H/NT7/ILN
L i

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

San José, Costa Rica

VII CURSO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS.

Realizado del 21 de agosto al 1 de setiembre de 1989.

Trabajo de Investigación para optar al CERTIFICADO ACADEMICO.

TEMA: "La Legislación Contravencional Ecuatoriana y los Derechos Humanos Fundamentales".

CEDO-04989
MFN 10445

Por: Eduardo R. López H.

Maracaibo, noviembre de 1989.

" de cada cual según sus capacidades,

a cada cual según sus necesidades "+.

+ Karl Marx.

CONTENIDO

LA LEGISLACION CONTRAVENCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

INTRODUCCION ... ... P. I

Control Social ... ... P. 1

LA LEGISLACION CONTRAVENCIONAL COMUN ECUATORIANA Y LOS PROCESOS DE CRIMINALIZACION MORAL

EL PROCESO DE CRIMINALIZACION MORAL O ESTIGMATIZACION LEGAL ... ... P. 3

DERECHOS HUMANOS NEGADOS POR ESTA LEGISLACION ... ... P. 4

EL PROCESO DE APLICACION DE PENAS O AUTORITARISMO ESTATAL... ..... P. 13

LA REPRESION PENAL O COROLARIO DE LA VIOLENCIA LEGAL... P. 18

LA DESCRIMINALIZACION CONTRAVENCIONAL COMO ALTERNATIVA NECESARIA, RACIONAL Y MENOS INJUSTA ... ... P. 21

A manera de CONCLUSION ... ... P. 25

CITAS BIBLIOGRAFICAS Y INSTRUMENTOS JURIDICOS CONSULTADOS ... ... P. 26

# INTRODUCCION

En este trabajo, se intenta visualizar las contradicciones de la LEGISLACION CONTRAVENCIONAL COMUN ecuatoriana a la luz de LOS PROCESOS DE CRIMINALIZACION para reflexionar sobre su incoherencia formal y fáctica, tanto con el Ordenamiento Jurídico estatal como con el Derecho Internacional de los DERECHOS HUMANOS.

Ante la necesidad de un enfoque interdisciplinario y global que desentrañe y desmitifique este eficaz mecanismo de control social represivo, el presente análisis se guía por el "paradigma de la reacción social o de la definición" cuyo objeto de investigación se desplaza del comportamiento criminal (propio del paradigma "etiológico") hacia las condiciones a partir de las cuales, en nuestra sociedad, las etiquetas de criminalidad y el estatus de criminal o infractor son atribuidos a ciertos comportamientos y a ciertos sujetos, así como hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional. Su análisis se extiende a la distribución del poder de definición y de reacción social, a la desigual distribución de este poder y a los conflictos de intereses que están en el origen de este proceso[1].

En tal perspectiva, la legislación contravencional es considerada uno de los instrumentos formales del control social, en el cual la violencia institucionalizada es menos oculta durante el proceso de creación, aplicación y ejecución de la Ley penal. En nuestro contexto histórico, tales procesos de definición y criminalización se inscriben en el marco del control so

cial concebido como producto sociopolítico de relaciones sociales de dominación y de desigualdad, en el que aquellos desempeñan un gran papel configurador, represivo y legitimador del orden establecido.

Si bien existen algunos intentos dogmáticos por investigar este abandonado campo de coerción penal, no se ha logrado concientizar la necesidad de profundizar y ampliar su estudio desde una perspectiva extrasistemática que evite parcelar arbitrariamente una realidad socio-jurídica concreta, para trascender en la búsqueda de alternativas racionales y solidariamente humanas de manejo de conflictos y problemas sociales en una relación social horizontal que respetando la diversidad de las personas procure alcanzar un orden social más justo.

La emergencia cotidiana en la que sobreviven los destinatarios de la Legislación contravencional ha limitado el alcance teórico y político de esta exposición; no obstante, se pretente contribuir a reivindicar en la práctica, sus DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES que concebidos como sus NECESIDADES básicas son los más irrespetados, insatisfechos, violados y reprimidos por la estructura neo-colonialista de poder y Control social vigente.

## LA LEGISLACION CONTRAVENCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Previo al analisis de esta legislación en nuestro país,- es necesario ubicarla en el contexto histórico respectivo del CONTROL SOCIAL.

Para tal efecto, se entiende por CONTROL SOCIAL, "el conjunto dinámico de instituciones por medio de las cuales se obtiene el consenso y/o sometimiento de la población a los valores predominantes en el sistema vigente"[1]. Dicho control so--- cial se puede dividir en formal e informal[2]. En el FORMAL se - encuentra: el Derecho, clasificado en diversas áreas, sus ins-- tancias de definición (agencia legislativa, generalmente); sus órganos de aplicación (agencias policial y jurisdiccional) y - de ejecución penal (agencia penitenciaria, generalmente). En - el INFORMAL se encuentra: la religión, la ética, los usos y - costumbres, ejercidos por la iglesia (católica, mayoritariamente), la familia (monogámica, oficialmente), la literatura, los medios de comunicación masiva, los partidos políticos, las organizaciones gremiales, la opinión pública, etc.

En este proceso, la socialización primaria o internalización de actitudes, tendencias, valores y roles se impone á través del control social informal, mientras que la socialización secundaria o sustitutiva, encargada de reforzar y configurar - represivamente la implantación de tales valores y normas esenciales al sistema de dominación, la realiza en forma eficaz el control social formal.

Cuando tales mecanismos fracasan o se vuelven disfunciona

les al sistema dominante, se activa el control social subterraneo[3] que opera en los diversos niveles del sistema social en general, y en el sistema penal en particular, en sus manifestaciones institucionales más violentas, como las "ejecuciones extralegales" en los supuestos "enfrentamientos armados", los "operativos de seguridad" o simplemente la "cifra negra de la criminalidad no convencional", como expresiones claras del mero ejercicio del poder[4].

En tal perspectiva, el objeto del presente estudio se encuentra en el control social formal y específicamente, en el "control social punitivo institucionalizado"[5] o sistema penal, en cuyo interior se localiza el sistema penal paralelo[6], discriminatoriamente alterno al sistema penal estricto. En aquel sistema penal paralelo, se encuentra una trama de leyes especiales que encubiertas por la "minimización jurídica"[7] oficial, permiten la PENALIZACION selectiva de conductas o individuos pertenecientes a los estratos sociales más subordinados de la sociedad. Tales leyes "punitivas" sancionan contravenciones a las Ordenanzas municipales, a las de tránsito terrestre y conducción vial, a la "seguridad nacional", a las buenas costumbres, a la moral, salud, tranquilidad, seguridad y orden públicos, etc. Aún hoy, sus infracciones son reprimidas con la privación de la libertad personal, decretada por AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS POLICIALES, ya municipales o ya dependientes directos de la "función ejecutiva"[8].

De aquella legislación dispersa, se toma para el presente trabajo, la LEGISLACION CONTRAVENCIONAL COMUN ECUATORIANA, contenida en el libro III del Código Penal. Para su análisis se intentará guiar por los PROCESOS DE DEFINICION Y CRIMINALIZA--

CION FORMAL, a través de los cuales se ejerce y legitima legalmente el control social, en un "Estado republicano" y con un gobierno "constitucionalmente democrático", como el actual.

EL PROCESO DE CRIMINALIZACION FORMAL O ESTIGMATIZACION LEGAL.

Esta conformado por la ENCRIMINACION de conductas y la determinación de las INSTITUCIONES que integran el SISTEMA PENAL.

Este proceso generalmente va precedido por el control social informal en la sociedad civil a través de la familia, la iglesia, el sistema educativo, la criminología y otras disciplinas, los partidos políticos, los sindicatos, medios de comunicación masiva, etc.

En esta fase de creación legal, impera la voluntad y DECISION POLITICA del legislador, cuya omnipotencia, dará como resultado la sanción de determinadas conductas y no de otras a través del sistema penal. En la legislación contravencional, esta selectividad en las infracciones, es menos oculta. De ahí que con razón, la Dra. Lolita Aniyar haya sostenido fundadamente que tanto la criminalización, que prioriza conductas facilmente detectables entre las clases subalternas, y la no criminalización e inclusive la decriminalización de conductas que ocasionan grave daño y costo social, que son propias del rol de las clases hegemónicas, son las dos caras de un mismo fenómeno que desemboca o no desemboca en el sistema penal[9].

Esta incriminación selectiva es transparente en la ley contravencional, al observarse en ella, desde la inclusión de tipos delictivos del Código Penal, ausencia de tipo, abuso en la utilización de tipos ambiguos, imprecisos, abiertos o en

blanco, bienes jurídicos indeterminados, su carácter pre-delictual o administrativo preventivo y post-delictual, hasta la punición de condiciones, estados o situaciones vitales de personas marginalizadas y marginales (pobres y diferentes, respectivamente), a las cuales se supone "peligrosas" y por tanto, "objeto" susceptible de represión. Tal discriminación se la realiza en aras de una falsa "defensa social" que clasifica a las personas en buenas y malas, superiores e inferiores, que desmiente la vigencia, no sólo de las garantías del Derecho Penal liberal, sino también, del principio republicano de la división de los poderes en un Estado de Derecho, a la vez que posibilita la violación de los DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES de grandes grupos socialmente débiles en nuestra sociedad.

DERECHOS HUMANOS NEGADOS POR ESTA LEGISLACION.

Entre los derechos, principios y garantías individuales que vulnera la ley contravencional, a manera de ejemplos se mencionan los siguientes:

LA DIGNIDAD DE TODA PERSONA se niega cuando se clasifica discriminatoriamente a los seres humanos y se los califica o etiqueta como "malos", "peligrosos", "enfermos", "antisociales", "indisciplinados", "indios", "pobres", "marginados" o "criminales", cosificándolos en objetos de persecución penal no tanto por lo que hacen sino por lo que son, aún sin haber cometido delito. Esta clasificación, la realiza lamentablemente desde el legislador que plasma su interés en ley, hasta los mismos portadores y destinatarios de ella, que la legitíman o convalídan inconciente y contradictoriamente, como en el caso de las contravenciones o faltas policiales.

La aseveración anterior se confirma con aquellas disposiciones que imponen el encarcelamiento o encierro por parte de autoridades administrativas y por tiempo indeterminado, como sucede con los "alienados mentales" (Art. 527 del Código Penal) o la vigilancia de por vida a los reincidentes (Art. 62 C.P.), que a su vez viola las garantías básicas del "non bis in idem", la culpabilidad y legalidad, el estado de inocencia y la defensa efectiva, la identidad cultural y el juez natural, etc.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY desconoce la existencia de una desigualdad material entre los seres humanos y su estratificación social vertical en la sociedad actual y se pretende un funcionamiento idealmente orgánico y homogéneo de toda una población, en la que existen diversos intereses y valores en muchas ocasiones contradictorios y antagónicos a los hegemónicos.

En nuestro medio, la población se halla conformada por diferentes grupos étnicos en la que su movilidad está condicionada por la posición en la escala social, política, religiosa, cultural y económica, que en definitiva determinará su grado de vulnerabilidad ante el sistema penal, el acceso a las oportunidades y el "éxito" personal. Aunque la Constitución política de la república del Ecuador prohibe "toda discriminación" (Art. 19 Nral. 4) y "la esclavitud o la servidumbre en todas sus formas" (Art. 19 Nral. 16), tales "hechos" son considerados "normales" y hasta "necesarios" en nuestra sociedad sin que hasta el momento haya conciencia de la extensión del fenómeno en América Latina. La ley contravencional, por ejemplo, reconoce la permanencia de tal resabio colonialista, cuando sanciona con una multa de ciento veintiuno a docientos cuarenta sucres y/o prisión de cuatro a siete días a "los culpables

de maltratos contra sus domésticos o sirvientes" (Art. 607 numeral 8 del Código Penal).

De igual forma, esta ley sanciona con pena de prisión hasta por siete días el hurto y el robo de cosas que valgan más de DIEZ SUCRES (unos quince centavos de dólar)(Art. 607 Nral. 1 del Código Penal). En ella, se penan también las "creencias" de la gente (Art.605 Nral 21), el comercio público sin permiso policial que justifique la "honradez" de las personas (Art. 605 Nral. 14), el salir vestido de una manera indecorosa o contraria a las buenas costumbres (Art. 604 Nral. 9), bañarse "quebrantando las reglas de la decencia" (Art. 604 Nral. 10) o "ser encontrado en cualquier lugar público en estado de embriaguez" (Art. 604 Nral. 24 del Código Penal).

LA LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL se coarta, en primer lugar, por la estructura sociopolítica imperante, al asignar a sus miembros el ámbito social de referencia y de autodeterminación correspondientes. De esto depende el grado de VULNERABILIDAD DE UN SUJETO AL SISTEMA PENAL. Más, si la esencia de cualquier sistema penal es su operatividad selectiva en base a estereotipos de prisonizados, y si estos asumen el rol requerido por parte de las agencias de control según la posibilidad de invasión o resistencia ofrecida, no cabe duda que la clientela marginalizada es la que menos riesgo y mayor productividad cuantitativa presenta al ejercicio punitivo institucional.

En segundo lugar, en nuestra legislación, se concede facultades de detención al arbitrio de la policía e inclusive la instrucción penal en delitos de acción pública (Art. 10 del Código de Procedimiento Penal);también, se pone entre sus múltiples a-

tribuciones, la de detectar, perseguir, juzgar, sancionar y vigilar sin posibilidad de ningún control jurisdiccional de sus "fallos" (Art. 449 C.P.P.), concentrando de tal forma todo el poder inquisitorial y monárquico en un órgano administrativo--policial, dependiente directo del poder ejecutivo y al margen de las garantías mínimas del artículo 8 de la Convención Americana sobre DERECHOS HUMANOS.

LA SEGURIDAD JURIDICA garantizada por el Estado de Derecho, es negada por la legislación en estudio, pues en ella, la certeza de lo prohibido penalmente se pierde en una confusa amalgama de disposiciones en las que, no se reconoce un "interés común o generalizable a toda la población", sino por el contrario, la arbitrariedad en su selección y definición, permite que el control represivo y configurador de la agencia policial se centre en la clase "baja" con exclusividad.

Aqui, se reitera la violación a los principios de LEGALIDAD, TAXATIVIDAD, SUPREMACIA DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA[10], LA RACIONALIDAD Y HUMANIDAD DE LA PENA, EL DEBIDO PROCESO, etc.; ya que, la Legislación contravencional contiene desde disposiciones que irrespetan el "nullum crimen sine conducta", el "nullum crimen sine lege" y el "nullum crimen sine culpa", cuando establece la "responsabilidad objetiva", permite la "discrecionalidad" o margen de corrupción policial y admite la "presunción de dolo o culpa", hasta "tipos" penales en blanco, ambiguos e inciertos, cuyos "bienes jurídicos" son "esotéricos"[11].

Tales disposiciones, son interpretadas, completadas y aplicadas por la autoridad policial, de acuerdo a criterios e intereses INSTITUCIONALES, como en el caso de "las diversiones

y espectáculos públicos" (Art. 606 Nral. 17 C.P.) o como en el caso de "sospecha", "peligro" y "peligrosidad presunta" contenida en el Art. 606 Nral. 12 C.P. que sanciona hasta con CUATRO DIAS DE PRISION a "los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto plausible parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes".

LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES considerados como "bienes jurídicos" puede servir como una "referencia material" urgentemente garantista, ante la violencia del sistema penal. Esta posición transitoria y emergente, ayuda a revisar y descubrir cual es el "interés jurídico tutelado"[12] penalmente, con una reacción estatal tan grave como la PRIVACION DE LA LIBERTAD.

En el Derecho penal, se sanciona en forma desigual y fragmentaria, las conductas que afecten la "seguridad del Estado", la "seguridad nacional", el "orden público", la "propiedad", la "vida e integridad personal", etc. Más, aquella calidad de "bien jurídico" debe concretarse en su "relación de disponibilidad"[13] material por parte de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, por ser portadores jurídicos legítimos de dichos bienes y para que la validez general sea obligatoria. Por ejemplo, no es comprensible racionalmente, como un "sujeto de derechos" que jurídicamente tiene el derecho a la "propiedad privada", esté confiscada materialmente para él y sin embargo, deba respetar la "propiedad ajena" acumulada sin razón por otro "igual", so pena de ser castigado por ejercer su legítimo derecho de "acceso y disponibilidad del bien jurídico" que el mismo Estado le otorga.

A esto se suma la desprotección fáctica que tanto el Orde

namiento Jurídico como el sistema penal desempeñan actualmente en nuestro medio. Esta desprotección es evidente, sobre los "bienes jurídicos" de máxima importancia para toda la colectividad como los DERECHOS HUMANOS en sus manifestaciones más elementales: la vida humana, la salud, la alimentación, la vivienda, el trabajo y la participación social; es decir, no se garantiza ni posibilita la satisfacción de "necesidades reales fundamentales"[14] de toda la población.

Pero, la inobservancia de estos derechos humanos fundamentales y generalizables a toda la población que el Estado ha consagrado "nominalmente" en la cúspide de su Ordenamiento Jurídico, respondería a la propia estructuración del Estado, a su incipiente y deficiente configuración institucional, por lo que más que una "desfiguración del Estado moderno", este es inexistente; y, el "subdesarrollado" que tenemos incumple y viola tales derechos porque "el modelo que está a la base de todo el sistema liberal burgués es NECESARIAMENTE IRREALIZABLE, precisamente porque es meramente simbólico, es decir, ideológico"[15].

De ahí que no se hayan tomado como "referente material del delito"[16] tales derechos humanos sino otros, dejándose desprotegidos o impunes actos "socialmente dañinos" como los relativos a la CONTAMINACION AMBIENTAL, actos que afectan las RELACIONES ECONOMICAS y la propia economía nacional, o actos que afectan por lesión o por peligro a la SALUD PUBLICA o a los CONSUMIDORES; es decir, los DELITOS DE LOS PODEROSOS han sido funcionales y consecuentes con la LOGICA DEL PROCESO DE ACUMULACION CAPITALISTA, que ha condicionado nuestra dependencia, subdesarrollo, marginalidad, DOMINACION y VIOLENCIA.

De esta forma, el Control social interno e internacional, utiliza la definición legal o criminalización primaria para la creación del delito, el delincuente y la delincuencia. El control social crea al "delito" al definirlo, al "delincuente" al señalar a una persona en vez de otra que ha realizado una conducta similar, la "delincuencia" al seleccionar los casos que ingresan a los registros oficiales y los que pasan a la llamada "cifra obscura". Este control social se activa diferencialmente por razones de clase: hay ilegalismos de los derechos para las clases hegemónicas e ilegalismos de los bienes para las clases subalternas. Aquellos componen las "cifras doradas" de la delincuencia, estos, la delincuencia que puebla nuestras cárceles. En todo este proceso, no se puede olvidar tanto las representaciones y actitudes del público, como un primer nivel de control y de criminalización (medios de comunicación masiva: estereotipos y estigmatización) como base ideológica de ese control; asi como también, la operatividad real de las instituciones contraloras en sus diversos niveles, desde el legislativo, policial, judicial y de ejecución penal, hasta las "emergentes o subterráneas".

La creación de estereotipos, muy vinculados a los fines de dominación interna, utilizados para separar a los "malos" de las clases bajas, de los "buenos" de las otras clases, reproduce el orden social, al "declarar ilegales los intereses de la clase subalterna y convertir en cuestión de orden público la afirmación de estos intereses, tanto si esa afirmación se hace mediante acciones concertadas de tipo político (subversión), como si se verifica a través de acciones individuales (delincuencia), aún cuando estas sean estratégicamente irracio

nales en su dimensión política"[17].

En un sentido inversamente selectivo y minimizador de la protección de intereses colectivos, en esta ley contravencional se hallan algunas disposiciones que sancionan conductas de los poderosos, en forma desigual y fragmentaria; esto, se puede observar tanto en su "tipificación" como en su "cuantificación penal". Por ejemplo, mientras las contravenciones contra la **propiedad privada** son penadas con PRISION de cuatro a siete días, la **alteración de precios** o el disparar armas de fuego en las poblaciones son sancionadas con una MULTA de quince a treinta sucres ($ 0,05 céntimos de dólar).

Dogmáticamente, la sanción penal pretende reflejar la GRAVEDAD y EXCEPCIONALIDAD DEL TIPO, veamos otros ejemplos que demuestran lo superfluo de tal consideración ideal. En esta legislación es más grave usar una cosa ajena sin el consentimiento del dueño, que contaminar el ambiente con sustancias explosivas, inflamables, corrosivas o productos químicos. Es más grave proferir una injuria no calunniosa leve que verificar transacciones sobre objetos pertenecientes al Estado o destinados al uso o servicio público, como armas, prendas militares, etc. Es más grave para esta legislación, el **hurto** y el **robo** de **cosas** cuyo valor no pase de cien sucres ($. 0,10 céntimos de dólar) que el **monopolio y especulación** en el **abastecimiento de los pueblos** y las **negociaciones sobre artículos de consumo diario.**

Esta muestra puede ser extensible para verificar la protección y tutela de los "bienes jurídicos" que el sistema penal dice defender, como prerequisitos elementales para la re--

producción de los intereses (¿capital?) y valores que subyacen latentes en nuestra sociedad heterogéneamente capitalista y que se hallan al margen de su sistema penal, tales como el mantenimiento de las relaciones sociales de explotación y dominación. En los países con relaciones capitalistas de producción y distribución, como lo ha destacado la Dra. Lola Aniyar, el mantenimiento de las clases sociales y su función dialécticamente necesaria, con vistas a la acumulación de capital por parte de una de ellas, es el valor fundamental[18].

Por lo anotado, se puede afirmar que esta legislación se ha estructurado ideológicamente (como falsa conciencia) como otro de los instrumentos que el poder estatal ha utilizado con el fin de justificar y encubrir el sistema de explotación económica y desigualdad social. En esta legislación la igualdad es un mito y los valores que protege, aún a título de peligro, no tienen la calidad de bienes jurídicos generalizables, por lo que esta falsa relación igualitaria ante la ley, se puede comparar al contrato jurídico entre obrero y capitalista, como una forma ideológica que presenta como igualitaria y justa una relación en la cual una parte es explotada y la otra es explotadora: es la ideología jurídica que esconde a la plusvalía. Por tanto, la función práctica de la ideología plasmada en Ley, crasamente social, es la de PRESERVAR FORMAL Y MATERIALMENTE EL ORDEN ESTABLECIDO[19]. De ahí que, en nuestra sociedad verticalmente estratificada, la libertad de una clase minoritaria tenga por condición la servidumbre de las demás, y resulte cierta la conclusión enunciada por el Dr. Mario Sandoval Huertas, al referirse a la periferia capitalista:

> ...desde su origen la normatividad penal es empleada sistemática y consistentemente como uno de los instrumentos a que recurren las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan dentro de las relaciones de producción generadas por la fase contemporánea del sistema capitalista; en ello coinciden tanto el examen acerca de quien crea las normas penales, como el que versa sobre las condiciones histórico materiales y los criterios y mecanismos empleados en esa creación, de modo que se descarta totalmente la posibilidad de que el carácter clasista del sistema penal sea un fenómeno aislado o coyuntural;.

EL PROCESO DE APLICACION DE PENAS O AUTORIMARGINACION ESTATAL

Si bien el sistema penal dista de ser un "sistema" coherente y uniforme, en el que es más visible su compartimentalización, fragmentariedad, burocratización e incontrolabilidad, no por ello es menos EFICAZ en el ejercicio de poder punitivo y en la contención violenta de los sectores que intentan satisfacer sus necesidades reales o derechos humanos básicos a través de vías "ilegales" disfuncionales al orden establecido.

En este proceso de aplicación de sanciones a los transgresores o desobedientes de las disposiciones contravencionales, hay una zona de intersección, aunque mínima, entre la voluntad y decisión del legislador y la operatividad real de la agencia policial, coadyuvada activamente por los "medios de comunicación masiva" en los que la noticia se ha convertido en mercancia (transnacionalizada) y la "opinión pública" en factor mediatizado de reacción social.

Es en esta parte del proceso de criminalización, donde se observa nitidamente la separación entre la criminalización de iure (criminalización de conductas) y la criminalización real o de facto (criminalización selectiva de individuos y comporta

mientos desviados); ya que, el funcionamiento institucional dará en definitiva, la pauta de violencia que el sistema penal ejerce sobre situaciones cotidianas inclusive, de acuerdo al grado de "productividad" represiva y legitimación que requiera históricamente.

Este condicionamiento histórico permite analizar como los procesos de criminalización son dinámicos, variables y selectivos, a la vez que, se activan diferencialmente hacia determinados sectores sociales por quienes están en el poder (en momentos de crisis económica o política), configurando y agudizando la dimensión real de la violencia.

Una brevísima revisión histórica de nuestra legislación contravencional, demuestra como al inicio de la conquista de América la necesidad de legitimación ideológica era superflua ante el mero ejercicio del poder español. Como órganos de aplicación de esta legislación se implantaron los cabildos en las ciudades y los Corregimientos en los pueblos, con el fin de: administrar la tierra, la justicia, la religión católica, el trabajo; controlar la entrada y la salidad de los vecinos; reglamentar el trabajo de los indios en las minas y lavaderos de oro, y el tránsito nocturno de caballeros y esclavos. Así, el Corregimiento monárquico, teológicamente absolutista, se impuso a los aborígenes para que "fuesen defendidos y amparados... como personas miserables y expuestas a las injurias de otros, y se refrenasen sus vicios, borracheras e idolatrías..."[20].

Estos mecanismos lamentablemente están disfrazados en la actualidad. Con razón se afirma que este conjunto anárquico de disposiciones fue el arma de que dispuso también la oligarquía criolla para continuar el control de las mismas clases someti-

das en la dominación colonial, particularmente sobre el indio y el negro (herejes o inferiores), para continuar hasta hoy, con el etnocidio americano a cargo de la ARBITRARIEDAD POLICIAL MONARQUICA[21].

La legislación contravencional vigente, conserva en su esencia los principales rasgos hereditarios, tanto del absolutismo teológico como del positivismo peligrosista lombrosiano, expresados en su contenido y en su organización político-administrativa.

En su CONTENIDO, al definir selectivamente conductas, individuos, comportamientos, estados, condiciones o situaciones de unas personas y no de otras con igual o mayor responsabilidad. Se ha omitido considerar que NO DAN [illegible][22]: para hacer dominante una concepción moral determinada; ni un criterio de nocividad o de peligrosidad; ni para solucionar un problema social; ni comportamientos propios de grupos socialmente débiles o que son discriminados o corren el peligro de serlo; ni comportamientos muy frecuentes o que corresponden a un gran número de personas o que se presentan sólo en casos de desajuste social o psíquico; tampoco se debe criminalizar un comportamiento difícil de definir con precisión o si pertenece a la esfera privada.

En su ORGANIZACION POLITICO ADMINISTRATIVA, subsisten los Cabildos o Municipios en las ciudades y los Corregimientos o Tenencias Políticas en las parroquias rurales; la máxima autoridad municipal es el Alcalde o el Concejo que legisla a través de Ordenanzas y goza de independencia y autonomía del poder centralizado. En las ciudades y cantones encontramos a los In-

tendentes generales de policía con competencia provincial, y a los subintendentes y Comisarios de policía con competencia cantonal, como órganos funcionales subordinados y dependientes directos del poder ejecutivo.

Entre las múltiples funciones asignadas formalmente a estos organismos policiales se pueden mencionar:

1.- Sus funcionarios están facultados para iniciar procesos penales por delitos de acción pública o para sustanciar sumarios por delitos "pesquisables de oficio" ( Art. 4 literal c C.P.P).

2.- Tienen competencia exclusiva para el juzgamiento de las contravenciones comunes o faltas policiales (Art. 10 Inc. 1 ... C.P.P.).

3.- Tienen competencia exclusiva para el juzgamiento de los infractores a la "Ley de Control de Precios y Calidad".

4.- Autorizan y controlan el funcionamiento de locales y la presentación de espectáculos públicos.

5.- En tiempo de "paz" son jueces para sancionar por infracciones a la Ley de Seguridad Nacional (Arts. 143, 133, 134 y 57 de la Ley de Seguridad Nacional).

6.- Dirigen los "operativos de seguridad", "batidas" o "redadas" y "juzgan" a los reclutados en las aberrantes campañas de "Ley y Orden".

En cada una de estas "potestades públicas" se puede deslindar su "ejercicio real". Así por ejemplo, la selectividad o "discrecionalidad de la institución policial al perseguir, iniciar o no iniciar una acción penal degenera en simple corrupción y abuso de poder o de autoridad, cuando se "arreglan" delitos "graves" y se inician otros por simples antecedentes policiales o penales contra la propiedad. En el juzgamiento de -

las contravenciones prevalece la arbitrariedad policial, ya que, pese a encontrarse reglado su procedimiento en el libro quinto del Código de Procedimiento Penal, en la práctica, el funcionario "juzgador" se limita a "sentenciar" en una hoja pre-impresa del libro de actas, al margen de las garantías mínimas que rigen el "debido proceso" para los imputados por delitos.

Si a esto agregamos la INAPELABILIDAD de las "sentencias" (Art. 449 C.P.P.), la subasta partidista para el nombramiento del funcionario y la ausencia de control y RESPONSABILIDAD POLICIAL, el campo de la "Administración de la injusticia" se torna ilimitado, al igual que la impunidad para los poderosos.

Lo anterior se puede explicar y comprender mejor, a la luz del fenómeno denominado por el Prof. Raul Zaffaroni, de la "minimización formal para la represivización material"[23], que caracteriza claramente a la Legislación contravencional; pues, su "eficacia" es mayor frente al sistema penal estricto, por ejemplo cuando se quiere: reprimir al margen de las garantias formales; ampliar la represión a un grupo social extenso; evitar un escándalo interno o internacional (criminalización de homosexuales o prostitutas); garantizar las fuentes de ingresos ilícitos a los "gallinazos del crimen" o a algún sector del sistema penal o a algún tipo invulnerable al mismo o de acuerdo con el mismo (monopolios de actividades ilícitas a través del sistema penal paralelo); pero sobre todo esto, para ocultar y encubrir hipócritamente al estilo moral fariseico, las abismales desigualdades sociales y mantener inalterable el orden sociopolítico vigente a través de un control social ver-

ticalizado, selectivo y estigmatizante.

Vale resaltar una vez más, el amplísimo campo de acción del cual dispone actualmente la agencia policía y que incide directamente en la operatividad de todo el sistema penal. Así, por ejemplo, mientras las concepciones valorativas de un hecho por parte de las personas, son heterogéneas, relativas y dinámicas, la concepción desvalorativa del sistema de justicia criminal (prioridad de sus intereses en detrimento de los demás) es homogeneizante, absoluta, aparentemente neutral y ahistórica. Aun desde un punto de vista "organizacional", se han desechado los intentos automáticos de resolver problemas sociales recurriendo a la ley penal; sus análisis han revelado la dimensión en que la desviación y el crimen se han convertido para la Institución en un problema de administración; de tal manera que " lo que talvez y generalmente es una crisis y una emergencia para la persona que está experimentando este proceso oficial es, desde el punto de vista y de la agencia para la cual el trabaja, simplemente un ASUNTO RUTINARIO de organización"[24].

Tales condiciones de "rutinización", "formalización" y deshumanización, determinarán el sentido del proceso y el destino de los infractores, sin mayor relación con su situación vivida; no abstante, las instituciones que están devorando a las personas con distintos fines, continuan desempeñando un papel autojustificante y reproductor, en sus funciones ideológico-represivas de "dominación legal".

LA EJECUCION PENAL O COROLARIO DE LA VIOLENCIA LEGAL.

Al igual que la aplicación de la Ley contravencional, la

agencia penitenciaria se halla en la esfera de acción del poder Ejecutivo. La pena principal y frecuente que se aplica a los infractores a la ley contravencional todavía es la "privación de la libertad". Esta se cumple en las mismas cárceles públicas, penales y penitenciarías que aun subsisten en el país, sin que se hayan adecuado locales para los "contraventores", ni se haya intentado justificar los medios, funciones y fines de la coerción penal. Ni siquiera para ellos se cumplen las "reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" ni se aplica el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley".

Oficialmente la cárcel se concibe como el medio "ideal" para readaptar a quienes han sido condenados por la comisión de un delito; sin embargo, alrededor del 68,47 % se hallan en "prisión preventiva", es decir, que en America Latina las cárceles están convertidas en bodegas de personas que están presos "por las dudas" o con "penas anticipadas". En el anterior porcentaje[25], no se incluyen a los detenidos por contravenciones o faltas, cuyo porcentaje en el Ecuador se elevaría aproximadamente al 10% de la población carcelaria, lo que significa que durante un año pasarían por la cárcel en calidad de contraventores, más de CIEN MIL PERSONAS, contándose por el número de ingresos.

Para estas personas, la privación de su libertad no tiene el "mitico" fin de la readaptación o resocialización, sino solamente el CASTIGO, condicionándolos conciente o inconcientemente para iniciar "carreras criminales" y distanciarlos de su comunidad, con lo cual la sociedad pretende expiar su "buena conciencia" o perpetuar su inconciencia.

Esta función ESTIGMATIZANTE no es exclusiva de la prisión y se la puede asimilar a las INSTITUCIONES TOTALES o inclusive a los condicionamientos históricos y sociopolíticos de cada sociedad (lugares y locales inaccesibles para determinadas personas).

En nuestro medio cabe recordar, como la PRIVACION DE LA LIBERTAD se aplicó desde el momento inicial de la conquista española, cuando los aborígenes eran cazados, reclutados y confinados a las minas, a los obrajes o a los batanes, de los cuales sólo salían vivos si lograban escapar o muertos para ser enterrados "cristianamente". Esta privación de libertad fue otro de los elementos de explotación colonial que aceleró el exterminio genocida de habitantes originarios de este continente; por lo que, su implantación, desarrollo y análisis no puede ser estudiado e investigado con moldes europeos o norteamericanos que han lanzado sus propios discursos de justificación, sino que deben ser analizados según nuestro ininterrumpido proceso de dominación colonial y neocolonial, caracterizado por la violencia generada por la dependencia y la marginación socioeconómica de un suigéneris capitalismo periférico.

Por lo anotado respecto a la privación de la libertad para los "contraventores", el saber oficial tampoco se ha preocupado por investigar y menos por levantar su voz calificada ni para justificarla ni para abolirla, permitiendo que sea la DESIDIA ESTATAL la que impere, quizá por la falta de "incentivo" o aspiración de beneficios que no los pueden satisfacer los pobres e indefensos hombres de la calle. Estos hombres que sufren las consecuencias etiquetantes y estigmatizantes de su simple contacto con el sistema penal, son rechazados por la se

ciedad que los condicionó y condenó para reproducir la falsa - sensación de controlar y "defenderse" de los "malos" o "peligrosos" para restablecer el CONSENSO en torno a los valores e intereses del ORDEN JURIDICO INFRINGIDO.

LA DECRIMINALIZACION CONTRAVENCIONAL COMO ALTERNATIVA RACIONAL, HUMANA Y MENOS INJUSTA.

En este campo, la permisibilidad debería ser la regla y - la criminalización la excepción o última ratio. Los actos o - conductas que se castigan efectivamente, son aquellas que atentan contra los intereses garantizados concretamente por el sistema penal; de ahí que, si tomamos un Código Penal, como dice la Dra. Lolita Aniyar, como si fuera una alcachofa y lo confrontamos con lo que en la práctica se castiga, podríamos deshojarlo de todo lo simbólico o ideológico, el corazón que quedaría en nuestras manos, sería el programa real de cada sistema de - producción[26]. Igualmente, podríamos verificar la interrogante ¿quienes están en la cárcel?, ¿están todos los infractores o - son todos infractores?, ¿poqué la gran mayoría de la población carcelaria es reclutada de los sectores subalternos de la sociedad, por infracciones contra la propiedad privada? o simplemente ¿a quien sirve la Ley?.

Por cuanto esta área del control social ha sido descuidada, discriminada y minimizada en su real importancia, tanto en los programas oficiales de instrucción superior como por las - Instituciones y organismos que protegen y defienden los DERECHOS HUMANOS a nivel nacional e internacional, es imposterga-- ble e imprescindible profundizar su análisis crítico y buscar alternativas que limiten y reduzcan la violencia que produce -

este segmento del sistema penal dirigido exclusivamente contra quienes han sido víctimas de la marginación, la desigualdad e injusticia social del sistema de dominación vigente.

No se debe seguir especulando dogmáticamente sobre la supuesta diferencia ontológica entre delitos y contravenciones[27] o sobre características intrínsecas del acto o extrínsecas de punibilidad; es decir, sobre criterios deletéreos de orden cuantitativo (según la gravedad de la pena); cualitativo (por características intrínsecas diferentes), y eclécticos o de Derecho penal administrativo, sin tomar en cuenta que están buscando la "naturaleza" de las infracciones penales en las "definiciones legales" con el fin de justificar su incriminación punitiva, al margen de los procesos de criminalización.

En tal virtud, en esta exposición se adoptó una posición extrasistemática que tiende a reconocer el violento ejercicio del "derecho a castigar estatal" y a limitarlo urgentemente, con la mira en la superación del actual control social represivo, verticalizado y selectivamente estigmatizante que impide la horizontalización de las relaciones sociales y la solución racional y responsable de los conflictos.

Se debe añadir, que en esta "guerra" declarada oficialmente por el sistema penal en contra de los "delincuentes", no se observan por lo menos las normas mínimas del DERECHO HUMANITARIO al considerarla "normal", sin pensar que en el CONFLICTO sólo el sistema penal está ARMADO.

Por todo lo dicho anteriormente y con la salvedad que en nuestro caso se hace respecto del peligro de la decriminalizaeción como sucedáneo idealista del "estado peligroso sin delito"

to"[28] (ya que dicho peligro en nuestro caso se halla consumado y concentrado en el Poder Ejecutivo), se INSISTE concientemente en la necesaria DECRIMINALIZACION FORMAL DE LA LEGISLACION CONTRAVENCIONAL propuesta desde hace mucho tiempo juristas y criminólogos[29], de diversas corrientes e ideologías.

Por cuanto los costos de la criminalización son mayores que los de la decriminalización (evaluados los costos individuales y sociales de la pérdida de la libertad, los costos para el Fisco y los de los posibles efectos colaterales como la corrupción policial) y existir otros medios de satisfacer a la víctima, frente a los cuales el sistema penal mismo se ha convertido en un problema, se ha considerado también la posibilidad de decriminalizar las infracciones en las que no haya acusación de parte directamente agraviada, algunos delitos de acción privada, delitos contra la propiedad privada y entre los delitos sin víctimas: los actos cometidos entre adultos con su consentimiento: homosexualidad, prostitución, aborto, toxicomanía, tentativa de suicidio, alcoholismo, incesto, juegos ilícitos, bigamia, adulterio, (ultraje público al pudor), figuras de responsabilidad objetiva (salvo para personas jurídicas) Por supuesto, la decriminalización debe abarcar también aquellas conductas consideradas peligrosas o desviadas, como la pornografía, sodomía, bestialidad, vagancia, mendicidad, etc.

No se opta por la dejudicialización o la depenalización porque la decriminalización de hecho de la mayoría de la centena de contravenciones y la competencia administrativa del poder ejecutivo para su juzgamiento hacen superflua tanto la pretensión de sustituir las penas como su jurisdiccionalización. Se opta mas bien por un debate colectivo entre sus destinata--

rios, sobre la hipocrecia de los Códigos penales, sobre su máscara de papel, que con su articulado extenso sólo serían cartillas de moral y cívica para estudiantes de escuelas primarias[30].

Es necesario entonces, incidir decididamente tanto en la formación de la voluntad y decisión política de quienes tienen el poder de legislar, como en el conocimiento de la población que sufre sus efectos negativos, con el objeto de tomar conciencia de la magnitud de la violencia que amplifica este sistama penal paralelo, para desarticularlo, limitarlo al máximo y superarlo a través de alternativas de control comunitario que posibiliten un manejo y resolución racional y humana de los conflictos sociales.

La gran riqueza y diversidad cultural existentes en nuestro contexto, tornan esperanzadora esta perspectiva, que en sus raíces está más cerca de quienes la viven que de los pocos que se interesan por su estudio. Esto nos puede servir, en términos de Alessandro Baratta, para saltar la linea divisoria que separa los sistemas penales alternativos de las alternativas al derecho penal[31].

Si se busca un auténtico desarrollo de nuestro país, se deberá contar con una efectiva participación popular que encamine sus esfuerzos no para sobrevivir o reprimir sus necesidades básicas o para tener más y consumir más, sino para vivir más y "ser más" respetando la diversidad y dignidad de todos los seres humanos.

## A MANERA DE CONCLUSION

La necesidad histórica de limitar el ejercicio del poder punitivo estatal expresado a través de multiples mecanismos de dominación, es la que obliga a tomar conciencia de la importancia vital que tiene la DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES; más aun en nuestro contexto, donde impera la mayor violencia estructural, garantizada, acrecentada y legitimada por la violencia institucional del Sistema Penal.

Por tal razón, los Derechos Humanos se presentan como una alternativa necesaria, racional y humana tanto para limitar la violencia criminógena que produce el Sistema Penal como para superar el actual control social jerárquicamente estratificado y verticalmente militarizado. Esto obliga a tomar una posición ético-política de compromiso solidario concreto con quienes sufren diariamente los efectos negativos de la actual estratificación social y las consecuencias de un orden sociopolítico desigual e injusto, para transformarse de paladines del orden en custodios de los Derechos Humanos Fundamentales[32], prioritariamente de la gran población marginal.

Eduardo R. López H.

~~Por:~~ Eduardo R. López H.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS


1+.- BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal.- Tr. Alvaro Bunster. Siglo XXI editores; primera edición en español; México, d.f. 1986. P. 225.

1.- Cfr. Proyecto de Investigación sobre EL CONTROL SOCIAL EN AMERICA LATINA. Primer Seminario. Managua, 1985. Pp.7-8.

2.- Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola. Conocimiento y Orden Social: criminología como legitimación y criminología de la liberación. Universidad del Zulia; Ediluz. Maracaibo, 1981. P.25.

3.- Cfr. ANIYAR DE C., Lola. Criminología de la Liberación. Universidad del Zulia; Ediluz, Maracaibo, 1987. P. 97.

4.- Ver ZAFFARONI, Raul Eugenio. En busca de las penas perdidas. EDIAR; Buenos Aires, 1989. (Copia fotostática). Pp. 528.

5.- ZAFFARONI, Raul Eugenio. Sistema Penales y Derechos Humanos en América Latina. Primer Informe. Depalma; Buenos Aires,- 1984. P.7.

6.- Ver ANIYAR DE C., Lola. Criminología de ... ob. cit. P. 96. ZAFFARONI, Raul Eugenio. El Sistema Contravencional en la Ciudad de Buenos Aires. La minimización Formal para la represivización material. En Criminología Crítica. I Seminario. Universidad de Medellin, 1984. P. 113.

7.- ZAFFARONI, Raul Eugenio. El Sistema ... Ob. Cit. P. 114.

8.- Aunque la Constitución Política del Ecuador se refiere a los poderes tradicionales: legislativo, Ejecutivo y Jurisdiccional como FUNCIONES, estas pueden entenderse en relación al PODER UNITARIO DEL ESTADO.

9.- Cfr. ANIYAR DE C., Lola. Criminología ... Ob. Cit. P. 96.

10.- Ver, BARATTA, Alessandro. Requisitos Mínimos del Respeto de los Derechos Humanos en la Ley Penal. V Seminario de Criminología Comparada. Managua, 1985; en Capítulo Criminológico # 11. Universidad del Zulia, Maracaibo, 1986. Pp. 79 a 99.

11.- Expresión utilizada por Ana Isabel Garita, al referirse a los "bienes jurídicos" de la legislación contravencional de Costa Rica, durante su charla en el VII Curso de D.H. Ver también, THOMPSON JIMENEZ, José. Las cláusulas limitativas en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. En Compilación de Trabajos Académicos del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (1983-1987). IIDH. San José, 1989. Pp. 50 a 53.

12.- SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y Criminología Crítica. Ed. Temis; Bogotá, 1985. P. 30.

13.- Así para el Prof. Zaffaroni "BIEN JURIDICO es la relación de disponibilidad entre una persona y un ente (vida, honor, honestidad, etc.). El Bien Jurídico no es el ente en si, sino la posibilidad de disponer del ente, que es lo que el Derecho garantiza".

14.- Ver, BARATTA, Alessandro. Criminología ... Ob. Cit.P.235.

15.- ANIYAR DE C., Lola. Criminología ... Ob. Cit. P. 94.

16.- BARATTA, Alessandro. Requisitos ... Ob. Cit. P. 79.

17.- ANIYAR DE C., Lola. Criminología ... Ob. Cit. P. 34.

18.- Idem. P. 33.

19.- Ver, LARA GRANIZO, Aída del Carmen. La Legislación Contravencional Ecuatoriana: Negación de los Derechos Humanos.- Tesis presentada en la Ira. Maestría Latinoamericana en Ciencias Penales y Criminológicas. U. del Zulia; Maracaibo, 1989. Pp. 177.

20.- Ver, "Libro de los Cabildos" de Quito. Cit. por Oscar L.- Reyes, en Breve Historia General del Ecuador. T. 1. P.221.

21.- Ver, Zaffaroni, Eugenio Raul y otros. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final. Río de Janeiro, 1985 (en mimeografo). P. 316.

22.- Cfr. MULSMAN, Louk. La decriminalisation colloque de Bellagio. Mayo de 1972; cit. por Aniyar de C., Lola, en LA REALIDAD CONTRA LOS MITOS. Reflexiones críticas en Criminología. U. del Zulia; Ediluz, Maracaibo, 1982. Pp.219 a 221.

23.- ZAFFARONI, Eugenio Raul. El Sistema ... Ob. Cit. P. 113.

24.- Cfr. SHUR, Edwin M. Los procesos de decriminalización. En Capítulo Criminológico # 1. U. del Zulia; Maracaibo, 1973 P. 79.

25.- Cfr. CARRIZA, Elías. Seminario sobre Derecho Penal y Realidad Penal Latinoamericana. Estadísticas preliminares - (copia fotostática). U. Santo Tomás; Bogotá, 1987. Cuadro Nro. 3.

26.- Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Realidad ... Ob. Cit.P232

27.- Ver, LEVENE, Ricardo (h). Introducción al Derecho Contravencional. Depalma; Buenos Aires, 1968. Pp.125.

28.- Ver, ZAFFARONI, Eugenio Raul. Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas. Ed. Hammurabi; Buenos - Aires, 1982. Pp. 38-39.

29.- Ver las MEMORIAS DEL VIGESIMO QUINTO CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA. Guayaquil-Ecuador. Año, 1975.

30.- Cfr. ANIYAR DE CASTRO, Lola. La realidad ...Ob. Cit.P.233

31.- Cfr. BARATTA, Alessandro. Criminología ...Ob. Cit. P.241.

32.- Ver, SILVERSTEIN, Herman y Julia. ¿Defensores del Orden o Custodios de los Derechos Humanos?. En Criminología Crí

tica. Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young. 3ra. edición Nueva Criminologia. Siglo XXl editores. México, 1985. Pp. 149 a 189.

INSTRUMENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1969.

.- Código Penal vigente del Ecuador. 1971.

.- Código de Procedimiento Penal ecuatoriano. 1983.

.- Constitución Política de la República del Ecuador. 1979.

.- Carta Americana de Derechos del Hombre. 1947.

.- Carta Universal de Derechos Humanos. 1948.

.- Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer - cumplir la Ley. 1979.

.- Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. 1955.

.- Ley de Seguridad Nacional del Ecuador. 1977.

.- Código de Ejeción de Penas del Ecuador. 1982.