

Periodismo sin garantismo ¿La reaparición de la picota pública?

Jorge Vicente Paladines*

RESUMEN

El presente trabajo se inscribe en el debate acerca del conflicto entre los principios constitucionales de información y protección del honor en el terreno del delito flagrante. Se trata de la tensión sobre la situación judicial de las personas aprehendidas o capturadas y el actuar de los medios de comunicación, en la emergente corporativización de la Política Criminal (seguridad pública) por la agenda periodística. Es una reflexión de cómo el periodismo y las garantías de los detenidos no comulgan alrededor del principio de presunción de inocencia, en donde el *metamensaje* de la noticia penal buscaría asilo en el populismo legislativo.

PALABRAS CLAVE: delito flagrante, periodismo, garantías, presunción de inocencia.

ABSTRACT

This study inscribes within the debate between the constitutional principles of information and protection of honor. The purpose is to guide the reader through a critical description of this issue, referring on one hand, to the judicial situation of people who are apprehended in flagrant crimes, and on the other, to the social alarm caused by the media, when they include in their agendas the debate over public safety. The article deals with the crash between journalism and the guarantees of people under arrest, and demonstrates that they do not necessarily combine with the presumption of innocence. Finally, the study analyzes the social consequences of the criminal policy of imprisoned people.

KEY WORDS: flagrant crime, journalism, guarantees, presumption of innocence.

FORO

* Profesor de Sistemas Penales, Control Social y Derechos Humanos, y de Criminología Crítica y Política Criminal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Es la idea de los castigos al nivel del escándalo, la vergüenza, la humillación de quien cometió una infracción. Se publica su falta, se muestra a la persona públicamente, se suscita en el público una reacción de aversión, desprecio y condena.

Michel Foucault, *Vigilar y castigar*

INTRODUCCIÓN: GARANTISMO, DETENCIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Después de la Segunda Guerra Mundial, varios Estados del mundo pactaron en sus constituciones la recepción ineludible del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,¹ acogidos bajo la denominación –en algunos casos– de *Derechos Fundamentales*. Esta fue la consecuencia de la llamada “Segunda Ola de Democratización”,² de donde partió el compromiso estatal de tutelar, de manera efectiva y cierta, los derechos de las personas.

A fines de los años setenta, un sector importante del clivaje de la cultura jurídica italiana –conectada con el pensamiento penal liberal– produjo una serie de cuestionamientos a las denominadas “leyes de emergencia” promulgadas desde el Estado.³ En aquel entonces se implantaron políticas de seguridad que, entre otras medidas represivas, buscaban cerrar el paso a organizaciones políticas como las Brigadas Rojas en su lucha por tomar el poder. Aquellas legislaciones acrecentaron aún más el poder del Estado en detrimento de las personas, se suprimieron varios derechos fundamentales como la libertad personal, a la que se divorció de su vínculo jurídico con un debido proceso legal.

Ante el palpable resquebrajamiento de los derechos de las personas por parte del Estado, se propuso una urgente y efectiva técnica normativa de protección de derechos fundamentales, al que se denominó, sencillamente, como *garantismo*. Se habla de garantismo para poner límites al poder –todos los poderes– del Estado –en materia penal al poder punitivo–; y de fomentar una cultura de profunda crítica al positivismo jurídico,

-
1. Se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos al: “Sistema de principios y normas que regulan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Jiménez Piernas *et al.*, citado por Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 85-86.
 2. Samuel P. Huntington, *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 26.
 3. Luigi Ferrajoli, “Garantías Constitucionales”, trad. en castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dirs., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, año I, No. 2, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 41.

que lleva en su seno el germen de su potencial invalidez, reflejo de la abismal diferencia entre normatividad y efectividad. A partir de este “control de efectividad” se trató de evitar arbitrariedades de tipo judicial o policial, como una *limitación del poder de la ley por parte de otra ley*.⁴

El garantismo se funde en el Estado de Derecho, pues salta a la vista la concepción de una “autonomía” de los derechos fundamentales como pactos de *no agresión* establecidos en la Constitución. Se trata de cultivar un *derecho penal mínimo*, caracterizado por la aplicación de los principios adaptables a la “ley del más débil”, como lo es en el delito el ofendido, en el proceso el imputado y en la pena el condenado.⁵ Los derechos humanos actúan, tanto para limitar al poder punitivo –función negativa–, como para tutelar los derechos de las personas por medio del derecho penal –función positiva.⁶ Por esta razón, Zaffaroni advierte en no adjetivar y confundir la relación entre derecho penal y garantismo, al decir que:

Referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista.⁷

El Ecuador no ha sido distante del garantismo a nivel normativo. Encontramos que la vigente Constitución Política establece –como plazo razonable– que la detención no durará más de veinticuatro horas;⁸ por supuesto, el plazo razonable de la detención en nuestro país se reduce a un tiempo menor en comparación con otras legislaciones de América Latina, pues en Colombia la detención puede durar treinta y seis horas; en Venezuela cuarenta y ocho; mientras que en Argentina y España hasta setenta y dos. Paradójicamente, en el Perú, a consecuencia de los estatutos antiterroristas de inicios de los noventa que se impregnaron en su reforma constitucional, la detención puede prolongarse hasta por quince días. A pesar de las distancias en el plazo, las condiciones de encierro provisional reproducen las mismas lógicas de hacinamiento, precariedad y

4. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, 5a. ed., p. 335.

5. *Ibid.*, p. 109.

6. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam; Carlos Alberto Elbert, dir., colección Memoria Criminológica, No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 299.

7. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006, p. 228. Se puede decir que el *garantismo* tiene tres vertientes: 1) Una primera surgida desde Baratta, quien parte de una visión “optimista” al ver en el garantismo la función de atizar una mejor sociedad; 2) Una visión “reactiva”, de alguna manera, propiciada por Ferrajoli, para quien la irracionalidad manifiesta del positivismo jurídico debe ser contenida para evitar el decisionismo; y, finalmente, 3) Una visión “escéptica” adoptada por Zaffaroni, que trata acerca de la construcción de garantías sin dejar de negar la deslegitimación del derecho penal. Cfr. Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, 1a. reimp., pp. 449-461.

8. Este es el plazo razonable del art. 24.6 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. La mencionada disposición se encuentra ahora en el art. 77.1 de la vigente Constitución Política de 2008.

corrupción, como parte de una realidad sobrediagnosticada –pero poco considerada– en los estudios político-criminales de la región.

El mencionado plazo en el Ecuador es parte de una medida cautelar en la que se pretende investigar –en el marco del esclarecimiento de la verdad– a una persona implicada, o que se la haya implicado, en la presunta comisión de un delito flagrante. Se trata de arrestos o capturas cuyo “reproche” genera el deseo de evitar la fuga o impunidad de quien a la vista –“con las manos en la masa”– quebrantó la norma.⁹ Es un plazo que no solo condiciona el nacimiento o el ocaso de un día. Dentro de las veinticuatro horas de detención aparecen algunos actores, que, a diferencia de los operadores de justicia, construyen parte de la agenda pública en materia de seguridad. Por medio de la prensa la sociedad civil conoce la otra parte de la sociedad, aquella que posiblemente adecua su conducta a tipos penales –y que por ende tiene su libertad en entredicho frente al poder penal–. Se coloca en la *cosa pública* la vida e imagen de todos los ciudadanos aprehendidos, pero también de aquellas personas que mientras no obtengan una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada deberán gozar del principio de presunción de inocencia –que más bien se instituye jurídicamente como un estatus–, al igual de otros derechos como la privacidad, la honra y el buen nombre.

A pesar que un día es “casi nada”, puede ser el tiempo suficiente para exacerbar la vergüenza y empujar a una persona, en el marco de un espectáculo informativo, hacia una impune degradación de su Ser. Aunque las agencias penales no puedan mantener a una persona detenida por falta de “elementos de convicción”, bastarán un par de minutos para impregnar en ella una marca indeleble para el resto de su vida.

A partir del 12 de agosto de 2008, el Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos emitió un decreto donde se prohibían la publicación de imágenes violentas –contentivas en accidentes, crímenes o muertes–.¹⁰ Luego se extendió la prohibición de publicación de imágenes a personas aprehendidas o procesadas penalmente. No obstante, el entonces Ministerio Público –hoy Fiscalía General del Estado– objetó esta medida justificándose en los altos índices de criminalidad que, para la segunda semana de octubre de 2008, habían ocupado las primeras planas de los principales medios de comunicación del país. Como consecuencia, el 23 de octubre de 2008 el Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos reculó sobre su decreto emitido meses atrás, autorizando nuevamente a la policía judicial la presentación ante los medios de comunicación de las personas detenidas –aprehendidas– en delito flagrante, justificando su presentación con la presunción de vinculación a

9. El quebrantar (confianza en) la norma lo uso como una expresión, mas no como adscripción alguna a tesis funcionalistas.

10. “¿Será que se acabó el morbo?": http://www.ultimasnoticias.ec/noticiaUN.asp?id_noticia=18311&id_seccion=56 (visita 5/09/08).

verdaderas organizaciones delictivas, pues solo excepcionalmente “se habían presentado a personas inocentes”.¹¹

El presente trabajo no se refiere a la naturaleza del delito flagrante. Pretende iniciar una reflexión –en el marco de las garantías de las personas detenidas– acerca de la colisión entre el derecho a la información y la protección de la honra de las personas aprehendidas por la policía. La *picota pública* es un aditamento histórico para sus “conclusiones”. Veremos si la pifia y los prejuicios comulgan en un escenario impregnado de sensacionalismo, paralelamente dentro de una normativa constitucional que considera a las personas privadas de su libertad como grupos de atención prioritaria.¹² Se busca poner en cuestión a la actual Política Criminal del país, sujeta ahora bajo el *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana*;¹³ de discutir los enfoques de la detención acerca de ¿qué es *ser presentado*?; y, finalmente, de yuxtaponer la crítica y la propuesta para la reformulación de las políticas públicas en materia de seguridad.

EL SER PRESENTADO EN LA PERSPECTIVA GARANTISTA

Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por la ley...

Conjunto de Principios para la Protección de Todas
las Personas Sometidas a Cualquier Forma de
Detención o Prisión, *Principio 37*

Uno de los episodios más significativos en la memoria cristiana de nuestros pueblos, fue, sin duda, la presentación del detenido Jesús de Nazareth ante el procurador romano Poncio Pilato, comparecencia que llevó más tarde al controvertido juicio que decidió públicamente la liberación de Barrabás y la crucifixión de Jesús. Sin embargo, lo relevante para el caso fue la *entrega física* del detenido Jesús ante una autoridad; entrega que se tradujo en su momento en la obligación de Roma y en el “derecho” de una persona a *ser presentado*.¹⁴

11. Declaración del Ministro de Gobierno y Policía, desgrabada por el diario *El Comercio*. “Los reos si podrán ser fotografiados”:

http://www.elcomercio.com.ec/noticiaEC.asp?id_noticia=231477&id_seccion=28, visita 24/10/08. Esta decisión fue acompañada de una cadena nacional de televisión emitida por el mencionado Ministerio el día viernes 24 de octubre de 2008 a partir de las 20h00.

12. Art. 52 de la Constitución de la República.

13. El Plan Nacional de Seguridad Ciudadana fue implementado por el Ministerio de Gobierno y Policía de la República del Ecuador a partir del 6 de Noviembre de 2008. En él se condensan las políticas, por parte del poder ejecutivo, para paliar los altos índices de criminalidad esgrimidos a través de los medios de comunicación del país.

14. Por supuesto que en pleno Imperio Romano no se puede hablar de garantías. La referencia es solo histórica.

1215 años después, el mundo vería en la Inglaterra del Rey Juan nacer la afamada *Carta Magna*, y en ella, la cláusula XLVI que protegía la libertad de los hombres contra posibles arbitrariedades –contradictoriamente en un reino que, para la época, aún mantenía la esclavitud–. Empero, el *hábeas corpus*, cuya esencia trae consigo el hecho físico de presentar el cuerpo de un detenido ante una autoridad, y en su presencia resolver el restablecimiento o no de su libertad para evitar su ilegalidad, tuvo sus debatibles orígenes. Algunos comentan que esta garantía nació en la *Petición de Derechos* o *Bill of Rights* hecha por Carlos I de Inglaterra en 1628, otros en los *Fueros Españoles*, para finalmente llegar al *Acta de Hábeas Corpus* de Inglaterra de 1679.¹⁵ En todos los casos, lo que se refleja de su naturaleza es la cesación inmediata de una detención ilegal, y no solo la característica de presentar a un detenido.

En la actualidad, nuestra legislación establece que, antes de cumplirse las veinticuatro horas de detención, toda persona detenida deberá ser presentada ante su jueza o juez natural. El derecho a *ser presentado* no debe entenderse como el hecho de presenciar físicamente al detenido frente a una autoridad, es el derecho a comparecer y comprender de todas las actuaciones del proceso. Esto implica que se deben reunir condiciones objetivas y subjetivas, las que se traducen en obligaciones –prestaciones positivas– del Estado. La condición objetiva consiste en la obligación del Estado de llevar –trasladar– al detenido o detenida desde el centro de detención provisional ante una autoridad. Con la condición subjetiva se debe propender a la asistencia psicológica y jurídica del detenido. De esta manera, la persona detenida puede informarse, percibir, comprender y comunicarse con el mundo procesal –sistema penal– que lo requiere. Se debe a su vez facilitar una confrontación transparente, como el derecho a permanecer físicamente –ver, oír, preguntar– frente a quien declara en su contra, sea éste agente fiscal, acusador particular, testigo o perito, permitiendo también la realización de un interrogatorio cruzado.

Es preciso señalar la distinción entre *poner a disposición* y *entregar* al detenido ante una autoridad.¹⁶ La primera característica no necesariamente implica presentar física o materialmente al detenido. Se puede entender como el hecho de reducirlo a un simple expediente para “comparecer” a través de un atestado o parte policial. Por el contrario, *entregar* implica llevar a la persona detenida ante una autoridad, como la obligación que tiene el Estado para custodiar y presentar a tiempo a las personas capturadas, obligación que deben cumplir tanto los funcionarios que lo custodian como los que lo requieren, pues el Estado, a través de los operadores de la justicia penal, se coloca en posición de garante.

15. Raúl Washington Ábalos, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales, Tomo I*, Santiago, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, pp. 319 y ss.

16. Carlos Salido Valle, *La detención policial*, Barcelona, José María Bosch, 1997, p. 120.

Hay que destacar el estudio sobre el cómputo del traslado del detenido ante una autoridad, lo que implica controlar su tiempo. De ello depende saber si la detención comienza con la captura o con la redacción del parte policial en la búsqueda de los “elementos de convicción”. Esto supone el acompañamiento y el “rol” de la policía judicial, quienes son los facultados para elaborar el parte informativo o atestado.

La presentación del detenido para practicar una confrontación se soslaya jurídicamente, cuando el objeto o los sujetos del proceso tienen la “protección de reserva”. Se trata de la defensa judicial de bienes jurídicos como la honra o la seguridad del Estado: por ejemplo, al tratarse de delitos contra la libertad sexual, cuando las supuestas víctimas sean niños, niñas o adolescentes. No obstante, en los casos de juzgamiento por delitos contra la seguridad del Estado lo que se pretende en unos casos es ocultar información –promover el silencio como “una forma de ejercer y mantener el poder”–,¹⁷ y en otros, dar rienda suelta al denominado *derecho penal del enemigo*.¹⁸ Esto es: ocultar, distraer y confiscar la presencia del detenido al calificarlo como enemigo del Estado. De esta forma se lo sustrae de sus garantías judiciales, imponiéndole jueces sin rostros, testigos de identificación reservada, incomunicación y aislamiento celular, interceptación de llamadas telefónicas o juzgamientos en ausencia.

La entrega y presentación del detenido ante una autoridad permite evitar la posible comisión e impunidad de maltratos como torturas, y –en el peor de los casos– de desapariciones forzadas de personas. Se trata de una garantía que permite la rendición de cuentas de quienes, a nombre del Estado, detienen y encierran a las personas, encontrándose además en posición de garantes frente al detenido y a sus familiares, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su dictamen del 19 de marzo de 1999 al sostener que:

El Estado, al privar de la libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce a una “institución total”, como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección.

17. Ramiro Ávila, “El derecho al acceso a la información y los Derechos Humanos”, en Ramiro Ávila, coord., *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justicia*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 27.

18. La tesis del profesor Günther Jakobs sobre el *Derecho Penal del Enemigo* considera que los sujetos que desafectan las normas del ordenamiento jurídico deben ser considerados como no-personas. Ver Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 50. Paralelamente, el profesor catalán Jesús María Silva Sánchez plantea el “Derecho Penal de tercera velocidad” como una forma de hablar, en los mismos términos, del *Derecho Penal del Enemigo*. Ver Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001, p. 163.

La presencia de una persona privada de su libertad ante una autoridad permite hacer un examen de control de garantías, tanto físico como jurídico, mientras está –o estuvo– bajo custodia de la policía judicial. Al mismo tiempo, se le permite al detenido informarse sobre las garantías judiciales que lo asisten. Por ende, al comparecer el detenido ante el juez se cumple con una doble función:

- a) Que el detenido conozca sus derechos y la manera de ejercerlos dentro del sistema penal, mediante la percepción del proceso penal con todos los sujetos procesales, consiguiendo –de ser el caso– preguntar y repreguntar al funcionario o acusador particular que lo imputa sobre el estudio de la veracidad o falsedad de los argumentos que lo acusan; y,
- b) Que la autoridad competente del órgano judicial haga un examen de efectividad de derechos, desde preguntarle al detenido sobre la violación o no de sus garantías –para descartar también posibles maltratos–, hasta razonar sobre la factibilidad o procedencia de los “elementos de convicción” sobre los hechos con que se pretenda imputar para seguir encarcelándolo –sustituir la medida cautelar por prisión preventiva–.

En las detenciones administrativas –o detenciones propiamente tales– el Estado, a través de la fuerza pública, puede abusar más que en las detenciones judiciales o prisión preventiva. En la aprehensión, captura o arresto no hay juez ni autoridad para exencionar esta medida cautelar, solo existe el anhelo de eficiencia de la policía judicial frente al fenómeno criminal. La detención tiene raigambre administrativo-policial en tanto la persona aprehendida sea presentada ante una autoridad judicial, momento en que el poder ejecutivo deja de ser su tutor para pasarlo luego al poder judicial, dando origen a una *transferencia de poder*.

Mientras se mantenga a una persona privada de su libertad, aún sin comparecer ante su juez natural, éste tiene la obligación de vigilar que su esfera no sea invadida por parte de los demás poderes, como el ejecutivo y legislativo, e incluso de la misma prensa –“cuarto poder”–. Tiene que razonar acerca de la *constitucionalidad* de la detención, del proceso y dentro de él, del juicio y la investigación, como una forma de acercarse a la ciudadanía en la transformación de *juez magistrado* a *juez ciudadano*, o simplemente juez de garantías.¹⁹

El ser presentado implica una ubicuidad de derechos, entre ellos, el ser defendido. Se asume el cumplimiento de los derechos a *guardar silencio, no declarar en contra sí mismo –nemo se detegere–* y *no autoincriminarse*, que deberán ser garantizados por el Estado –prestaciones negativas– a través de funcionarios encargados de dirigir la investigación procesal y preprocesal penal y de custodiar al detenido. No obstante, la no

19. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 574.

autoincriminación puede ser vulnerada no solo por una precipitada declaración de culpabilidad por parte del detenido; también puede trasgredirse por la falta de observancia en el tratamiento del Estado frente al detenido, como cuando no garantiza la realización de un interrogatorio transparente y en asistencia de un abogado para su defensa.

Bidart Campos sostuvo en tal sentido que “la confesión no debe ser forzada ni arrancada por la fuerza, sino espontánea y voluntaria”.²⁰ Aunque la confesión se constituya en la reina de las pruebas, no quiere decir que guardar silencio se convierta en un indicio de mala fe para una colaboración eficaz con la justicia, pues si ha de obtenerse una confesión, ésta tiene que ser por sobre todo voluntaria.²¹

La historia de las detenciones, y de los interrogatorios para obtener confesiones, se ha desarrollado y grabado por medio de maltratos o torturas.²² El maltrato a los detenidos debe entenderse como el causamiento intencional de dolores o sufrimientos graves –físicos o mentales– promovidos por funcionarios públicos, para obtener cualquiera de los siguientes resultados:

- i) Ejercer coacción o intimidación, como el uso de la fuerza para someterlo al arresto;
- ii) Obtener información propia o de un tercero;
- iii) Sustraer una confesión, obligándolo a autoincriminarse;
- iv) Ejercer castigos por un acto supuestamente cometido o por una sospecha; y
- v) Practicar cualquier tipo de discriminación.²³

Una forma de maltratar/torturar al detenido es sin duda el hecho de exhibirlo reducido ante los medios de comunicación. El avergonzamiento público promovido por la policía ante la prensa es una forma de maltrato psicológico y de violación del principio de presunción de inocencia –la incriminación aparece en las crónicas de los medios de comunicación–. Por esta razón, el abogado defensor debe convertirse también en un defensor de

20. Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 484.

21. Recordemos que la tortura o el tormento –muy usado en la Inquisición– no solo fue una forma auxiliar de la investigación penal, sino, además, una pena y una forma de hacer retractar o abjurar la voluntad y la expresión de las personas. Ver Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Fundamentos), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 675-676.

22. “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 6. Por otra parte, desde una visión occidental, podría decirse que los resabios coloniales en la justicia especial indígena hacen que ésta siga empleando la tortura como un mecanismo para extraer la verdad e impedir el silencio del procesado. Véase Hans-Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, comps., *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*, vol. 2, Serie Justicia Comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007, pp. 82-83.

23. Art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por el Ecuador el 30 de febrero de 1988.

derechos humanos, entendiendo que la defensa no se agota solo con el asesoramiento y la representación, sino también con el trato digno del detenido, lo que implica garantizar un cautiverio sin autoincriminaciones o cualquier forma de maltratos.²⁴

EL SER PRESENTADO EN LA “NOTICIA PENAL”

La tarea de la ley penal en la criminalización primaria –del legislador que crea las normas– es la de observar ciertos comportamientos que lesionen bienes jurídicos penales para, posteriormente, considerarlos como acciones punibles; aunque en la praxis aún no exista una definición que nos conduzca a diferenciar lo que es –y lo que no es– un bien jurídico penal. Los bienes jurídicos penales serían entonces como los conceptos teóricos que usamos en las matemáticas, como el valor cero que nadie puede explicar pero que sirve, programáticamente, para la realización de conceptos como el uno o el tres.

Se cree que si los bienes jurídicos penales son vulnerados por comportamientos reprochables típicamente establecidos, serán reprimidos gracias al *auxilio de la conciencia normativa social*.²⁵ Bajo este paradigma, parecería que toda la sociedad está interesada en proteger los bienes jurídicos establecidos por el legislador,²⁶ más aún, cuando su aparente violación resulta a la vista de todos, es decir, se constituya de manera *in fraganti*. Inmediatamente, el visible trasgresor del bien jurídico –o el que desafecta con su conducta la norma– es aprehendido para que sea procesado por el sistema penal.

Cuando se reprocha la comisión de delitos flagrantes, sin embargo, no se lo hace por preservar la convivencia o custodiar el interés público, sino por defender los intereses de los ciudadanos considerados individualmente. Con ello decimos que la percepción de flagrancia es vista desde la individualidad, desde lo privado, como el poder reactivo que no defiende el orden social sino la seguridad de sus bienes, en otras palabras, la propiedad privada.²⁷

24. Mario Luis Coriolano, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, p. 122.

25. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara, 2004, p. 38.

26. Esto se refiere al debate de si el derecho penal protege bienes jurídicos o restituye la confianza en la norma. Sobre este debate hay que recurrir a Günther Jakobs, *Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

27. No es por demás reflexionar sobre las estadísticas que determinan las causas típicas de los delitos flagrantes; salta a la vista que la mayoría de ellos se suscitan por delitos contra la propiedad. Claro está que, las mencionadas estadísticas, solo forman parte de la denominada “criminalidad conocida”. Aquí es menester señalar que la “criminalidad desconocida” se esconde en el espacio privado, como lo es la violencia intrafamiliar, con cifras responden a un posible derecho penal sexista. Ver Elena Larrauri, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Argentina, Editorial B de F, 2008, p. 41.

Esta es la naturaleza que ha llevado a la dogmática penal a tipificar conductas bajo la sombra del *republicanismo*, aquella filosofía que posiblemente esconda en su seno una cruda y palpable forma de tipificar la exclusión social. Por un lado, bajo esta filosofía se plantea el ideal de promoción de la libertad; mientras, por otro, se la autolimita con efectos negativos, convirtiendo a la detención en una válvula de escape ante la alarma social, pues, como señala Pettit: “los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier” .²⁸

La flagrancia percibida desde la ciudadanía –y “estudiada” por el legislador penal– se convierte en un arma de doble filo, pues el *estado de flagrancia*, es decir, el momento de comisión del delito, no es perceptible a simple vista. Para su consumación o agotamiento el supuesto violador de la norma penal –o bien jurídico– tiene que poner término a su acción;²⁹ por consiguiente, la flagrancia no es calificada por los aprehensores. Sus construcciones necesitan ser avaladas por el Estado a través de la fuerza pública, quien, en definitiva, reafirma su autoridad con el uso de la violencia legítima, pues toda violencia por fuera de este orden –incluida la aplicada por la ciudadanía aprehensora– deviene en ilegítima. La policía reafirma el monopolio weberiano de la violencia y se constituye, aparentemente, *in situ flagrancia* como la primera institución que acude al lugar del hecho delictivo.³⁰

No obstante, el actuar de la agencia policial recae generalmente sobre personas de escasos recursos económicos, es decir sobre la *delincuencia torpe* a la que el sistema penal hará su presa. Esto deviene porque los procesos de criminalización, victimización y policización –*selectividad estructural*– se depositan en los marginados.³¹ La mayoría de los criminales, así como la mayoría de las víctimas y policías, provienen de los sectores populares donde el sistema penal presenta la función de impedir, sencillamente, la cohesión social. Dentro de la criminalización secundaria caen sencillamente las personas más débiles de la sociedad, y son atrapadas precisamente en función de los estereotipos. El pobre tiene por sí un *uniforme de delincuente* y además es definido como tal socialmente gracias a la ayuda de los medios de comunicación.

El delito flagrante se presenta como la sensación de inseguridad frente a la propiedad más que a la vida. El Código Penal no se distancia de este enfoque normativo; de ahí que la represión a todo daño o peligro contra la propiedad es entendida como una afección contra el mismo modo de producción, que aparenta ser una lesión contra el mismo tejido social, pues, como dicen Taylor, Walton y Young:

28. Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 204.

29. Hernando Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Temis, 1983, p. 6.

30. Hilda Marchiori, *Criminología. Teoría y Pensamientos*, México, Porrúa, 2004, p. 24.

31. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 27-28.

Una teoría relevante de la desviación tiene que tratar las variables causales –motivación y reacción– como algo determinado y como parte de una estructura total de relaciones sociales. Si la desviación y la reacción se examinan así, se tiene algo más que un cuadro completamente indeterminado; se ve que la institución de la propiedad privada, en una sociedad estratificada y no equitativa, divide a los hombres en propietarios y no propietarios. A la luz de esta división, resulta posible explicar las actividades de los ladrones, la policía, los jueces y los dueños de la propiedad.³²



Diario *Correo*, Machala-El Oro, Ecuador, abril de 2008.³³

En este ambiguo contexto los medios de comunicación constituyen la flagrancia. Esta “constitución” es difícil de establecer, pues no se sabe a ciencia cierta si la prensa procede a impregnar las imágenes de ¿“delinquentes” reales o potenciales? Así, los medios de comunicación se conectan como “mediadores” entre la realidad social y las experiencias individuales o colectivas sobre la desviación,³⁴ construyendo a la vez una nueva clientela para el sistema penal: las personas expectantes.

Se induce hacia una percepción pública de seguridad ciudadana, donde el público-víctima aparece como rival de las personas aprehendidas y espectacularizadas, lo cual condiciona, a mediano plazo, hacia la construcción de tipos penales de percepción ciudadana. La noticia se estructura entonces como un “reality show”,³⁵ generando tipos ideales de sociedades seguras sobre la base de la conducción temática de la información periodística. El sensacionalismo de las noticias policiales encuentra un momento clave en la persecución y descubrimiento de los “delinquentes”;³⁶ a la vez que poco interesa hacer un seguimiento del caso para saber si las personas capturadas o aprehendidas fueron imputadas-acusadas-condenadas o no.

-
32. Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, [1973] 2007, p. 200.
33. Fotografía: <http://www.diariocorreo.com.ec/imagenes/2008/04/cronicas102.jpg>, visita 5/09/08. Pido disculpas a las personas que hace alusión ésta y las siguientes imágenes, no obstante que su publicación en el marco de este trabajo servirá para la reflexión que pretendo.
34. Chiara Sáez Baeza, “Seguridad ciudadana y conflictos sociales. Cobertura y tratamiento en la TV”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005, p. 21.
35. Lucía Dammert, “Violencia, miedos y medios de comunicación: desafíos y oportunidades”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005, p. 61.
36. Denis McQuail, *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1998, p. 366.

Se presenta al delito a partir de su nomenclatura dogmática. No se intitula mediáticamente como la sustracción de una propiedad ajena sino como un robo, o como la acción de causar la muerte sino como homicidio. Pero, ¿realmente existe el delito? Hulsman –al igual que Mathiesen y Christie– sostienen que los “delitos” no existen materialmente, son mitos o construcciones semánticas que responden a enteiquias creadas por legislador, pues lo que en realidad se presentan son problemas o conflictos entre individuos o colectividades al interior de la sociedad –“no existe una realidad ontológica del delito”–.³⁷ La genealogía de los males del sistema penal proviene, precisamente, de la confiscación del Estado a estos problemas, donde las partes involucradas no pueden participar en su resolución, negándoles incluso su propia existencia jurídica, como en el caso de la víctima.

Hulsman reflexiona sobre el planteamiento de diversos métodos para la solución de los conflictos o “delitos”. En su ejemplo de los cinco estudiantes que conviven en un mismo departamento, clasifica las variables que pueden suceder en la composición del daño al momento que uno de los estudiantes rompe el televisor común, así por ejemplo encontramos que:

- a) Un miembro de esta pequeña comunidad estudiantil planteará la expulsión del compañero que arruinó el televisor;
- b) Un segundo incitará que el compañero sea tratado por medios clínicos y psicológicos con el objeto de rehabilitarlo;
- c) Un tercero propondrá que el compañero causante del daño indemnice o pague el televisor estropeado; y
- d) Un cuarto aprovechará la oportunidad para la conciliación entre todos los miembros.³⁸

Como se observa, la expulsión o confinación del estudiante al destierro o presidio no es la única salida. Las instituciones penales no hacen nada más que ocultar las diferencias naturales entre los ciudadanos, llevándolos centrífugamente a la lógica del *ius puniendi*. El Estado debe garantizar la composición del daño en la relación ofensor-ofendido, y no solo esperar que el aprehendido en flagrancia sea confiscado corporalmente –prisionizado–, para, tal vez durante meses, provocar el olvido de la acción y la condena por bagatelas.

Roxin sostiene que, donde no es posible la despenalización, se pueden implantar métodos o alternativas a la condena judicial. Para este autor, Alemania ha dado un paso adelante con la aplicación de la *diversión*, consistente en el establecimiento de prestaciones en favor de la comunidad, cuyo efecto puede llevar incluso a la renuncia de la acción penal.³⁹

37. Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, 1993, p. 76.

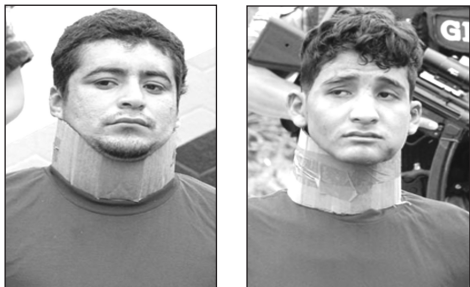
38. Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 88-89.

39. Claus Roxin, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, p. 347.

Si cada detención por flagrancia tuviera un escenario inmediato de composición, sin duda, evitaríamos a la justicia el resolver conflictos de ínfima importancia jurídica y social.

Sin embargo, en la ontología del sistema penal que *estigmatiza* al capturado existe una especie de “posición preferente” del derecho a la información –al sobreponerse sobre los demás derechos fundamentales–. Esta “estigmatización” del sistema penal hacia el reo se refleja además en el proceso penal ecuatoriano cuando confiere, a manera de nombres, los estatus procesales. Así, las personas sujetas a la investigación criminal podrán llamarse sospechosas, imputadas, acusadas o condenadas, como categorías bajo las cuales son atendidas en el “debido proceso”. Las categorías de sobreseído o absuelto constituyen la excepción, pues antes del sobreseimiento se es –aunque uno no quiera serlo– sospechado o imputado. Se elimina “procesalmente” el nombre y se suplanta por su estatus penal.

Esto refleja que el dominio de la naturaleza comienza por los seres humanos, sobre todo al momento de nombrar las cosas.⁴⁰ El nombramiento es una forma del *ius puniendi* de “apropiarse” de la parte más débil del proceso penal. Este bautizo del sistema penal hacia los capturados es aprovechado por los *mass medias*, en donde la intimidad y el honor de las personas tienden a ceder ante el privilegio periodístico de informar a la sociedad, sobre todo al momento de recibir epítetos como “delincuentes aprehendidos”.⁴¹



Diario *Correo*, Machala-El Oro, Ecuador, diciembre de 2007.⁴²

Weber hablaba de la constitución de un orden de Derecho al decir que: “está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida en un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”.⁴³ La lógica informativa genera su propia racionalidad que, extendida a la sociedad, impregna una disciplinización centrífuga de los aparatos del Estado en su misión de sancionar a

40. El poder del lenguaje al momento de nombrar constituye una forma de dominación. Al respecto, Horkheimer y Adorno sostenían que: “Desde que el lenguaje entra en la historia sus amos son sacerdotes y magos. Quien ofende los símbolos cae, en nombre de los poderes sobrenaturales, en manos de los tribunales de los poderes terrestres, representados por esos órganos agregados a la sociedad”. Ver Max Horkheimer & Theodor Adorno, *Dialéctica del Iluminismo*, 1944, p. 28, en <http://www.marxist.org/espanol/adorno/1944-il.htm>, visita 2/11/08.

41. Francisco J. Laporta, “El derecho a informar y sus enemigos”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 98.

42. Se puede observar la puesta de cartones por parte de la policía sobre los cuellos de las personas capturadas/exhibidas, con el claro objeto de impedir una humana sensación de vergüenza ante la prensa. Véase: <http://www.diariocorreo.com.ec/images/noticias/Junio/01/cronicas6.jpg> y <http://www.diariocorreo.com.ec/images/noticias/Junio/01/cronicas10.jpg> (visita 3/04/2010). Esto me recuerda cuando Foucault decía que: “El cuerpo solo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998, p. 33.

43. Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 27.

los culpables. Empero, lo que se desarrolla es una real presunción de culpabilidad, mediante la estimulación de mensajes de odio hacia los usuarios de la prensa, negándole a la sociedad la realidad de los conflictos en un marco de libertad.

La libertad se presenta como exclusiva en los medios de comunicación por el hecho de convivir en un orden democrático.⁴⁴ Sin embargo, no se juzga sobre una base de proporcionalidad al momento de publicar las imágenes de las personas aprehendidas, a quienes, incluso, se les coloca apelativos injuriosos o insultantes. Se exagera doblemente la pasionalidad de las presuntas víctimas, apareciendo una nueva percepción de protección contra el sospechado al encerrarlo en un centro carcelario, quizá como una forma de legitimación de la ley penal, donde las cárceles cumplirían la “función social” de cuidar a la sociedad de los “delincuentes”, incluso sobre su abatimiento o muerte en los enfrentamientos con la policía.⁴⁵

La noticia penal, noticia criminal o crónica roja mantiene una honda pretensión corporativa de expandir el poder punitivo a través de sobrerrepresentaciones de la realidad. De esta manera se confirmaría un escenario del populismo penal bajo la siguiente genealogía mediática:

1. Medios de comunicación que presentan la noticia criminal:
 - a) Recopilación de encuestas y relatos de ciudadanos potencialmente victimizados;
 - b) Exposición obscena de las víctimas;
 - c) Publicación de los cuerpos y rostros de los delincuentes neutralizados;
 - d) Exaltación de la labor policial;
 - e) Elaboración de títulos noticiosos alarmantes;⁴⁶
 - f) Demanda de seguridad ciudadana.
2. Policía que jamás se presenta como ineficiente:

44. Amos Shapira, “¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? Algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 87.

45. ¿Se ha preguntado sobre la judicialización en la muerte de presuntos delincuentes por manos de la policía? Los enfrentamientos a fuego cruzado en donde resultan bajas en el bando de los presuntos delincuentes forman parte del olvido del sistema penal. La tendencia general es no judicializar la búsqueda de la verdad, donde podrían ocultarse crudas ejecuciones extrajudiciales. Un precedente de muchas dudas en el Ecuador es el afamado Caso Fybeca. Ver Lucía Canavesio, Luz Damone y Gabriela Magistris, “Justicia: Siendo imposible prescindir de los antecedentes de la conducta desviada por parte del difunto”, en Alicia Daroqui, edit., *Muertes silenciadas: La eliminación de los delincuentes*, Buenos Aires, CCC, 2009, pp. 151-193.

46. Sobre la construcción del “monstruo” y la performance del delito por la comunicación ver Stella Martini, “El delito y las lógicas sociales. La información periodística y la comunicación política”, en Stella Martini y Marcelo Pereyra, eds., *La irrupción del delito en la vida cotidiana. Relatos de la comunicación política*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2009, pp. 21-40.

- a) Denuncia de falta de coordinación entre jueces y policías;⁴⁷
 - b) Crítica a la labor jurisdiccional;
 - c) Demanda de equipamiento e incremento de personal;⁴⁸
 - d) Articula con la prensa para presentar a los delincuentes;
 - f) Demanda de seguridad ciudadana.
3. Poder legislativo absorbente de las demandas de seguridad ciudadana:
- a) Ofrece ante los medios de comunicación efectividad en la lucha contra el crimen;
 - b) Utiliza el discurso de la in-seguridad como una forma de oposición al gobierno;
 - c) Solidariza su actividad legislativa con las víctimas (votos) del delito;
 - d) Incorpora legislativamente las demandas de seguridad ciudadana para incrementar las penas y aumentar los tipos penales: Populismo penal.

Nadie ha discutido que cualquier demanda de seguridad ciudadana sea ilegítima. Por el contrario, las propuestas en este sentido confluyen en una democracia. No obstante, la seguridad siempre tiene que ser medida con la libertad y con los derechos que se encuentran en la *esfera de lo no decible*, aquellos por el que la democracia mayoritaria no puede pasar por encima. Mientras más seguridad sobrerrepresentada por los medios de comunicación, menos libertad para los ciudadanos. La ley penal no soluciona los conflictos o problemas devenidos en la sociedad; por el contrario, tiende a agravarlos en detrimento del Estado de Derecho. Cabe recordar entonces que:

Las críticas autoritarias al poder judicial, amplificadas por los medios masivos de comunicación social, suelen traducirse en pedidos o trámites de destitución impulsados por políticos oportunistas.⁴⁹

47. En estos últimos meses la Policía mantiene un constante cuestionamiento al poder jurisdiccional ecuatoriano; acusa a los jueces de ser parsimoniosos frente a sus “indiscutibles” arrestos.

48. En todas las crisis sobre los elevados índices de criminalidad la agencia policial demanda un mayor presupuesto para sí. No obstante, como dice Waller, el incremento de patrullas o personal no condiciona una mejor lucha contra el crimen, pues generalmente las víctimas de las políticas de seguridad ciudadana son los contribuyentes. Ver Irvin Waller, *Menos represión más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales e ILANUD, 2008.

49. Eugenio Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gusion, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, coords., *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*, México, Porrúa, ILANUD y Raoul Wallenberg Institute, 2007, p. 60.

CONCLUSIONES “INCONCLUSAS”: ¿LA REPARACIÓN DE LA PICOTA PÚBLICA?

A partir de noviembre de 2007, el Ministerio Público (Fiscalía General del Estado) extendió la práctica –que los juzgados penales de la provincia del Azuay iniciaran años antes– de promover a nivel nacional las denominadas *audiencias de calificación de flagrancia*.⁵⁰ Estas audiencias se institucionalizaron a nivel nacional, como dispositivos garantistas para impedir que el plazo razonable de la detención se confunda con el de la prisión preventiva, en aras de hacer efectiva la presencia de las personas aprehendidas en delito flagrante ante una autoridad jurisdiccional dentro de las veinticuatro horas de su detención.

No obstante, antes de presentar a las personas capturadas ante un juez, la policía judicial promovió la práctica de presentarlas ante los medios de comunicación –práctica que data desde antes de la creación de las mencionadas audiencias–. El Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos encontró en esta práctica informal la violación a las garantías constitucionales de las personas detenidas. En veinticuatro horas de detención las instituciones penales se encontraron en una Torre de Babel, lo que motivó más tarde a derogar este decreto garantista.

Estudiar la aprehensión nos ha llevado a observar “pequeños” detalles que se le escapan a la eficacia del garantismo constitucional en el Ecuador. A su vez, nos conduce hacia el estudio de la detención en su circulación por las instituciones del Estado, que actúan en los fenómenos de prisionización, ineficacia del principio de presunción de inocencia y construcción de la política criminal a través de *mass medias*. Sobre este último punto hemos esbozado algunas consideraciones en cuanto a dos perspectivas distintas del derecho –u “obligación”– a *ser presentado*.

La vigente Constitución de la República no es sorda al garantismo en la detención. Protege a las personas aprehendidas como uno de los sectores vulnerables de la sociedad. Se cumple con una instancia de discusión a través de audiencias que se han instituido a nivel nacional y no solo a nivel local, como se lo hacía hasta antes de noviembre de 2007

50. La administración de justicia penal del Azuay denominó a estas audiencias con el nombre de “Audiencias de Calificación de Flagrancia”. Esta denominación alude a su esencia, que es la discusión sobre la posibilidad de exención o no de una potencial medida cautelar de prisión preventiva sobre la base de la discusión de los elementos de convicción que construya el Estado. A mi parecer estas audiencias pueden cumplir con dos efectos: a) Un primero denominado como “puerta giratoria positiva”, donde la medida cautelar de prisión preventiva no llega a perfeccionarse como resultado de la audiencia; y, b) Un segundo efecto denominado como “puerta giratoria negativa”, en cuya audiencia se legaliza la detención para decretar inmediatamente la medida cautelar personal de prisión preventiva. Lamentablemente, debido a la ausencia de igualdad de armas de la defensa frente al Estado, las “Audiencias de Formulación de Cargos” tienden a reproducir la “puerta giratoria negativa”.

en la provincia del Azuay.⁵¹ A pesar de generar una instancia de garantías, la defensoría pública no se encuentra en igualdad de armas, pues conocen a sus defendidos minutos antes de la mencionada audiencia.

También el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica preocupan a las instituciones del Estado. El derecho a la información ha encontrado en la prensa su principal representante. Los medios de comunicación nacional alarman sobre lo vulnerable en la protección de derechos como la vida o la propiedad; de ahí que la sociedad se debate con una incesante criminalidad que provoca su propia sensación de in-seguridad ciudadana. Aquella “sensación”, promovida por la prensa, encuentra refugio en la mayoría de los hogares del país, por ello, cualquier método para paliar la delincuencia es bienvenido, sin importar las garantías del debido proceso, ni reflexionar sobre los derechos del “Otro”, pues el ambiente de riesgo estructura una oscura percepción de derechos.

Los medios se constituyen en fines de la información. La prensa ha influido en el sistema penal bajo formas que conducen a la sociedad a manejarse con lógicas aparentemente opuestas: ciudadanos vs. delincuentes. La lógica de entender que la política –y también la Política Criminal– se construye de *amigos* y *enemigos*,⁵² es reproducida para criminalizar la pobreza, pues el ejército de detenidos generalmente proviene de las esferas más abandonadas del Estado, a las que ciertos sectores de la sociedad las catalogan como “marginales”.⁵³

El *ser presentado* se traduce en el “derecho” que tiene la prensa para conocer a *los anormales*. Los noticieros califican la culpabilidad de los enfocados y los espectadores los juzgan –o prejuzgan– desde sus domicilios. Los lectores o televidentes se inclinan a apoyar medidas punitivas más severas, tanto en modelos de disuasión contra el crimen, como en tipos penales.⁵⁴ La opinión publicada se presenta como la opinión común de la sociedad,⁵⁵ estructurando una dimensión “comportamental” que asocia a la “nueva” criminalidad.⁵⁶ Por otra parte, los agentes de la policía judicial ridiculizan a los detenidos para con vestimenta fluorescente presentarlos ante la comunidad, como ejemplo de su eficiencia en la defensa de la sociedad.

51. Hoy en día estas audiencias fueron institucionalizadas formalmente en la reforma penal del 24 de marzo del 2009, publicada en el R.O. 555.

52. Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985, p. 23.

53. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 170.

54. Shanto Iyengar, *Televisión y opinión pública. El poder de los medios de comunicación*, México, Gernika, 1994, pp. 47-48.

55. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*, p. 143.

56. A inicios del siglo XXI se agravó el máximo de pena en el *Código Penal* ecuatoriano, de 16 a 35 años de reclusión mayor extraordinaria. Los medios de comunicación tuvieron mucha influencia en la inflación de las penas.

Reaparece entonces la *picota pública*⁵⁷ de los miasmas de la historia al no bastar que un detenido sufra la humillación de ser privado de su libertad, pues ser detenido en la jerga de la prensa equivale a ser delincuente.⁵⁸ La picota pública fue el avergonzamiento público de las personas imputadas o acusadas muy recurrida en la Europa medieval. Por el contrario, Hulsman dice que “el delito puede ser creado como resultado de cierta vinculación entre el sistema penal y los medios masivos de comunicación”.⁵⁹ Y no solo el delito, sino el comportamiento social frente a los problemas o conflictos sociales. El debate sobre la presentación de los rostros y cuerpos de las personas detenidas ha cedido ante los elevados índices de criminalidad construidos por los medios de comunicación sin ninguna fiabilidad metodológica.

Hoy en día se habla de la asociación de criminalidad con inmigración. Se culpa a las personas de nacionalidad colombiana o cubana sobre el aumento de estos “índices”, paradójicamente, en momentos en que las relaciones diplomáticas con Colombia están suspendidas. La Política Criminal del Ecuador ha encontrado en la nacionalidad colombiana el sujeto activo determinado de los delitos suscitados dentro del país. Esto como la metáfora del “buen pescador”, aquel que un día decide salir al mar para pescar atunes y al final de la jornada darse cuenta que solo pescó sardinas, culpando inmediatamente de su fracaso al mar. Si aplicamos la mencionada metáfora a esta forma de traslapar el problema de la in-seguridad a la inmigración colombiana, percibiremos que el Estado –el “buen pescador”– culpó de su ineficiencia a su vecino el mar –la población colombiana–.⁶⁰ ¿Será entonces culpa del mar o del “buen pescador” que éste solo haya encontrado sardinas? La respuesta es simple, no merece detalles.

El periodismo penal efectivizó su discurso al oponerse a decretos con vestimenta garantista. No obstante, la “estadística” criminal mediatizada no ha bajado. Los medios de comunicación encontraron en las personas de nacionalidad colombiana una variable más para la solución de sus hipótesis. Los resultados saltan a la vista, se han aumentado las restricciones para el ingreso de ciudadanos colombianos al país como una forma de *gubernamentalización* del Estado para la administración de poblaciones –biopolítica.⁶¹

57. La picota pública, consistente en la humillación y avergonzamiento de los acusados ante su propia comunidad, se suprimió en 1789 en Francia y en 1837 en Inglaterra. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 16.

58. Esto es verificable cuando los detenidos en el Ecuador tienen que recabar y presentar los *antecedentes penales* de todas las cárceles, juzgados y tribunales penales de la jurisdicción para “probar” su inocencia, a pesar que el Estado posee esta información de antemano. Con ello queda claro que, en la praxis del subsistema policial y judicial, yuxtapuesto al ejercicio profesional de la prensa, la inocencia es realmente una presunción y no un estatus garantista.

59. Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, p. 87.

60. Jorge Vicente Paladines, “Los Otros y la Política Criminal de Nosotros”, en Nicole Pérez y Alex Valle, edit., *Los derechos de la movilidad humana: del control a la protección*, serie neoconstitucionalismo y sociedad, No. 14, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, Quito, noviembre de 2009.

61. Michael Foucault, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez, comp., *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007, p. 212.

Exigir, por ejemplo, el pasado judicial sería como presumir que todas las personas de nacionalidad colombiana son delincuentes, excepto las que ingresen *legalmente* al país. Aquello operaría como una especie de incriminación colectiva por el hecho de nacer y vivir en Colombia.⁶² Se refleja una sociedad mediatizada por el “miedo al Otro”; y se construye seguridad en el marco de políticas que racializan al extranjero como el enemigo de la sociedad ecuatoriana,⁶³ clasificándolo también dentro del estigma delincente, violando con ello el principio de la ciudadanía universal o cosmopolita reconocida incluso en el artículo 416.6 de la Constitución de la República.

La Política Criminal en el Ecuador ha encontrado entonces la siguiente ruta en su génesis:

1. Medios de comunicación que construyen el problema y plantean sus soluciones frente a la criminalidad;
2. Instituciones estatales que entran en dilema o contradicción en la toma de políticas públicas;
3. Fiscalía General que recibe las formulaciones de los *mass medias* como suyas para presionar al resto del aparato del Estado, aprovechando su “rol” de fiscalizador del delito y los delincuentes;
4. Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos acorralado por el discurso securitizador, cuyo escape no es más que hacer eco de la ruta;
5. Política Criminal de “buen pescador”, basada en la complacencia institucional a los mensajes emitidos desde la “prensa penal”, asumiendo que la prensa representa a la sociedad.

Baratta fue partidario de construir una Política Criminal multiagencial.⁶⁴ Es decir, que todas las instituciones del Estado entren en juego. La agenda pública de seguridad interna es construida determinadamente por los medios de comunicación, y en eco por la agencia fiscal. El poder punitivo instrumentaliza a la libertad de prensa, llegando a seducirla y convencerla que su rol en la sociedad es también penal.⁶⁵ Así, los medios de comunicación han puesto en jaque a las instituciones del Estado, convirtiéndolas en parlantes

62. Daniel Pécaut, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003, p. 95.

63. Para Rivera “...lo importante es determinar cómo esos sentimientos de pertenencia nacional construyen ordenes jerárquicos, excluyentes y racistas respecto a los que consideran inferiores o incivilizados”. Ver Fredy Rivera, “Las aristas del racismo”, en Emma Cervone y Fredy Rivera, eds., *Ecuador Racista. Imágenes e Identidades*, Quito, FLACSO-Ecuador, 1999, p. 38. Cfr. Tzvetan Todorov, *Nosotros y los otros. Reflexiones sobre la diversidad humana*, México, Siglo XXI Editores, 2002, 2a. ed., p. 118.

64. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*.

65. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*, *Justicia penal y libertad de prensa*, tomo II, San José, ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

de sus demandas. La sociedad civil no ha entrado en este debate, su participación es *ex post* a la información ofrecida por la prensa, es decir bajo una idea formada –o deformada– de la criminalidad.

Es urgente construir una Política Criminal en donde la supuesta víctima participe en el proceso penal, sin sacrificar las garantías del debido proceso de las personas aprehendidas. Existen diversos mecanismos de identificación de presuntos delincuentes como la cámara de Hessel o la ronda de imputados, que no necesariamente conllevan a la espectacularización de las personas capturadas. Además, relacionar criminalidad con nacionalidad no es una solución, es someter a los extranjeros también a la *picota pública*.⁶⁶ Sin duda que garantismo no es sinónimo de impunidad, ni información de degradación humana. La toma de decisiones sencillamente pasa por saber si en el Ecuador se impone la razón jurídica o la razón del Estado.⁶⁷

BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales*, tomo I, Santiago, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Ávila, Ramiro, “El derecho al acceso a la información y los Derechos Humanos”, en Ramiro Ávila, coord., *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert, dir., colección Memoria Criminológica, No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968.
- Brandt, Hans-Jürgen y Rocío Franco Valdivia, comps., *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*, vol. 2, Serie Justicia Comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.
- Canavesio, Lucía, Luz Damone y Gabriela Magistris, “Justicia: Siendo imposible prescindir de los antecedentes de la conducta desviada por parte del difunto”, en Alicia Daroqui, edit., *Muertes silenciadas: La eliminación de los delincuentes*, Buenos Aires, CCC, 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictamen del 19/03/99.

66. Recordemos que las personas de nacionalidad ecuatoriana también se constituyen en el “Otro” en países como España o Italia.

67. El debate sobre la razón del Estado vs. razón jurídica trata de conducirnos hacia la crítica al *decisionismo*, en cualquiera de sus manifestaciones institucionales –ejecutivo, legislativo o judicial–. Ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*.

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.
- Constitución del Ecuador, 2008 y 1998.
- Coriolano, Mario Luis, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.
- Dammert, Lucía, “Violencia, miedos y medios de comunicación: desafíos y oportunidades”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, 5a. ed.
- “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dirs., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, año I, No. 2, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Foucault, Michael, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez, comp., *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007.
- *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998.
- Hulsman, Louk, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, pp. 75-104, 1993.
- y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Huntington, Samuel P., *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000.
- Iyengar, Shanto, *Televisión y opinión pública. El poder de los medios de comunicación*, México, Gernika, 1994.
- Jakobs, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996.
- Laporta, Francisco J., “El derecho a informar y sus enemigos”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- Larrauri, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Argentina, Editorial B de F, 2008.
- Londoño Jiménez, Hernando, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Temis, 1983.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Fundamentos), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Marchiori, Hilda, *Criminología. Teoría y Pensamientos*, México, Porrúa, 2004.
- Martini, Stella, “El delito y las lógicas sociales. La información periodística y la comunicación política”, en Stella Martini y Marcelo Pereyra, edits., *La irrupción del delito en la vida cotidiana. Relatos de la comunicación política*, Buenos Aires, Editorial Biblós.

- McQuail, Denis, *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1998.
- Paladines, Jorge Vicente, “Los Otros y la Política Criminal de Nosotros”, en Nicole Pérez y Alex Valle, eds., *Los derechos de la movilidad humana: del control a la protección*, serie neo-constitucionalismo y sociedad, No. 14, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, Quito, noviembre de 2009.
- Pécaut, Daniel, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003.
- Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Rivera, Fredy, “Las aristas del racismo”, en Emma Cervone y Fredy Rivera, eds., *Ecuador Racista. Imágenes e Identidades*, Quito, FLACSO-Ecuador, 1999.
- Roxin, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.
- Sáez Baeza, Chiara, “Seguridad ciudadana y conflictos sociales. Cobertura y tratamiento en la TV”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005.
- Salido Valle, Carlos, *La detención policial*, Barcelona, José María Bosch, 1997.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985.
- Shapira, Amos, “¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? Algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001.
- Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, [1973] 2007.
- Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexiones sobre la diversidad humana*, México, Siglo XXI Editores, 2002.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Waller, Irvin, *Menos represión más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales e ILANUD, 2008.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Pablo Vega y Gabriela Gусis, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, coords., *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*, México, Porrúa, ILANUD y Raoul Wallenberg Institute, 2007.
- *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006.

- *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*, *Justicia penal y libertad de prensa*, t. II, San José, ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

Sitios web consultados:

- www.diariocorreo.com.ec
- www.elcomercio.com.ec
- www.eluniverso.com
- www.marxist.org
- www.ultimasnoticias.ec

Fecha de recepción: 4 de mayo 2009
Fecha de aceptación: 25 de mayo 2009