de evidencias encontradas en su poder debería ser más alto

para justificar su detención que en el caso de una persona blanca, lo propio cuando se detiene a un colombiano.

- En cuanto a la criminalización secundaria por bienes jurídicos la mayoría de delitos criminalizados en nuestra muestra correspondió a los de la propiedad, si complementamos la información con las estadísticas que obtuvimos del Observatorio Metropolitano de Seguridad Ciudadana (OMSC), se pone en evidencia como el 70% de bienes sustraídos corresponde a teléfonos celulares, y dinero, por lo tanto se ha demostrado como dichas detenciones se produjeron por bagatelas y no por grandes asaltos.

- En los delitos de drogas se configuró en mayor medida una verdadera flagrancia en aquellos casos en que por los controles aeroportuarios la persona fue detenida en plena posesión de las sustancias ilícitas. Algo que llama nuestra atención es que en las restantes detenciones, existió un elevadísimo porcentaje de “llamadas o denuncias anónimas” pues aparte de contravenir un principio elemental del sistema acusatorio (publicidad de la denuncia), constituyeron antecedentes para que la policía haya iniciado “seguimientos previos” a fin de detener a ciudadanos. De la misma manera es gravísimo como en este tipo de delitos se evidencian criterios de evaluación de perfiles de peligrosidad, que se ponen en evidencia cuando se ha referido que se detuvo a alguien por “actitud sospechosa” lo cual evidencia la excesiva subjetividad con que la agencia policial actúa en esta fase de la criminalización secundaria, pues seguramente habrán muchísimos casos en que dichas “actitudes sospechosas” no habrán conducido a delito alguno, y por lo tanto

no se detuvo al menos formalmente a nadie, constituyéndose así una alarmante cifra negra.

- En cuanto a la criminalización secundaria por la nacionalidad de los detenidos, en la muestra analizada se desvirtuó el criterio de que por la inmigración ha aumentado la delincuencia, o el del peligrosismo de los extranjeros ya que el 86% correspondió a ecuatorianos y el restante se dividió en varias nacionalidades. Adicionalmente el mayor porcentaje de los delitos cometidos por los extranjeros correspondió a delitos contra la propiedad, que como se observó son de bagatela.

- En cuanto a la criminalización secundaria por racismo, observamos que en los partes policiales la regla general fue no hacer referencia alguna a criterios de etnia o tez de la piel, excepto en casos de drogas y delitos contra la propiedad en que en ciertos casos si se encontró dichas referencias. Adicionalmente las mismas siempre implicaban gente de etnia “negra” “afro” o de tez “negra” “mulata” “trigueña”. Si completamos la información con la del OMSC se desprende que la población penitenciaria se encuentra mayoritariamente compuesta por mestizos, afro, mulatos. Saltó a la vista como nunca se hizo referencia en los partes policiales a persona de “etnia blanca” o “tez blanca” cuando se los detuvo. Por todo esto debería incluirse un apartado en los partes policiales referente a la autodefinición étnica a fin de al menos llevar un registro de su criminalización pues no puede ocurrir como ha venido siendo al menos en la muestra, que se lo haga únicamente cuando la policía por alguna razón decide resaltar dicho criterio en su detención, pues si valoramos el hecho dentro de la sistematicidad con que actúa la

discriminación explicada en los dos primeros capítulos, podemos concluir que evidentemente esto responde a criterios de racismo.

- En cuanto a la farmacodependencia y discriminación en la criminalización secundaria, observamos en primer lugar que la práctica del examen psicosomático es discrecional, en relación a la cantidad de la droga aprehendida, si bien inicialmente podría pensarse que pasado cierto volumen sería per se excesivo para el consumo, es cierto también que al menos de encontrarse que el sujeto sufre una adicción puede considerarse un atenuante que la llevó a traficar. En cuanto a las drogas aprehendidas la mayoría corresponde a marihuana y cocaína, que son de consumo más generalizado, mientras que la heroína que es una droga más elitista se encontró en menor cantidad.

- En cuanto a la posibilidad económica, social y circunstancias de acceso a una defensa, vemos como la mayoría de detenidos se asesoró con un defensor público, debemos recordar que aquella institución opera únicamente cuando el detenido o no puede o no desea contar con patrocinio privado, y es innegable que dicha situación puede deberse al nivel económico del detenido. El tipo de defensa fue irrelevante en cuanto a la adopción de la prisión preventiva, sin embargo si se desprende que la defensa pública opta por dar muchísimas más soluciones alternativas al proceso penal como suspensiones condicionales o acuerdos de reparación en la audiencia de calificación de la detención en flagrancia.

- En cuanto a la criminalización secundaria por profesión u ocupación, se evidenció la vulnerabilidad de personas que tienen oficios varios, generalmente artesanales, por sobre aquellos que tienen un empleo fijo especialmente público.

También existió un porcentaje de personas que refirieron ser comerciantes, quizás para ocultar otras ocupaciones como la prostitución, lo cual influye el momento de demostrar arraigo laboral y dificulta la adopción de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Se demostró en la muestra la vulnerabilidad de estas personas comparadas con los funcionarios públicos detenidos en la muestra pues cuando esto sucedió fue en muchísima menos proporción y además por delitos como lesiones.

- En cuanto a la criminalización secundaria por nivel de instrucción se concluyó en nuestra muestra que la vulnerabilidad de las personas son de instrucción primaria y secundaria, por sobre los que refirieron tener educación superior. Esto guarda relación con la información del OMSC.

- En cuanto a la georeferenciación por los lugares de detención vemos como la mayoría se produjo en el sector norte de la ciudad, si complementamos con la información del OMSC guardan relación con nuestras conclusiones.

- En cuanto a la criminalización secundaria por edades, se evidenció como la población que mayormente es vulnerable a ser criminalizada es aquella comprendida entre los 26 a 35 años, seguida por la comprendida entre 18 a 25 años. Esto quiere decir que muchas de estas personas entrarán en edades productivas a centro de privación de la libertad, lo cual debería ser tomado en cuenta el momento de dictar medidas cautelares, pues no es lo mismo perder la juventud en la cárcel que en definitiva una persona madura lo haga.

- En cuanto a la criminalización secundaria y los antecedentes penales, se demostró en nuestra muestra como el porcentaje de personas que los tenían era menor a aquellos que eran detenidos por primera vez, si completamos la

información con la obtenida del OMSC vemos como por eso el porcentaje de PPL con más de una sentencia que cumplir es sumamente bajo, por lo tanto el criterio de los antecedentes penales de ninguna forma es válido criminológicamente para denotar peligrosidad alguna.

- En cuanto a la efectividad del proceso criminalizador, vemos como se demostró que existe un excesivo uso de la prisión preventiva, y que pese a este hecho el número de las sentencias condenatorias obtenidas no ameritaban el uso de la misma. Hay un número elevado de casos en que se pudieron adoptar soluciones alternativas al proceso penal en la misma audiencia de flagrancia y no esperar hasta la etapa intermedia. El número de sobreseimientos es mayor al de llamamientos a juicio. El número de sentencias condenatorias es mínimo y hace pensar que en muchos casos se criminalizó situaciones que pudieron tener otro tipo de solución.

BIBLIOGRAFÍA

Anitua, Gabriel Ignacio, *identifíquese apuntes para una historia del control de las poblaciones* en David Baigun *estudios sobre la justicia penal*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2005

Arias, Patricia, Liza Zúñiga, *control, disciplina y responsabilidad policial: desafíos doctrinarios e institucionales en América Latina*, Flacso Chile, 2008.

Badinter Elisabeth, *El enigma masculino la gran X*, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares compiladores *El género en el derecho ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009

Barrère, María Ángeles, *Igualdad y discriminación positiva: un esbozo análisis teórico conceptual*, Universidad del país Vasco, disponible a 11 de febrero de 2013 en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>

Becker, Howard, *Sociología interpretativa y tipología constructiva*, en Georges Gurvitch, Wilbert Moore, *Sociología del siglo XX, el ateneo, España 1966*,

Benítez Manaut, Raúl, *La teoría de la reforma del sector defensa en América Latina en Gestión de las políticas de defensa y seguridad ciudadana en el Estado de derecho*, Quito, v&o gráficas, 2005

Bobbio, Norberto, *La naturaleza del prejuicio, Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010

Carrión, Andrés, *la memoria de los otros*, Eskeletra, Quito, 1996

Castells, Jorge, *Historia y aspectos institucionales de la función policial, la doble dependencia funcional*, en Gregorio Kaminsky, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanús, 2005

Castronovo, Raquel, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanús, 2005

Dahl, Robert, *¿Es la igualdad enemiga de la libertad?* artículo web a 11 de febrero de 2013 disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/dahl-igualdadylibertad.htm>

De Sousa Santos, Boaventura, *Desigualdad, exclusión y globalización en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia* en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010

Donoso Catellón, Arturo, *Estructuras de seguridad en el Estado de derecho en Gestión de las políticas de defensa y seguridad ciudadana en el Estado de derecho*, Quito, v&o gráficas, 2005

Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia en Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 4ta edición, 2004.

Gabaldón, Luís Gerardo, *La policía y el uso de la fuerza física en Venezuela* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina*, Medellín, DIKE, 1996

García Gallegos, Bertha, *Doctrina y gestión de las políticas de defensa y seguridad pública y ciudadana en el Estado de derecho en Gestión de las políticas de defensa y seguridad ciudadana en el Estado de derecho*, Quito, v&o gráficas, 2005

Kaminsky, Gregorio, *Tiempos inclementes culturas policiales y seguridad ciudadana*, Buenos Aires, remedios de escalada/ partido de Lanús, 2005

Krümpelmann, citado por Jesús María Silva *delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, en dogmática y criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Colombia, Legis, 2008

Mackinnon, Catherine, *Sex Equality*, New York, Foundation Press, 2001.

Prieto Sanchís Luís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010

Rodríguez Estévez, Juan, et al., *El conflicto de roles en el sistema penal federal argentino*, Montevideo, Mastergraf, 2005

Ramón Rodríguez Noboa, *La militarización de la política criminológica en América Latina en Gestión de las políticas de defensa y seguridad ciudadana en el Estado de derecho*, Quito, v&o gráficas, 2005

Saba, Roberto, *(Des)igualdad estructural en hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, *Igualdad y no discriminación el reto de la diversidad*, Quito, V&M gráficas, 2010

Sartori, Giovanni *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992

Schünemann, Bernd, *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* en Obras Completas tomo II, Buenos Aires, Rubizzal-Culzoni editores, 2009

Sumid, Carola, *Posibilidades de una investigación empírica sobre la policía en América Latina* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina, Medellín, DIKE, 1996*

Vicaria Hevia, Alfonso, *la legalidad de la actuación policía en Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999

Waldman, Peter, *El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy* en Peter Walkman *Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina, Medellín, DIKE, 1996*

Zaffaroni Raúl, Alejandro Plagia, Alejandro Skolar, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002

Compendio de los lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia, p. 21, a 13 de Abril de 2013 disponible en:
http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/INSTITUCION/CARTELERA/DOCTRINA_POLICIAL/Tab3/01.pdf

Doctrina Policial de la República del Ecuador, orden seguridad y protección de los derechos, Ministerio del Interior, Quito, 2012, disponible a 29 de marzo de 2013 en: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/Doctrina-Policial-de-la-Rep%C3%BAblica-del-Ecuador.pdf>

Estadística tomada del sitio web de la función judicial de Pichincha, a 7 de diciembre de 2012 disponible en: <http://www.funcionjudicial->

pichincha.gob.ec/index.php/component/content/article/37-noticias/288-comunicado-de-prensa-no701-sentencia-historica-en-17-dias-de-proceso-condenan-a-delincuentes-en-unidad-de-flagrancia-en-quito

Estadística presentada por el diario Telégrafo en su versión digital a 06 de febrero de 2013 disponible en:

<http://www.telegrafo.com.ec/noticias/judicial/item/criticas-enfrentadas-por-libertades-dadas-a-detenidos-en-flagrancia.html>

Estadística presentada por diario el Comercio en su versión digital a 03 de febrero de 2013 en : http://www.elcomercio.com/seguridad/delitos-sancionados-prision-preventiva_ECMFIL20130203_0001.pdf

Informe Temático *Los escenarios de la criminalización a defensores de derechos humanos y de la naturaleza en Ecuador: desafíos para un Estado Constitucional de Derechos* de la Defensoría del Pueblo Ecuatoriana, a 13 de febrero de 2013 disponible en:

http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=447%3Ainforme-criminalizacion-defensoria-del-pueblo&Itemid=154

Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 90/00 de 5 de octubre de 2000, disponible a 23 de septiembre de 2012 en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Sol.Ami/Ecuador11.868.htm>

Publicación digital del diario “El ciudadano” disponible a 09 de abril de 2013 en

http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&i

d=31239:en-escuela-san-pablo-de-lago-formacion-policial-es-integral&catid=4:social&Itemid=45

Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos Magdalena Sepúlveda (A/66/265) de 4 de agosto de 2011 a 26 de diciembre de 2012 disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/A-66-265_sp.pdf

El informe en mención así como los tres anteriores se encuentran en el sitio web del observatorio metropolitano de seguridad ciudadana a 29 de abril disponible en: <http://omsc.quito.gob.ec/index.php/biblioteca-virtual/informes-anuales.html>

Vitar Cáceres, Jorge, *la detención por flagrancia y la modificación de la ley 20. 253*, Artículo Web disponible a 8 de septiembre de 2012 en http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

Hanashiro, Olaya, Daniel Pontón, *elementos para una reforma policial en el Ecuador*, en Alfredo Santillán, Jeny Pontón, Daniel Pontón, *Ciudad segura debates sobre la seguridad ciudadana*, FLACSO, octubre de 2007, p. 125, a 20 de febrero de 2013 disponible en:

www.flacso.org.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=40312

Resolución Directorial de la Policía Nacional del Perú N° 008-2007 , disponible a 8 de abril de 2013 en:

http://www.mininter.gob.pe/contenidos/archivos/doctrina_policial.pdf

Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires Argentina, 2009, capt. 5 p.1 a 8 de abril de 2013 disponible en:

<http://www.gordillo.com/tomo2.html>

Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, México, 2010, a 30 de abril de 2013 disponible en:

http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E05-2009-1Co.pdf

From coercion to cohesion: treating drug dependence through health care not punishment, UNODC, 2010, version en castellano disponible a 01 de mayo de 2013 en:

http://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion/Coersion_SPANISH.pdf

Convención Única sobre Estupefacientes, disponible a 01 de mayo de 2013 en: http://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf

Sumario del Informe anual del UNODC 2012, a 01 de mayo de 2013 disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/Executive_summary_spanish.pdf

LEGISLACIÓN

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial
Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer
Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad

Convenio 111 De La OIT: Relativo A La Discriminación (Empleo Y
Ocupación,
Convención Relativa A La Lucha Contra Las Discriminaciones En La Esfera
De La Enseñanza
Constitución de la República del Ecuador (2008)
Código Penal del Ecuador