

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

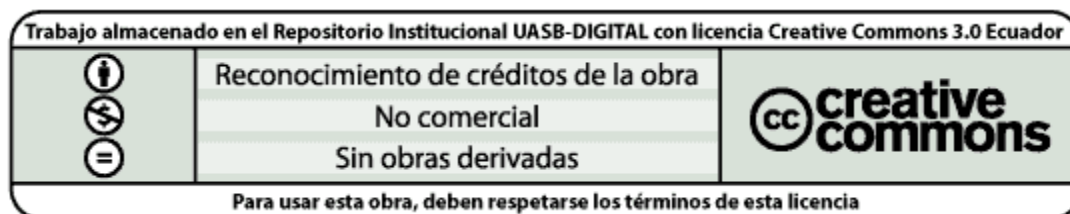
MAESTRIA EN DERECHO

MENCION EN CONSTITUCIONAL

LA LIBERTAD PERSONAL Y LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DESDE  
LA INTERCULTURALIDAD: UNA APROXIMACION A LOS FINES DE LA PENA  
DESDE LA INTERCULTURALIDAD.

ALVARO FRANCISCO ROMAN MARQUEZ

2012



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

ALVARO FRANCISCO ROMAN MARQUEZ

Quito, 2 de abril del 2012.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

MAESTRIA EN DERECHO

MENCION EN CONSTITUCIONAL

LA LIBERTAD PERSONAL Y LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DESDE  
LA INTERCULTURALIDAD: UNA APROXIMACION A LOS FINES DE LA PENA  
DESDE LA INTERCULTURALIDAD.

ALVARO FRANCISCO ROMAN MARQUEZ

RAMIRO AVILA SANTAMARIA

QUITO - ECUADOR

2012

## Abstract

In the present research on intercultural liberty and the deprivation of liberty, difficulties on the one hand, we found no literature is western or Andean have been concerned about this dialogue, and, secondly, there are studies that look at the two philosophies in descriptive phase.

Therefore our goal in the first two chapters, was to make a description and construction, what is and what freedom means and sentence in each of these philosophies or cultures, we find plenty of western construction of the scarce supply Andean building is one of the difficulties, therefore, the arguments that might deliver are based on interpretations of mostly indigenous authors as Ilaquiche, Tibán Llasag and Catherine Walsh, Esther Sanchez Botero, Elisa Cruz Joseph Estermann who justify the existence of the community, indigenous rights, collective rights, administration of justice. They make a statement of a critical multiculturalism, but deepen and build it. Having described the issues in the third chapter, was to conduct the dialogue in all sources no explaining how, except the teacher Boaventura de Sousa Santos with his hermeneutics diatopical. With explanations and examples given, there was an effort that still does not meet expectations, but is in a brief reference to the debate that means rethinking how we live understand and interpret the world in which we live with the existence of various cultures.

The proposed research on the subject fills a gap of many existing in the field of constitutional legal literature of our country, and for now the lines drawn collaborate with the debate and the construction of multiculturalism.

Introducción.....	7
Capitulo I. Libertad personal.	
1.La libertad personal en la filosofía occidental.....	8
2. La libertad personal desde la filosofía andina.....	20
1.La comunidad indígena: como sujeto, principios éticos sociales comunitarios.....	20
2.Los derechos colectivos de las comunidades indígenas.....	27
3.Los derechos colectivos su relación con los derechos individuales y en especial con la libertad personal.....	29
Capitulo II. La pena privativa de la libertad.	
1.La pena privativa de la libertad desde la filosofía occidental.....	34
2.¿Existe la pena privativa de la libertad personal en la filosofía andina?.....	52
1. Principios del derecho indígena.....	56
2. Normas que regulan los comportamientos en la comunidad indígena.....	58
3. Principios que rigen la administración de justicia indígena.....	60
4. Formas de reacción de la comunidad contra conductas contrarias a las normas de comportamientos en la comunidad indígena: ¿la existencia o no de la pena privativa de la libertad?.....	62
5. Formas que la comunidad indígena implementa contra las conductas que afectan la armonía.....	69
Capitulo III. Algo sobre la interculturalidad.	
1.La interculturalidad: el discurso excluyente y el discurso incluyente.....	76
2. La interculturalidad: su contenido.....	81
3. La interculturalidad como discurso interpretativo: criterios para el dialogo.....	86
1. La democracia.....	86
2. La hermenéutica diatópica para la interculturalidad: delito, proceso y pena.....	91
2.1. El comportamiento humano antijurídico desde la interculturalidad.....	93
2.2. El proceso desde la interculturalidad.....	101
2.3. Los fines de la pena una aproximación desde la interculturalidad.....	106
Capitulo IV	
Conclusiones.....	110
Bibliografía.....	112

## DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

El presente trabajo lo dedico a MILTON DARIO ROMAN ABARCA Y LUPITA DE LOS ANGELES MARQUEZ ZAMBRANO, papi y mami quienes me concibieron con su amor, me ayudaron a crecer con su dedicación, me formaron con inteligencia como ciudadano, con su ejemplo y sabiduría me entregaron las herramientas necesarias para que siga en la vida como hombre, padre, compañero, amigo, profesor y profesional.

Hoy que no se encuentran a mi lado, dejando una gran tristeza en mi vida, este es el mejor tributo terminar los proyectos propuestos en base a sus enseñanzas.

Recordarlos siempre en mi memoria todo lo que generaron en mí seguirá siendo el eterno amor y agradecimiento que sentiré por ustedes hasta que deje este mundo. Sera el mejor homenaje.

Gracias por todo.

## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación sobre la interculturalidad de la libertad y la pena privativa de la libertad, existieron dificultades, por una parte, no encontramos literatura sea occidental o andina que se hayan preocupado por este diálogo; y, por otra, existen trabajos que ven a las dos filosofías en fase descriptiva.

Por lo cual nuestro objetivo, en los dos primeros capítulos, fue efectuar una descripción y construcción, qué es y cómo se entiende la libertad y la pena en cada una de estas filosofías o culturas; nos encontramos con abundante construcción occidental frente a la escasa entrega de la construcción andina, es una de las dificultades, en consecuencia, los argumentos que se pudieron entregar se sustentan en las interpretaciones de los autores en su mayoría indígenas como Ilaquiche, Tibán, Llasag y en Catherine Walsh, Esther Sánchez Botero, Elisa Cruz y Joseph Estermann quienes justifican la existencia de la comunidad, del derecho indígena, los derechos colectivos, administración de justicia. Hacen un enunciado de una interculturalidad crítica, pero no profundizan como construir la misma.

Una vez descritos los temas, en el tercer capítulo, fue realizar el diálogo, en todas las fuentes consultadas ninguna explicaba cómo hacerlo, excepto el maestro Boaventura de Sousa Santos con su hermenéutica diatópica. Con sus explicaciones y ejemplos propuestos, se hizo un esfuerzo que todavía no llena las expectativas, pero constituye en una breve aproximación al debate que significa el repensar nuestra forma de vivir, entender e interpretar el mundo en el cual vivimos con la existencia de varias culturas.

La investigación sobre el tema propuesto llena un vacío de los tantos existentes en el campo de la bibliografía jurídica constitucional de nuestro país, y por lo pronto las líneas trazadas colaboran con el debate y la construcción de la interculturalidad.

## Capítulo I. La Libertad Personal.

### 1. Libertad personal en la filosofía occidental.

Para iniciar esta investigación debemos, en forma breve, conceptualizar y analizar la libertad, desde la filosofía es una realidad inmaterial, que ha sido objeto de estudio y desarrollo desde varios puntos del pensamiento humano para poder determinar su sentido; en consecuencia, su construcción ha llegado a una conceptualización en los campos filosófico, jurídico y sociológico.

En esta parte de la investigación, se partirá desde la filosofía para comprender y determinar ¿qué es la libertad? *Norberto Bobbio*, considera que la libertad hay que estudiarla como libertad liberal y libertad democrática, pero siendo complementarias sin ninguna jerarquía entre ellas, es así que

Libertad significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o, bien poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual ser libre significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia no controlada por los órganos del poder estatal, el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual ser libre no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo.<sup>1</sup>

De esta manera, consigue partir de dos significados de libertad que tienen relación con lo *permitido* y *obligatorio*; sostiene que estas palabras son contradictorias, por lo mismo lo permitido no es obligatorio y se estaría hablando de la libertad en un espacio no regulado por normas imperativas, es decir, que se actúa sin normas que puedan constreñir desde el exterior, es por ello que se ensancha la esfera de la autodeterminación individual, restringiendo todo lo posible la regulación de tipo colectivo, esta sería la libertad liberal.

---

<sup>1</sup> Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, Madrid, editorial Trotta, 3ra. Edición, 2009, p.113.



El segundo aspecto, todo lo obligado no es permitido. En esta esfera la libertad se encuentra regulada por normas imperativas que coincidan, que estas normas sean autónomas y no heterónomas. La libertad democrática es la que ensancha la esfera de la autodeterminación colectiva, con ello se eliminan las leyes que se pueden generar desde los individuos sin esa regulación, es decir, que uno mismo se autodetermine en seguir o no esas normas colectivas, esto hace que se presente el consentimiento tanto en la elaboración como en su obediencia. Esta sería la libertad democrática. Expresa que los estados modernos hacen una integración gradual de ambas, es así lo que un hombre puede decidir por sí solo, déjese a la libre determinación de su querer; allí donde sea necesaria una decisión colectiva, que tome parte en ella, de modo que sea o aparezca también una libre determinación de su querer.

Una vez definida la libertad, debemos relacionarla con la libertad personal, para tal propósito iniciaremos definiendo la segunda en los términos siguientes: es un “derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”<sup>2</sup>.

Siendo un derecho reconocido o consagrado por la Constitución, en primer lugar debemos establecer si se trata de un derecho humano, derecho fundamental o solamente de un derecho constitucional. Hay que hacer notar que nuestra Constitución no realiza una diferencia entre derechos humanos o derechos fundamentales o derechos constitucionales, *todos tienen la misma categoría conceptual*,<sup>3</sup> así lo sostiene Marco Aparicio Wilhelmi al comentar el artículo 11 de la Constitución cuando manifiesta que las garantías se encargan de asegurar las condiciones de los derechos fijados por la carta suprema que son inalienables,

---

<sup>2</sup> Joaquín García Morillo, *El Derecho a la libertad personal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1995, p.42.

<sup>3</sup> Juan Montaña Pinto, *Estudio introductorio al libro Derecho y Emancipación, de Boaventura de Souza Santos, Nro.2*, Quito, Editorial Corte Constitucional, 2010, p.26.

irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía<sup>4</sup>, es por eso que “los derechos se toman en serio, una seriedad que alcanza a todos los derechos, sin distinciones”<sup>5</sup>.

Así mismo, Ramiro Ávila explica el contenido de los derechos consagrados por la Constitución ecuatoriana. Cita a Ferrajoli en la diferencia que hace de los derechos fundamentales y de los derechos patrimoniales y concluye que las características de los primeros son las que precisamente ha establecido la Constitución.<sup>6</sup>

Son derechos constitucionales, por cuanto todos los derechos deben ser tutelados por el Estado y las garantías sean estas normativas<sup>7</sup>, de políticas públicas<sup>8</sup> o jurisdiccionales<sup>9</sup> deben protegerlos sin discriminación alguna y tienen igual jerarquía.<sup>10</sup> Ferrajoli considera que al estar protegidos por el rango constitucional no es una cualidad esencial sino solamente una técnica de tutela.<sup>11</sup>

Siguiendo la construcción de Ferrajoli, los derechos fundamentales “son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales”.<sup>12</sup>

¿Cuáles son las características esenciales para poder ser considerados como derechos fundamentales? El filósofo italiano, examina desde diferentes momentos del conocimiento:

---

<sup>4</sup> Art. 11 numeral 6 de la Constitución.

<sup>5</sup> Ramiro Ávila S., Agustín Grijalva y Rubén Martínez editores, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, artículo de Marco Aparicio, Serie Justicia y Derechos Humanos, Nro.2, Quito, Ministerio de Justicia y DH y Tribunal Constitucional, 2008, p.21.

<sup>6</sup> Ramiro Ávila S. y otros *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Los Principios de Aplicación de los Derechos*, INREDH, serie investigación Nro. 14, Quito, 2009, p.45.

<sup>7</sup> Artículo 84 de la Constitución.

<sup>8</sup> Artículo 85 de la Constitución.

<sup>9</sup> Artículo 86 de la Constitución.

<sup>10</sup> Art. 11 numeral. 6 de la Constitución, todos los derechos tiene la misma jerarquía.

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho*, Madrid, editorial Trotta, 2011, p. 688.

<sup>12</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho*, op. cit. p.p. 685.

1. Desde la *teoría del derecho*: en primer lugar la universalidad, indisponibles, inalienables; en segundo lugar, la extensión a los estatus como persona natural, como persona ciudadano y como persona capaz de obrar.

2. Desde el *derecho positivo*: los que constan escritos en los ordenamientos jurídicos de cada país, es decir, en sus constituciones, tratados y leyes.

3. Desde la *filosofía política*: reúne la categoría de metaéticos y metapolíticos, es decir, son tres criterios que le dan esta función de derechos fundamentales que son: en primer lugar *derechos vitales* para mantener la paz de los estados como la vida, la igualdad, la libertad; así como derechos que ayuden a la supervivencia como los derechos sociales; el segundo criterio es *la igualdad* que va íntimamente relacionada con la universalidad; y por último, *los derechos de la ley del más débil* que son, primero los de la vida frente al más fuerte; segundo los derechos de inmunidad y libertad frente a la arbitrariedad; y, tercero los derechos sociales.<sup>13</sup>

La característica obtenida desde la *teoría del derecho*, se enmarca en que los derechos fundamentales deben ser universales. Se los diferencia de los demás derechos subjetivos y en particular de los derechos patrimoniales, tomando en cuenta que al aplicarse a todos los seres humanos en su estatus de persona natural hace que se busque la igualdad que deben gozarla sin importar sus diferencias de sexo, religión, edad, educación, etc., es así que la libertad personal es un derecho fundamental, ya que reúnen las características propuestas por el maestro italiano.

---

<sup>13</sup>Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del Derecho*, op. cit. p.p. 685, 686, 687; Ferrajoli *democracia y garantismo*, edición Miguel Carbonell, traducción Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, editorial Trotta, 2008, pp. 42, 43, 44.

Según Ferrajoli estos derechos fundamentales son derechos subjetivos complementados con cuestiones objetivas<sup>14</sup>. ¿Qué es un derecho subjetivo? es una “facultad o poder, en el caso objetivo una norma de conducta”<sup>15</sup>,

La estructura del derecho subjetivo, para Rodolfo Arango, citando a H. Maurer, es la siguiente:

el derecho subjetivo, en un sentido más estricto, se entiende generalmente el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro, de hacer, permitir u omitir algo”. Según esta definición, para el autor, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una *norma jurídica*, (ii) una *obligación jurídica* de otro derivada de esta norma, y, (iii) un *poder jurídico* para la consecución de *intereses* propios reconocidos al sujeto (es decir una *posición jurídica*).<sup>16</sup>

Los autores ecuatorianos, Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leudchner Luque dicen sobre el primer elemento de la estructura de la norma jurídica, que es

un mandato, orden o prescripción que no debe ser identificada con el texto de la ley. Desde el prisma ontológico, una cosa son los enunciados normativos escritos en los textos legales, y otra cosa son las normas jurídicas. Una norma jurídica es el significado de un (os) enunciados (s) normativos (s), o mejor dicho, el significado extraído del texto jurídico.<sup>17</sup>

Estos autores, mencionan que la norma jurídica es una construcción ontológica ideal, es una inferencia lógica del texto legal, que solamente cuando realizamos la interpretación podemos darle una realidad y descubrir íntegramente los textos legales, no es la simple lectura

---

<sup>14</sup>María Cristina Patiño María Cristina Patiño, *Libertad personal habeas corpus y estados excepcionales*, Tesis Doctorales 1, Bogotá, editorial Ibañez-Academia Colombiana de Abogacía, 2007, p.68, 69,70., explica todas y cada una de las tesis que se han desarrollados como la Teoría de la voluntad, la teoría del interés; como teorías objetivas o institucional de los derechos fundamentales; teoría de la doble faz de los derechos; teoría de los principios Robert Alexy. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Editorial Legis-Universidad Nacional de Colombia, Primera Edición, 2005, p. 23.

<sup>15</sup>Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op. cit. p.523.

<sup>16</sup>Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit. p. 9.

<sup>17</sup>Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leudchner Luque. *Sobre Neconstitucionalismo, principios. Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho*, Lima, editorial EDILEXS.A, 2011, p.59

reprimida literal de los textos legales. Esto quiere decir, con la interpretación podremos saber si es prescriptiva de mandato o prohibición. Por ejemplo, en el caso de los derechos a la libertad personal, el texto legal es el enunciado de las ideas que fueron descritas en la Constitución: “Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”<sup>18</sup> así mismo tenemos el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”<sup>19</sup>.

Por lo que estas normas constituyen principios que tienen la categoría de norma jurídica con características prescriptivas, generales y abstractas, para poderlas aplicar primero: debe existir el caso en concreto, esto es, debe existir la violación de un derecho y en ese momento debemos interpretarla para determinar el contenido del derecho y por lo mismo se podrá aplicar la norma constitucional, siendo esta aplicación indirecta bajo el modelo de Zagrebelsky.<sup>20</sup>

Para el autor italiano procede la aplicación directa cuando tiene estructura de regla, esto es, el presupuesto de hecho con la obligación jurídica, ejemplo el artículo 77 numeral 1 de la Constitución. En este texto constitucional el supuesto de hecho es que la prisión preventiva debe durar solamente seis meses para los delitos de prisión y un año para los delitos de reclusión y la consecuencia jurídica es la obligación jurídica que tiene el Juez de poner en libertad en el momento en que se cumpla estos plazos razonables de duración de la medida cautelar y no se ha dictado sentencia.

El segundo elemento de la estructura del derecho subjetivo es la *obligación jurídica*. Hay que partir que la coacción para el cumplimiento de un derecho solamente es una

---

<sup>18</sup>Art. 66, numeral 29 literal d) de la Constitución.

<sup>19</sup>Art. 66 numeral 4 de la Constitución.

<sup>20</sup>Gustavo Zagrebelsky, *La Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La Constitución y sus normas, México, editorial Porrúa, 2008, p.80. El autor hace una diferencia entre normas de aplicación directa y de aplicación indirecta (de principios, de eficacia diferida y programática).

demostración de puro poder, pero cuando una norma es democrática esa coacción se transforma en una obligación jurídica, tomando en cuenta que, en un primer momento, participa en la elaboración de la ley y se transforma como destinatario de la misma.<sup>21</sup>

Por último, el tercer criterio, es *el poder y la posición jurídica*, el poder de exigir este derecho y tener la posición que el ser humano ocupa en relación con el derecho, en el modelo de Ferrajoli sería el estatus de persona natural, ciudadano o de poder actuar en relación con la norma en cualquiera de estas posiciones.

Con esta aclaración, la libertad personal siendo un derecho reconocido o consagrado por la Constitución, conformaría el segundo criterio de Ferrajoli desde *el derecho positivo*, esto es que al constar descrito en la norma constitucional se encuentra positivado.

La primera parte del concepto se refiere a la libertad liberal. Nuestra Constitución determina que “Ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”<sup>22</sup>; aquello consiste como Bobbio manifiesta, que lo permitido no es obligatorio y se estaría hablando de la libertad en un espacio no regulado por normas imperativas, es decir, que se actúa sin normas que puedan constreñir desde el exterior, es por ello que se ensancha la esfera de la autodeterminación individual, restringiendo todo lo posible la regulación de tipo colectivo. Esta sería la libertad liberal.

La libertad personal es disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella sin que nadie pueda impedirlo, esta esfera es la que podemos desenvolvernos y constituye la inmunidad que aspiran los modernos gozar. O como la entiende Alexy<sup>23</sup> es el derecho a una alternativa de acción, ya que poder actuar conforme a

---

<sup>21</sup>Luis Gracia Martín, *Fundamentos del sistema penal*, Quito, Editorial Cevallos, 1era. Edición, 2010, p.87.

<sup>22</sup>Art. 66, numeral 29 literal d) de la Constitución.

<sup>23</sup>Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit. p. 23.

nuestra voluntad podemos escoger entre varias alternativas sean estas positivas como negativas.

Esto quiere decir, como ser humano empírico o fenómeno que existe en el mundo físico, además, tiene una capacidad intelectual que acompañada con la voluntad puede hacer cualquier actividad sea esta negativa o positiva con su cuerpo moviéndolo o no, rompiendo la causalidad natural, constituyéndose como origen de esa causalidad.

Desde la libertad negativa o la libertad liberal, es la esfera de inmunidad<sup>24</sup>, es el espacio que tiene el hombre de estar parado con su persona física o de moverla en forma determinada, esto es que la persona tiene el derecho de permanecer en un lugar con su cuerpo físico conforme a su voluntad y de realizar movimientos físicos que ella haya tomado la decisión, por ejemplo: un niño o un adolescente, una persona con alguna enfermedad mental que a pesar de no tener la capacidad civil o penal, sí tiene el derecho constitucional, el niño puede elegir no moverse o el enfermo quiere salir de un lugar que no estima estar más tiempo, ambas son válidas.

La libertad física no tiene ni en forma negativa o liberal, las personas colectivas ya que son ficciones jurídicas, es decir, son construcciones del hombre, por esa razón no tienen una realidad física como tal, no existen en el mundo real u ocupan un lugar en el espacio, además, al ser papeles y creaciones especulativas como tales no tienen la decisión de tomar por sí mismas y no existen en forma física, ya que la libertad personal se refiere a lo físico o real, a los movimientos o no que pueda realizar el ser humano como ser empírico.

---

<sup>24</sup> Rafael Alcácer Guirao, *“Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política”*, Bogotá, Editorial U. Externado de Colombia, 2004, p. 156. Isaiah Berlín, divide en libertad negativa y libertad positiva. La libertad negativa, para este autor citado por Rafael Alcácer Guirao, es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que ello interfieran otras personas..., Continúa refiriéndose a la libertad positiva “viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva, se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de ¿ por quién estoy gobernado o quien tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer.

Además, Joaquín García Morillo para poder comprenderla mejor, realiza una diferencia entre la libertad personal o física con la libertad de tránsito o circulación, ya que considera a ésta como la libertad de movilizarse de un lugar a otro. Expone los criterios<sup>25</sup> siguientes: 1.- puede que goce de plena libertad personal pero que no tenga libertad de circulación o de residencia. 2.- La libertad es más amplia ya que requiere movilizarse de un lugar a otro, en cambio la libertad personal puede ejercerse estáticamente, precisamente no queriendo moverse. 3.- La libertad de residencia tiene que ser concebible desde una relación externa, la libertad personal se refiere a la persona en sí y por sí considerada.

El Tribunal Constitucional Español hace la diferencia que es anotada por Joaquín García Morillo, entre la libertad personal de la libertad de circulación como se había anotado, la primera es “...el derecho que tiene el hombre ha no permanecer en contra de su voluntad en un sitio...”, no es solamente el derecho a transitar libremente por el territorio.

Es por esa razón que nuestra Constitución, al igual que la Constitución Española, los consagra como derechos autónomos a estas dos libertades, la libertad de tránsito o circulación se encuentra reconocida en el artículo. 66 numeral 14, y, la libertad personal en el artículo 66 numeral 29 literales c) y d) que tiene relación con el artículo 77 numeral 1.

¿Por qué se realiza esta distinción? Según el autor al utilizar la técnica de positivar los derechos en dos categorías autónomas ha posibilitado que se pueda construir su contenido específico a cada uno de estos derechos con el objetivo de evitar violaciones o abusos. Así mismo, los ciudadanos tienen mejor conocimiento de estos derechos de libertad evitando el tratamiento de la técnica en general como la utilizada en las constituciones de Estados Unidos de Norte América y de la Constitución Alemana.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup>Joaquín García Morillo, *El Derecho a la libertad personal*, op. cit. p.35.

<sup>26</sup> Joaquín García Morillo, *El Derecho a la libertad personal*, op. cit. p.37.



Carlos Santiago Nino<sup>27</sup>, define a la libertad personal como un derecho que junto a la vida y a la integridad física como derechos fundamentales, ya que considera que al tener vida el ser humano debe protegerse la misma contra cualquier acción que pueda afectarla, así mismo que debe ser libre de cualquier perturbación de la tranquilidad síquica y física, no debe estar sometido a dolor físico o a una amenaza, disponer de un funcionamiento apropiado de los órganos y miembros de su cuerpo, son condiciones indispensables para la elección y materialización de planes de vida, en esta alternativa de elección de la persona natural o del ciudadano no puede intervenir en los movimientos corporales sea para su quietud o de ausencia de movimientos corporales requeridos para satisfacer cierta descripción de acción.

Es así como, María Cristina Patiño cita a Robert Alexy “en que nadie puede impedir, obstaculizar determinadas acciones del titular del derecho, a que no se afecte determinadas situaciones del titular del derecho o a que no elimine determinadas posiciones jurídicas de éste”<sup>28</sup>

En esa misma línea, Néstor Osuna Patiño, citado por María Cristina Patiño, considera bajo el pensamiento liberal, que son derechos que no tienen un fin sino que son considerados como libertades sin más, siendo decisión de cada titular del derecho, el uso que haga de él, razón por la cual se dice que la libertad carece de dimensión instrumental y es un fin en sí misma.<sup>29</sup>

Podemos concluir que la libertad personal o física, es la que tenemos como seres fenómenos y trascendentales, de permanecer en un sitio determinado sin ninguna restricción, eligiendo estar en movimiento corporal o en inacción, solo cuando exista una orden de

---

<sup>27</sup>Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, edit. Astrea, 1era. Reimpresión, 2000, pp. 222, 223.

<sup>28</sup>Robert Alexy citado por María Cristina Patiño, *Libertad personal habeas corpus*, op. cit., p.68.

<sup>29</sup>Néstor Asuna Patiño citado por María Cristina Patiño, *Libertad personal habeas corpus* op. cit. p.68.

autoridad competente y en observancia de las garantías penales y procesales se nos obligue a permanecer en un sitio en contra de nuestra voluntad.

Es por ello que esta libertad liberal no es suficiente para darle contenido a la libertad personal, sino hay que complementarla con la libertad democrática, es decir, cuando existe una ley estatal condicionada por los principios de constitucionalización, de legalidad selectiva y de los derechos reconocidos por la constitución, posee normas imperativas (mandato o de prohibición) que generan a simple vista restricciones de la libertad liberal, pero esto sucede cuando tiene que relacionarse con otras personas, esto es, cuando los individuos se unen y forman un todo que es la sociedad, en ese afán mediante la racionalidad democrática generamos leyes que mantienen una convivencia social en paz y respetando los mínimos fijados como son los derechos humanos.

De lo anterior, podemos inferir que todo lo obligatorio no es permitido en palabras de Bobbio, esto es, que la libertad democrática ensancha la esfera de la autodeterminación colectiva, con ello se eliminan las leyes que se pueden generar desde los individuos como propias sin ningún límite o sin esta regulación, es decir, que esta auto determinación se asocie a otras con lo cual originan el consentimiento tanto en la elaboración como en su obediencia de esas leyes colectivas que deben respetar los derechos reconocidos por la Constitución

Es por esa razón que Bobbio propone como un deber ser de construir una integración gradual de ambas libertades, en el primer caso el hombre puede decidir por sí solo, déjese a la libre determinación de su querer; allí donde sea necesaria una decisión colectiva, por otra parte, en el proceso democrático que tome parte de la elaboración de la ley, de modo que sea o aparezca también una libre determinación de su querer, siendo autor y destinatario de estas leyes que pueden restringir su libertad.

En este sentido cualquier restricción debe ser constitucionalmente prevista y desarrollada con reserva de ley. Nuestro ordenamiento jurídico prevé ciertas restricciones<sup>30</sup> a la libertad personal como la prisión preventiva, las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y la aprehensión en delito flagrante; la privación por deudas de alimentos<sup>31</sup> y la pena privativa de libertad cuando se encuentre culpable de un delito<sup>32</sup>; las medidas socioeducativas y de privación de libertad de adolescentes<sup>33</sup> estas restricciones son las que pueden infringirse al ciudadano mediante proceso con todas las garantías penales<sup>34</sup> y procesales<sup>35</sup>.

Las restricciones que a continuación constan en la Constitución, pueden ser infringidas al ser humano por el estado o por particulares, constituyendo delitos, ya que las conductas propuestas lo que hacen son afectaciones a la libertad que ha generado la tipificación de esas conductas, en la ley penal éstas son la desaparición forzosa de personas<sup>36</sup>; la privación de la libertad en las tratas de personas<sup>37</sup>, es por eso que su restricción no tiene un desarrollo procesal para justificarlas por ninguna naturaleza a diferencia de las que consta en el párrafo anterior.

Existen en nuestra legislación restricciones que no tienen justificación constitucional, como la investigación con fines investigativos, la aprehensión de quienes son partícipes de un accidente de tránsito que haya producido la muerte o lesiones mayores de 60 días, y lo más

---

<sup>30</sup> Artículo 76 numeral 3 y artículo 77 numeral 1 y 11 de la Constitución del Ecuador.

<sup>31</sup> Artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución del Ecuador.

<sup>32</sup> Artículo 76 numeral 3 artículo 77 numeral 12 de la Constitución, Art. 330 de la Código de la Niñez, que se prevé el internamiento provisional, cuando el adolescente mayor de 14 años es autor de violación, de plagio de personas, asesinato, robo con muerte.

<sup>33</sup> Artículo 77 numeral 12 de la Constitución.

<sup>34</sup> Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, traducción Ibañez, Terradillos, Valencia, Editorial Trotta, 2002, pp .93,97, 98

<sup>35</sup> Luigi Ferrajoli *Derecho y Razón*, op. cit. p.p. 93, 97,98.

<sup>36</sup> Artículo 66 numeral 3 literal c) de la Constitución del Ecuador.

<sup>37</sup> Artículo 66 numeral 29 literal b) de la Constitución del Ecuador.

sorprendente consta en el Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial<sup>38</sup>.

## 2. La libertad personal desde la filosofía andina.

Al iniciar nuestro trabajo, nos preguntamos ¿cómo se entiende la libertad personal y la privación de la libertad desde las dos culturas? En este punto de la investigación debemos contestarla y dar una breve explicación cómo la filosofía andina entiende la libertad dentro de su realidad. Antes de estudiar el tema propuesto haremos una propuesta de entender ¿qué es la comunidad indígena? ¿Cuáles son los principios éticos sociales que rigen a esa comunidad? ¿Qué son los derechos colectivos? Y por último la relación de los derechos colectivos con los derechos individuales. Estimo que es necesario hacer esta introducción con la finalidad de poder determinar de mejor manera el tema propuesto.

### 2.1. La comunidad indígena: como sujeto, principios éticos sociales comunitarios.

Considerar a la comunidad indígena como colectivo y sujeto de derechos colectivos<sup>39</sup>, hace que reciba la protección del derecho internacional de derechos humanos y con ello nazca esta categoría que es la comunidad indígena<sup>40</sup> como sujetos de *derechos colectivos*, pero, ¿qué significado tiene?, es el interrogante que debemos contestar en esta parte de la investigación.

<sup>38</sup>Artículo Reglamento de la Ley de Transporte

<sup>39</sup>La recuperación de la cultura andina, es la consecuencia de la lucha del movimiento indígena en las décadas de los años 70 y 80, generó discusiones a nivel internacional como a nivel interno, produjeron acuerdos y con ello una evolución normativa, la principal es considerar a los movimientos indígenas como sujeto de derecho, como manifiesta Esther Sánchez Botero, considera que en el momento que se discutió la reforma del Convenio 107 de 1957, por el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo 181, la conceptualización de “pueblo” fue el punto de partida para lograr ya no solo ser una realidad fáctica, sino como el reconocimiento de los derechos fundamentales con titularidad de derechos colectivos como producto de sus propias creaciones culturales, sociales, económicas. A nivel interno, el Congreso Nacional, en 1996 reformó el Art. 1 reconociendo la multiculturalidad. Las Constituciones del 1998 reconoció lo multiétnico, pluriculturalidad y plurinacionalidad, además, la constitución de 1998 solo reconocía sujetos de derechos a los pueblos indígenas, en cambio, la del 2008 reconoce la interculturalidad y la plurinacionalidad, así como sujetos a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas.

<sup>40</sup>Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*. op. cit. p. 188.

Antes de definir los derechos colectivos, estimo que es importante determinar lo que es una colectividad, ya que entendiendo esta realidad fáctica podemos comprender lo que es un derecho colectivo para posteriormente construir el objeto de la libertad dentro de esta filosofía.

Raúl Llasag<sup>41</sup> hace una diferencia de las colectividades que nuestra Constitución reconoce esta clase de derechos, que son: nacionalidad, pueblo, comunidad y comuna indígena.

“Nacionalidad indígena son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad.”

“Pueblo indígena son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica que forman parte de un nacionalidad.”

“Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia.”

“Comuna indígena es sinónimo de comunidad indígena. La denominación de comuna fue adoptado al interior del mundo indígena, a raíz de la vigencia de la Ley de Comunas dictada en 1937.”

---

<sup>41</sup> Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador*. op. cit. p.188. Artículo 57 Constitución del Ecuador.

Patricio Morales, agrega una categoría, pero que no es titular de derechos colectivos, por su propia forma y expresión política, y es la

organización comunitaria<sup>42</sup> es un grupo de individuos que dinamizan la capacidad organizativa de los seres humanos para resolver de manera comunitaria y colectiva las necesidades económicas y sociales, condiciones que motivan a desarrollar diferentes expresiones de supervivencia y autogestión. Ha permitido que los pueblos expresen sus propios pensamientos y propicien la resistencia y su reivindicación social.” Pero esta última no tiene los derechos colectivos ni es sujeto de derechos.

Hecha la distinción debemos comprender cómo se desenvuelven sus integrantes en especial el individuo. María Mercedes Lema<sup>43</sup> nos da su testimonio en la relación entre la comunidad como sujeto de derechos colectivos y el individuo:

el individuo está incluido es parte de la comunidad, por lo mismo en el momento en que se encuentra en esta relación debe precautelar los derechos individuales y colectivos, porque si este es afectado, el individuo estará incompleto, porque su yo está marcado por la existencia de ese colectivo, y aunque ese yo exista es solo temporal, lo contrario significaría el exterminio del pueblo y sus instituciones y de su propio ser, sería comparable con lo que sucede con un apátrida, no responde a nada en particular, sin embargo podrá escogerse a lo inmediato y conveniente, no posee referente histórico y social.

Nos sigue explicando:

El ser colectivo sin embargo en el caso de los pueblos indígenas no responde como podría pensarse a la mera suma de individualidades, el ser colectivo está vinculado por las relaciones históricas, por una visión del mundo, códigos culturales y formas de expresión particulares. Es decir subjetividades y elementos visiblemente y diferenciadores como el idioma, códigos sociales y de comportamiento, inclusive la forma de vestir y nociones de bienestar; estas no se asocian únicamente al momento de reclamar un derecho, viven permanentemente articuladas constituyendo el sujeto colectivo...Eso

---

<sup>42</sup>Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, Quito, edición CODENPE, 2007, p. 19.

<sup>43</sup>María Mercedes Lema, *Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador*, Quito, Editorial de la Corte Suprema de Justicia, Auspicio del Consejo de la Judicatura, primera edición, 2007,p.106. Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op.cit. pp.56,57,58. Hace un análisis desde la sociedad comprendida por Comte, Durkheim.

precisamente se evidencia en el ejercicio de la administración de justicia, las transgresiones, cuando el comportamiento de un individuo altera o pone en peligro la permanencia de la comunidad . Cuando esta transgresión es corregida mediante el restablecimiento del orden social colectivo, este sujeto vigila que la situación individual de uno de sus integrantes quede resuelta de manera que su situación sea un referente para la permanencia de la comunidad.

### Concluye la autora

Pero lo que hace la diferencia entre el sujeto colectivo denominado Comunidad Indígena es ese sentimiento de ligazón y pertenencia cultural, como particular condición que portan los individuos indígenas que constituyen Pueblos y Nacionalidades contemporáneos resultado de su continuidad histórica y que mantienen rasgos culturales diferenciadores a pesar del enorme impacto negativo de las políticas estatales que atentado contra su vigencia.

Para Estermann, la comunidad el ayllu es la célula de vida, pero también la base económica de subsistencia y de trueque interno. El runa se refiere a los miembros del ayllu por medio de la forma pronominal del sujeto exclusivo noqayku (nosotros), con lo que se denomina como sujeto colectivo, ya que su propia existencia depende de todos los demás<sup>44</sup> criterios éticos, sociales y comunitarios.

Este autor, fija principios éticos sociales andinos que tienen como punto de referencia los nexos naturales de la consanguinidad, de padrinzgo, del ayllu, por lo mismo se define con las categorías que tratan de aclararnos esta interpretación de la filosofía andina como es vivir en comunidad y estos son: reciprocidad, relacionalidad, complementariedad y correspondencia.<sup>45</sup> ¿Que es *la relacionalidad?*, parte que el hombre o runa es uno más en relación con la naturaleza que cumple una función como colaborador cósmico con una

---

<sup>44</sup> Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte*, op. cit. p.p.83, 84, 85.

<sup>45</sup>Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte*, op.cit. pp. 24,25. Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, op.cit, pp. 11-21. Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op.cit.. pp.216-223.

determinada función o tarea en el conjunto de relaciones<sup>46</sup> y con los demás seres, en ese sentido su comportamiento no es de dominación o sometimiento de los demás a su voluntad, sino que debe ser

el vínculo o interconexión entre todos los elementos que conforman la totalidad, los seres humanos que complementan, relacionan y autorregulan. Afirma la convivencia integral con el cosmos y con todas las variables (afectivas, ecológicas, éticas, estéticas, productivas, espirituales e intelectuales, etc.) que forman parte de él.<sup>47</sup>

Para Verónica Yuquilema, alumna de la Universidad de las Américas, quien realiza una investigación para su tesina de titulación sobre Justicia Indígena, sostiene sobre este principio

La vida para los andinos es entendida como una trama, todos estamos unidos en una red, estamos interconectados, de allí el kawsay que nos vincula con todo y con todos, el sujeto aislado no es posible de concebir. El runa andino es lo que es, desde el vínculo que le une a la naturaleza y a la comunidad, y es uno más cuando participa de las reuniones, de los trabajos comunitarios, de los problemas que se suscitan en ella; además de lo señalado lo más importante de formar parte del ayllu es ser un EJEMPLO para la generación que está creciendo, por tanto estas frente al cumplimiento de principios éticos sociales, éstos principios nacen de los nexos de consanguinidad, de padrinzagos y compadrazgos y del ayllu. En estas relaciones es de donde parte la concepción de justicia y de equilibrio, éste último es la base de lo que podemos llamar Justicia dentro de las comunidades.<sup>48</sup>

Cuando el hombre está incluido en la comunidad en esta relación debe respetar a todos los miembros en sus derechos individuales y colectivos.

¿Qué es la *correspondencia*<sup>49</sup>?

---

<sup>46</sup>Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte*, op.cit. p. 79. En este punto el autor explica en la nota es la función que este debe cumplir para que el orden cósmico se mantenga en equilibrio. En este sentido el ser humano no es un fin en si mismo...porque siempre forma parte del fin que es el orden cósmico total. Parafrasear a Kant, el cosmos sin ser humano es ciego y el ser humano sin cosmos es vacío ( un no ser).

<sup>47</sup>Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p.217.

<sup>48</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa).

<sup>49</sup> Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op.cit. p.217.



los distintos aspectos o componentes de la realidad se corresponden de una manera armoniosa. No se trata como bien lo dice Estermann, de una correlación análogo-proporcional o de un nexo causal, sino de nexos relacionales de tipo cualitativo, simbólico, deliberativo, ritual y afectivo. Apunta a la existencia de una red de relaciones, una correlación entre lo cósmico y lo humano y lo extrahumano; lo orgánico y lo inorgánico; la vida y la muerte, lo bueno y lo malo, lo divino y lo humano.

Es por eso que en el momento en que existe algo que altera esta correspondencia o armonía para el testimonio de Verónica Yuquilema se conoce como el “LLAKI” o en su antónimo castellano armonía, que nace de la relación cosmogónica entre el runa y la Pachamama, precisamente de la convivencia perfecta de éstos, es decir, que el uno le brinde lo que el otro necesita, esta comunicación implícita es el reflejo de lo que denominaríamos armonía, en el caso del ayllu análogamente es el equilibrio o kawsay con todos los seres de la comunidad, lo que implica también una aprobación de los actos u omisiones que éste realice dentro de la comunidad.

El llaki es un estado de incertidumbre y preocupación en que la comunidad se ve envuelta cuando existe un conflicto en que se ven afectados dos o más ayllu kuna, es por esto que para solucionarlo todos los miembros de la comunidad buscan los mejores medios y cada aporte es considerada como una posibilidad de retornar a la armonía, al equilibrio. El llaki es sentido de distintas formas, por ejemplo las mujeres con sus lamentos, los niños con sus inquietudes, los hombres con sus conversaciones sobre posibles soluciones y los más ancianos dando consejos fruto de experiencias vividas antes. En conjunto armar una respuesta saludable tanto para todos los vinculados en el conflicto (incluida la comunidad).<sup>50</sup>

Con lo anotado, para esta autora es notorio la relación estrecha entre la Pachamama, el ser humano y la sociedad comunitaria y precisamente de esta interrelación podemos aterrizar en ¿qué es entonces la justicia en el contexto andino? La justicia dentro de esta cosmovisión parte del concepto de equilibrio, es decir, el runa andino en su rol de chakana buscará siempre mantener el orden y armonía tanto entre runakuna como entre el runa y la pachamama.

---

<sup>50</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa) op. cit.

La *complementariedad*.<sup>51</sup> da especificidad a los dos anteriores. “Este principio afirma que ningún ente, acción u acontecimiento existe aislado o por sí mismo, sino que coexiste con su complemento específico. Eso quiere decir que no hay entes ni acontecimientos completos en sí. “cielo y tierra, sol y luna, claro oscuro, hombre y mujer.”

La complementariedad apuntala la presencia del otro, de opuestos que pueden ser al mismo tiempo complementarios y no necesariamente irreconocibles. Desde esta perspectiva, el ser humano sólo tiene sentido desde la dualidad complementaria; similarmente, el individuo autónomo y separado es un ente incompleto sin su complemento dentro de una totalidad social.

Y por último, *la reciprocidad o ayni*<sup>52</sup>, la autora citando a Estermann, este principio no sólo compete a las interrelaciones humanas sino a todo tipo de interacción. La reciprocidad brota de la búsqueda de un equilibrio contradictorio entre identidad y diferencia, entre las fuerzas antagónicas de homogenización, y de inclusión y exclusión.

Para Morales, esta reciprocidad<sup>53</sup> se da en todos los ámbitos de la comunidad, en sus relaciones familiares y sociales, en el momento en que hay que dar para recibir esto es eminentemente humano y segundo la reciprocidad permitió la unidad entre familias, comunidades y entre pueblos socialmente diversos. En ámbito de los saberes, la reciprocidad es el eje fundamental del inter aprendizaje entre el ser humano, la comunidad y la organización, ya que es colectiva y social.

Con estos criterios la Comunidad es un todo, en la cual el hombre nació en ella y es una persona más de ese todo, donde debe relacionarse con los demás que hacen parte de su vida, tiene que respetarlos sino existiría un vacío, ya que es importante cada uno de ellos para su existencia, esto hace que su comportamiento forme una armonía con cada uno de ellos,

---

<sup>51</sup> Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p.217, 218.

<sup>52</sup> Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit p. 218.

<sup>53</sup>Patricio Morales *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político*, op. cit. p. 8.

estas situaciones propias de la convivencia humana en comunidad dan origen a códigos culturales y sociales que producen en los miembros de esa agrupación humana un sentido de pertenencia, ligazón a esa comunidad.

Pero, vivir en comunidad no solo significa ese ligazón con la misma, sino que va más allá su relación con los demás entes que forman su cosmos o mundo, esto es, el sol, la tierra, la naturaleza, el aire, los animales todos son importantes para vivir en comunidad, por ello también debe respetarlos y aprender a convivir con ellos como uno más, buscando la armonía entre el runa y su cosmos esto es en busca del buen vivir o sumay kawsay.

## 2.2. Los derechos colectivos de las comunidades indígenas.

En esa lógica ¿cómo se pueden definir los derechos colectivos?, ya que se ha realizado una aproximación a la comunidad indígena como una totalidad justificando como sujeto de derechos colectivos.

Para Lourdes Tibán Guala<sup>54</sup> los derechos colectivos, tienen anclaje en la diversidad lingüística, la pluralidad jurídica, la diversidad cósmica, y cultural de los pueblos y nacionalidades y esto le brinda los elementos necesarios para constituir la construcción de los mismos.

En consecuencia Tibán cita a Will Kymlicka quien define los derechos colectivos a los derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos –quizá conflictivos- con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad<sup>55</sup>, (es decir que no son los derechos individuales sino los derechos ejercidos por las colectividades.)

La CONAEI define a los derechos colectivos como:

---

<sup>54</sup>Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, Quito, editorial Pacheco, 2010, p. 113.

<sup>55</sup> Will Kymlicka citado por Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional* op. cit. p. 114.

El conjunto de principios jurídicos, normas, prácticas y procedimientos que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para su libre determinación, reivindicados por éstos y reconocidos por el Estado; identificados y cohesionados entre sí, que tiene como característica fundamental el de ser pueblos milenarios asentados ancestralmente en una jurisdicción territorial geográfica determinada, que ejercen un sistema colectivo, social, económico, cultural, político, legal, religioso, idioma.<sup>56</sup>

Podemos tomar en cuenta los conceptos anteriores y relacionarlos con la posición de Jacob Levy.<sup>57</sup> Este autor ha elaborado una síntesis de los derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales. Se trata de una lista que comprende tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal y otras no.

Estos derechos colectivos son: las *exenciones* a las leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; (por ejemplo el no sacarse el sombrero y cortarse el guango o la trenza para los hombres Otavalos.); *Asistencia*: para llevar una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. De pedir subvenciones para difundir sus festivales tradicionales, su lengua. *Autogobierno*: en las cuales las propias comunidades eligen sus autoridades, en el Ecuador estas autoridades pueden ejercer jurisdicción en la justicia indígena<sup>58</sup>; *Reglas externas*, consisten en las restricciones de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. *Reglas internas*: que buscan normas hacia dentro del grupo para controlar la conducta de sus miembros; *Reconocimiento –obligatoriedad*: de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría; *Representación*: adecuada representación de las minorías en los grupos colegiados

---

<sup>56</sup>Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, op. cit. p. 114.

<sup>57</sup>Miguel Carbonell, *La Constitución en serio*; México, Ed. Porrúa-UNAM, 3era. Edición, 2005, p. 102.

<sup>58</sup>Artículo 171 de la Constitución del Ecuador.

de la mayoría. *Demandas simbólicas* que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad.

La Constitución del 2008 en el Capítulo IV Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, en especial en el artículo 57 hace una extensa cita de los derechos colectivos: Mantener desarrollar su identidad, sentido y pertenencia, tradiciones ancestrales y formas organizativas; no ser objeto de racismo o discriminación; conservar la propiedad de sus tierras colectivas; mantener la posesión de las tierras ancestrales: la consulta previa; conservar y promover sus prácticas en manejo de la biodiversidad; conservar y fomentar sus propias formas de convivencia y organización social; crear y desarrollar su derecho propio; no ser desplazados de sus tierras ancestrales; mantener y desarrollar conocimientos colectivos; mantener su patrimonio cultural; desarrollar la educación intercultural; mantener organizaciones que los representen; ser consultados por medidas legislativas que les puedan afectar; impulsar sus vestimentas; limitaciones de actividades militares.

2.3. Los derechos colectivos su relación con los derechos individuales y en especial con la libertad personal.

Una vez definidos los derechos colectivos, Lourdes Tibán<sup>59</sup> al tratar sobre los derechos individuales explica que le pertenecen al individuo como persona, por ejemplo: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, son los derechos que constituyen derechos humanos básicos para toda persona, independiente de su género, lengua, etnia o religión. Menciona que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a la comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

La Dra. Tibán, explica

---

<sup>59</sup>Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, op. cit. p. 116.

que cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con “derecho a esos derechos” y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo los derechos colectivos.<sup>60</sup>

Este pensamiento tiene su lógica, ya que los autores citados pertenecen a la CONAIE. Para Catherine Walsh, esta organización hace un modelo de *una interculturalidad crítica*, (a lo contrario que propone la FENOCIN que hace una intercultural funcional) por cuanto, parte de la autodeterminación, de la participación democrática plurinacional y de la interculturalidad como pueblos y por lo mismo el respeto a su cultura, economía, sistema jurídico, etc., pero pide que cuando se haga el diálogo se tome en cuenta este respeto y se discutan los puntos en los cuales se encuentran las dificultades en el diálogo para ir eliminando los formas de colonización y no solamente las culturales.<sup>61</sup>

Podemos, concluir de lo manifestado por Lourdes Tibán, que los derechos individuales son reconocidos también por las comunidades, en cuanto que ambos son importantes.

Pero, en opinión de la autora primero deben ser los derechos colectivos para fortalecer los individuales, por ejemplo: tengo mi idioma kiwcha si lo hago solo no voy a ser oído, pero si ese idioma está reconocido por la constitución como idioma para las relaciones interculturales, en primer lugar se fortalece el derecho colectivo de la identidad cultural y de idioma, luego el derecho individual de la libertad de expresión en mi propia lengua, otro caso sería el reconocimiento que cualquier hecho de índole penal deben ser informados en lengua materna, sino es nulo.

---

<sup>60</sup> Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, op. cit. p. 117.

<sup>61</sup> Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p.p. 83, 84, 85, 86, 87.

Ese reconocimiento de los derechos individuales por las comunidades titulares de derechos colectivos generan la interrogante: *¿cómo pueden coexistir ambos?*, Elisa Cruz Rueda, expresa que los

derechos individuales son reconocidos en su relación con la comunidad ya que esta es el ámbito físico de su ejercicio, (...) pero es ésta la unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad (...) El individuo es reconocido con derechos cuando cumple sus obligaciones frente a la comunidad a partir de normas –generalmente orales- conocidas y aceptadas pues emanan de acuerdo de asamblea y de la resolución de conflictos concretos<sup>62</sup>

En esta propuesta debemos retomar los criterios de Estermann, para explicar esta coexistencia. Partiendo del criterio de la complementariedad, tanto los derechos individuales como los colectivos deben existir no como contrarios o peor aún como contradictorios, sino como reconocidos y complementos entre sí, en busca de la armonía entre ambos ya que si partimos de la dualidad complementaria siempre existe un complemento para justificar su existencia, ya que por sí mismos no están completos, no pueden existir.

Así mismo en la relacionalidad tienen que convivir con sus semejantes y cada uno es importante en ese engranaje social y deben respetarlos como seres humanos, que son parte de esa comunidad, ya que si no lo respeta con la libertad estaría afectando a la comunidad, es decir, al todo.

Debemos tomar en cuenta la reciprocidad, si le doy mi libertad el otro me entrega su libertad como complementariedad y relacionalidad, para poder sostener las relaciones comunitarias y sociales.

---

<sup>62</sup> Elisa Cruz Rueda *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena, coordinadores Rudolf Huber, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosembert Ariza, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008, p. 39.*

Es decir, que de la explicación anterior, se infiere por una parte, que la libertad en concreto la libertad personal o física deben ser titulares todos y cada uno de los integrantes de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas con el respeto y reconocimiento en primer lugar de los derechos colectivos con el afán de fortalecer como tal para su interrelación con la cultura occidental.

Por otra parte, si se comprende a la libertad tanto liberal como democrática, se puede decir, que los miembros de las comunidades indígenas gozan de estas libertades, al momento en que pueden elegir su propio plan de vida, ya que tiene libertad de desarrollar su propia personalidad, cuando pueden estudiar cualquier profesión en cualquier universidad, o pueden escoger la actividad económica de su elección, pero siempre sosteniendo y profundizado su derecho colectivo a su identidad cultural, lingüística, de propiedad comunitaria, de solidaridad, de pensar en nosotros, es decir que pueden elegir y por lo tanto la comunidad como el Estado tiene que permanecer neutra ante esta libertad, pero siempre que esta libertad fortalezca los derechos colectivos en forma complementaria, de relacionalidad, reciprocidad y correspondencia.

La segunda libertad tiene mejor interés en la filosofía andina, tomando en cuenta que las decisiones se hacen con la presencia de toda la comunidad, el trabajo es comunitario, la elección de las autoridades es por diálogo y consensos de toda la comunidad, es decir, la gente participa como autor de las normas y decisiones y es destinatario en el cumplimiento de las mismas.

Por último, la libertad personal entendida con la propuesta en líneas anteriores deben tener igualmente las personas integrantes de las colectividades, de permanecer o no en un sitio, así mismo conforme a las decisiones de la comunidad debe cumplir con las actividades



propias de ella, como el trabajo comunitario (las minkas), asistir a las Asambleas de la comunidad.

Es decir que la libertad personal se desenvuelve en el interior de la comunidad indígena, tomando en cuenta la existencia del runa-hombre y los criterios propuesto por Estermann complementariedad, reciprocidad, relacionalidad y correspondencia, como sostuvimos anteriormente.

¿Cómo se puede interpretar el alcance y el sentido de las restricciones a la libertad personal o física en la comunidad indígena, tomando en cuenta que las mismas deben surgir de la propia Constitución? Este punto debemos tratar en el siguiente capítulo cuando hablemos de la pena privativa de libertad y en el subsiguiente cuando expliquemos los fines de la pena desde la interculturalidad.

## Capítulo II. La pena privativa de libertad.

### 1. La pena privativa de la libertad en la filosofía occidental.

Una vez analizada la construcción de la libertad y en especial de la libertad personal desde las dos filosofías anotadas, en este capítulo nos proponemos investigar ¿qué es la pena privativa de la libertad desde la filosofía occidental?, ¿existe o no pena privativa la libertad en la filosofía andina? Con las preguntas planteadas iremos dando respuesta, tomaremos como elementos de nuestra explicación *al tiempo, al espacio y al trabajo* como conceptos que podemos fijar en cada una de las dos culturas. Durante el desarrollo explicaremos como se han justificado o si se pueden sustentar en cada una de estas categorías desde la interculturalidad.

Para cumplir la propuesta anterior, seguiremos en el marco normativo de la Constitución, por lo cual el Estado frente a los ciudadanos tiene competencias y límites, éstos a su vez tienen derechos y garantías. Por la influencia de la teoría neo constitucionalista o garantista, que tiene varios exponentes entre ellos a Luigi Ferrajoli<sup>63</sup>, debemos hacer el análisis de esta institución jurídica para determinar el alcance de la pena como expresión de la violencia estatal, la teoría de este autor italiano explica que su teoría tiene tres acepciones: a.) es un modelo normativo de Derecho; b) es una teoría del derecho y su crítica; y, c.) finalmente es una filosofía del derecho. El primero tiene tres puntos desde lo epistemológico, político y jurídico.

1. Desde el punto de vista *epistemológico*, hace referencia a dos tipos de procesos penales: garantista y decisionista. El primero se justifica cómo se debe construir la verdad, si

---

<sup>63</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Qué es el Garantismo?, capítulo 13, op. cit. p. 851. Además se debe dar lectura al Capítulo 1 se explica en forma detallada el proceso epistemológico y la aparición de los procesos penales, p.p.33-66.

la verdad es relativa o aproximativa o procesal, conjuntamente dentro del proceso el rol que tiene el Juez. Lo anterior se convierte en los fundamentos de este modelo.

2. La segunda condición, desde el *punto de vista político*, tiene relación con la premisa: menos violencia más libertad.

Se refleja desde la política criminal con la utilización del poder del estado de sancionar; se utiliza al derecho penal, que es la expresión violenta del derecho, pero esta que debe ser mínima y solo actuar cuando: a. Se determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b. Se describa las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c. Las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d. Debe existir un proceso penal que cumpla con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Es decir, en la mínima intervención estatal se privilegia la libertad y no la violencia estatal que se expresa a través de la pena, esto en palabras de maestro italiano cuando se refiere al control social<sup>64</sup> a través del derecho penal.

Nuestra constitución ha trazado en forma clara privilegiar la libertad del ciudadano, por una parte, cuando ha determinado la ética laica<sup>65</sup> como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano y como deber jurídico que tienen las autoridades al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectar la misma<sup>66</sup>, y por otra parte, en el caso de

---

<sup>64</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op.cit., p. 338.

<sup>65</sup> Constitución del Ecuador Art. 3 (4).

<sup>66</sup> Constitución del Ecuador Artículos 3 (1), 84.

afectar la libertad ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia<sup>67</sup>.

3. El tercer *punto: el jurídico*, es la utilización de las garantías<sup>68</sup> que se convierten en verdaderas herramientas jurídicas para evitar, cesar o sancionar la violación de un derecho reconocido por la Constitución o para corregir los excesos del poder. Las garantías son normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

Con esta breve introducción, que he considerado necesaria, podemos entender esta mínima intervención estatal con el tema propuesto en esta parte de la investigación que nos ayudará a contestar las preguntas propuestas.

*¿Qué es la pena privativa de la libertad?* En este punto de la explicación, no es relevante si la pena tiene un fin de reprobación o de comunicación, nos interesa el concepto de la pena, es decir, el ser de la misma, posteriormente trataremos las funciones y el fin de la pena.

Para trabajar en el primer tema podemos citar a Bernardo Feijoo Sánchez, quien considera en su obra que

La pena ha sido sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico, lo decisivo es que se trata de algo doloroso o desagradable tanto para quien recibe como para quien impone<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Constitución del Ecuador, Artículo, 76, 77 (1), 86; Código de Procedimiento Penal Artículo 160 en esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad.

<sup>68</sup> Constitución del Ecuador Artículos 84,85, 86.

<sup>69</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial IBdef, 2007, p.p.45,46.

En *primer lugar*, este concepto considera como elemento principal que la pena debe ser impuesta o aplicada por la autoridad estatal, con ello se eliminan las ideas privadas del delito y de las penas, como son la venganza y compensación entre las partes. La aparición estatal elimina la violencia privada e instaura la violencia legitimada estatal, a través de las instituciones creadas para ese efecto, como son la Función Judicial, la Fiscalía y la Policía.

En esa lógica se infiere que el Estado debe regirse por el principio de estricta legalidad, así en el primer axioma “Nulla poena sine crimine” que se refiere al principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito, y por el principio de legalidad amplio y estricto que corresponde al segundo axioma que es “Nullum crimine sine lege”<sup>70</sup>, tiene íntima relación con las normas Constitucionales del debido proceso<sup>71</sup>.

Con estos axiomas y la formalización de la pena se garantiza el respeto de la persona, eliminando toda pena infamante o controles sociales informales.<sup>72</sup> Para concluir esta parte, el estado en este marco debe imponer una pena proporcionada por el hecho.

En *segundo lugar*, Bernardo Feijoo Sánchez, sostiene que toda pena tiene implícita la retribución, ya que es una reacción que el Estado impone por una acción contraria a la norma penal y que es rechazada por la sociedad, es decir, la retribución “esa es su esencia”<sup>73</sup>, o en las palabras de Feijoo Sánchez, “Con la pena, un ente colectivo impone un mal a una persona que ha realizado un hecho que para ese colectivo resulta perturbador o negativo”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 93.

<sup>71</sup> Constitución del Ecuador Artículos 76 (2) y (3), 132 (2)

<sup>72</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 340.

<sup>73</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría*, op. cit. p. 48.

<sup>74</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría*, op. cit. p. 49.

En ese mismo sentido, Feijoo Sánchez cita a Neumann “el momento reactivo de la pena es constitutivo no sólo para las teorías retributivas de la pena, sino para todas las construcciones que pretendan formular una teoría de la pena.”<sup>75</sup>

En el Ecuador, si seguimos las penas previstas en el Código Penal, son penas retributivas, unas privativas de libertad y privativas de derechos.<sup>76</sup> Los fines son determinados en la Constitución.<sup>77</sup>

Esto quiere decir, que no tiene nada que ver con la finalidad de la pena, sino solo con la conceptualización de la misma, ya que

la retribución es el elemento diferenciador de la pena con otras consecuencias o sanciones penales o consecuencias de tipo punitivo. La justificación de un mal por su conexión con un reproche o desvalor por un hecho que ha sucedido solo ocurre con la pena...Una teoría que no tenga en cuenta dicho contenido retributivo será una teoría sobre alguna forma de control social, pero no sobre la pena. La pena es un mal impuesto a un autor (sujeto pasivo) como retribución de su hecho. Ello sólo se puede hacer en las sociedades modernas por parte del Estado (sujeto activo) mediante una condena a través de un procedimiento público.<sup>78</sup>

Ferrajoli, acepta la retribución como diferenciador de las demás sanciones penales, pero considera a la prevención como su construcción, además, conceptualiza a la misma desde el principio de culpabilidad, en el cual se produce el reproche por la conducta que se materializó en la realidad y que produjo el daño a un bien jurídico provocando el injusto, esto sostiene y se infiere de los axiomas que fueron anotados en líneas anteriores.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría*, op. cit. p. 49.

<sup>76</sup> Código Penal Artículo 51.

<sup>77</sup> Constitución del Ecuador Artículo 201.

<sup>78</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría*, op. cit. pp. 50,51.

<sup>79</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 487-493.

En lo que no está de acuerdo el maestro italiano es con la concepción de la retribución como medida, que Kant hace al referirse a “la ley del talión<sup>80</sup>, ya que este autor considera que provoca la presencia del derecho penal máximo. Pero, Feijoo Sánchez expresa que aquí Ferrajoli<sup>81</sup> comete un error en la interpretación, ya que esta ley es un forma mecanicista o mágica de entender la retribución, pero Kant jamás puede sostener que la retribución es algo mágico, sino mas bien se debe partir de considerar como una medida de la pena que deber ser igual al delito para ser justa.

El delincuente se merece el mismo mal que ha causado. Como punto de partida Kant de su argumentación es que la pena no puede ser vista desde la visión utilitarista, ya que critica esta posición, por su propia máxima de que el ser humano no puede ser considerado como objeto o instrumento sino como un fin en si mismo, ya que el delincuente tiene que ser encontrado digno de castigo antes de que se piense que de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos, la ley penal es un imperativo categórico.<sup>82</sup>

Desde una visión sociológica la retribución de la pena es vista como comunicación, Ana Messuti considera que,

la pena es un ejemplo de mala conciencia...es natural que el hacer un mal al prójimo despierte un sentimiento de culpa, por lo tanto la necesidad de explicar porque se actuó de ese modo.” Esta autora cita a Benveniste y dice que el origen de la pena en griego significa exactamente al significado de venganza, odio: la retribución destinada a compensar un crimen, la expiación de sangre, por ello se semeja a venganza, se considera como retribución.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 388,389.

<sup>81</sup> Luigi Ferrajoli citado por Feijoo Sánchez, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 257, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría* op. cit. pp. 70,71. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. p.388

<sup>82</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría* op. cit. pp. 72 ,73.

<sup>83</sup> Ana Messuti, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Editorial Calle Campomanes, 2001, p.15.

Para esta autora la retribución tiene importancia fundamental para la vida social, porque

responde a la estructura del intercambio, sin el cual la vida social no existiría. Cada prestación da lugar a una contraprestación. Si se acepta con la naturalidad que una prestación positiva da lugar a una contraprestación positiva, también se puede aceptar que una prestación negativa da lugar a una contraprestación negativa...Dar y recibir se suceden armónicamente en la vida social y jurídica también, esta reciprocidad de las prestaciones es tan indisoluble de la vida social que la misma palabra comunidad la comprende, ...se tiene un deber de dar en la medida que se recibe y los que participan en este dar y recibir forman parte de la comunidad<sup>84</sup>

Sea la concepción filosófica como sociológica la retribución, es parte esencial de la pena en el derecho penal, como mencionan todos los autores citados, si la persona actúa en contra de la norma debe recibir por esa acción negativa una acción negativa por parte de la sociedad representada por el Estado.

Existen varias clases de retribución, explica Bernardo Feijoo Sánchez, se puede interpretar dependiendo de la perspectiva que se adopte, si es de la víctima (retribución subjetiva-venganza) si es del autor (expiación) si es desde la perspectiva intersubjetiva o social (retribución objetiva o jurídica).<sup>85</sup>

En *tercer lugar*, la pena comprende la *privación de derechos*. El cambio de la concepción en este proceso es comprender que la violencia extrema como castigo no se podía considerar como solución y por ello fueron creándose nuevas formas para “humanizar la pena”, como son las prisiones, el trabajo y el tiempo, es decir, en esta parte de la investigación explicaremos en relación al lugar, al tiempo y al trabajo.

---

<sup>84</sup>Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.15

<sup>85</sup>Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría*, op. cit. p. 50.



Pero, ¿cómo llegó a este punto el derecho penal? Ferrajoli en su obra “Derecho y Razón”, hace una extensa explicación del proceso, se genera por la presencia de controles sociales informales, por lo tanto, las penas eran infamantes (el castigo en público, la argolla, la marca, los azotes, las mutilaciones y los suplicios) y aflictivas tanto físicas y que luego fueron psicológicas (de la sensibilidad de quien las padece y la ferocidad de quien las impone y ejecuta),<sup>86</sup> es por eso que

la historia de las penas es sin duda mas horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadada y quizá mas numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido producidas por las penas, la violencia del delito es ocasional e impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno<sup>87</sup>

Estas penas violentas describe Ferrajoli, se dieron desde Egipto a Asiria, pasaron por el Imperio Romano, así tenemos

las ejecuciones capitales como el ahogamiento, asfixia en el fango, la lapidación, el desmembramiento, la quema en vivo, la caldera, la parrilla, el empalamiento, el emparedamiento, la muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido, en el ordenamiento tardo medievales que afligen a Europa; las hogueras levantadas contra los herejes, las brujas por la intolerancia y la superstición religiosa, las torturas, las horcas y los suplicios.<sup>88</sup>

La pena de muerte<sup>89</sup> era la principal, además el castigo era público y se ejercía directamente en el cuerpo del sentenciado, por esa razón para Foucault el antiguo régimen “ el cuerpo de los condenados pasaba a ser la cosa del rey, sobre la cual el soberano imprimía su

<sup>86</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 388.

<sup>87</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 385, 386.

<sup>88</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 386.

<sup>89</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 386. Nota 87 Francesco Carrara recuerda que en Francia había cinco maneras distintas de darle muerte al condenado 1) el fuego para los delitos de lesa majestad divina; 2) el descuartizamiento por medio de cuatro caballos, para d. de lesa majestad humana; 3) la decapitación por delitos comunes si era noble; 4) La horca, si era plebeyo; 5) la rueda, por robos con violencia en las vías publicas.

marca y dejaba caer los efectos de su poder”<sup>90</sup>, por eso se justifica la humillación y la estigmatización era la practica cotidiana, el no respeto a la dignidad del ser humano, por lo que existía una medida desproporcionada entre el delito y la pena<sup>91</sup>.

Las penas que privaban derechos patrimoniales eran infamantes como explica Ferrajoli, privaban la capacidad de obrar y de cambiar, la pérdida de un estatus o derechos civiles singulares, la entrega de ganado, la confiscación en el derecho romano como pena accesoria.

Ante esta extrema violencia penal se propone un sistema reformador (ilustración) dice Ferrajoli citando a Locke quien escribió, el Estado moderno nació para la protección de los derechos como la libertad, propiedad y la vida, es por ello este nuevo sistema se justifica cuando se comete un delito y de acuerdo con su gravedad se pueda privar de los derechos, es por ello que la pena de muerte es la privación de la vida; la privación de la libertad es de la libertad, y la privación de la propiedad con multas afectan el derecho a la propiedad.<sup>92</sup>

Con la concepción moderna de la pena<sup>93</sup> comienza a abolirse la pena de muerte como pena principal del Derecho Penal.<sup>94</sup> Es por ello que la ilustración surgió como crítica al modelo existente, hizo una propuesta que provocó la humanización de las penas, como revolución burguesa como ideología, fue también cultural es una revolución de la belleza y de la estética, en consecuencia los castigos o penas no debían ser públicos, no debían ser sobre el

---

<sup>90</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, México, editorial Siglo XXI editores, reimpresión de la versión español, 2005, p.112.

<sup>91</sup>El Ecuador castigaba con la pena de muerte al reincidente Código Penal de 1871.

<sup>92</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 390.

<sup>93</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 391.

<sup>94</sup>Constitución de 1897, Capítulo IV De las Garantías, Art. 14 Queda abolida la pena de muerte por infracciones políticas y comunes. Citado por Jorge Hugo Rengel Valdivieso. *Análisis y Comentarios para el estudio del Código Penal Ecuatoriano*, Loja, Editorial SEDAB, 2004, p.263.

cuerpo del sentenciado, la sangre no se podía derramar en la plaza pública,<sup>95</sup> todos convergen en sostener que debe haber una justa retribución, la intimidación, la defensa social, la idea de la sociedad como organismo que debe amputar el órgano infectado<sup>96</sup>, sigue la crítica a la pena de muerte, a pesar de que en la Revolución Francesa esa fue la principal pena<sup>97</sup>.

El cambio de la pena a privación de derechos, se produce, dice Ferrajoli al citar a Diderot<sup>98</sup>, cuando existe la crítica negando la reacción natural de la pena y el delito, permite sostener que es el punto de partida de la concepción moderna de la pena<sup>99</sup> *como pena abstracta e igualitaria*, como tal cuantificable y medida, es aquí cuando se formalizan y tipifican legalmente las penas, ya no son aflicciones físicas, sino son consideradas privaciones de derechos, pero para Ferrajoli son penas de aflicción psicológicas, pero se convierten en sistema de control social formal no como había expresado el autor citado era un sistema de control informal.

En que consiste este control social<sup>100</sup> formal, en primer lugar es un sistema jerarquizado y de dominación por parte del Estado, actualmente respetando los derechos y con garantías para el sujeto de derechos tanto libre como privado de su libertad. Este proceso de control social formal tiene a más de la aportación explicada lo que nos explica Foucault que los suplicios había que eliminarlos e implementar un sistema que

No se opone ya lo atroz a lo atroz en una justa de poder; no es ya la simetría de la venganza, es la transparencia del signo a lo que significa; se quiere establecer, en el teatro de los castigos, una

<sup>95</sup> José Perogaro anotaciones de clases Maestría Derecho Penal, Universidad Central del Ecuador, año 2008.

<sup>96</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 390.

<sup>97</sup> Se utilizó la guillotina para decapitar a los nobles o reyes.

<sup>98</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 390.

<sup>99</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 396, el autor explica cuales son los rasgos de la pena moderna que son la igualdad, legalidad y el carácter privativo de la pena.

<sup>100</sup> Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, editorial Puerto, 1era reimpresión, 2006, pp. 247-268.

relación inmediatamente inteligible a los sentidos y que pueda dar lugar a un cálculo simple. Una especie de estética razonable de la pena<sup>101</sup>

El autor francés citando a Lacretelle, que este sistema lo que pretendía era eliminar el móvil que anima la representación del delito, quitarle toda fuerza al interés que lo ha hecho nacer: Tras los delitos de vagancia esta la pereza; ésta es la que hay que combatir. Nada se logra encerrar a los mendigos en prisiones que parecen cloacas, habrá que mejor hacerlos trabajar Utilizarlos es el mejor medio de castigarlos<sup>102</sup>

Este cambio se produce cuando se considera la “pena es una mecanismo de los signos, de los intereses y de la duración. Pero el culpable no es más que uno de los blancos del castigo”<sup>103</sup> es así que se va cumpliendo este cambio reformador de la privación de derechos. Por eso menciona el maestro francés que los reformadores habían explicado que el antiguo régimen el rey se apropiaba del cuerpo del sentenciado ahora es un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil. *El trabajo* público quiere decir dos cosas: “interés colectivo en la pena del condenado y carácter visible, controlable del castigo. Así el culpable paga dos veces: por el trabajo que suministra y por los signos que produce. En el corazón de la sociedad, en medio de las plazas públicas o el camino real, el condenado es un foco de provechos y de significados”.<sup>104</sup>

La finalidad de esta pena era crear un nueva multitud de obreros nuevos que no le representen al Estado egresos, al mismo tiempo se conseguiría que el pobre y perezoso se convierta en útil para él y para la sociedad, con ello se reduciría los delitos contra la propiedad y se redefine para Foucault el concepto de homo económico, ya que penas breves no es

<sup>101</sup>Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.110.

<sup>102</sup> P.L de Lacretelle citado por Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit. p.110

<sup>103</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.112.

<sup>104</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.113.

necesario un castigo porque no crear el espíritu del trabajo y la perpetuidad genera desesperación.<sup>105</sup>

Esta pena tanto de privación de libertad como de brindarle trabajo se transforma como un signo y símbolo, dentro de este sistema se transforma también en considerar la forma abstracta y de igualdad de la pena con la concepción de *las prisiones incluido el trabajo*,<sup>106</sup> Ferrajoli dice que nace como forma de privación de la libertad personal, en la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la Iglesia católica con las decretales de Inocencio III y de Bonifacio VIII, a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales<sup>107</sup> cuando se ha cometido el pecado.

No debemos olvidarnos la concepción de la cárcel en los Estados Unidos de Norte América con orientación de la filosofía utilitarista de Jeremías Bentham se creó el sistema del panóptico<sup>108</sup>, en el cual con pocos recursos (menos costos) una sola persona podía vigilar a varios y por lo mismo ayudaba tener mayores beneficios, la arquitectura de la época ayudó a diseñar todo en base a esta ideología. Además esta “maquinaria de hacer experiencias, modificar el comportamiento, de encauzar o reducir la conducta de los individuos.”<sup>109</sup> Con ello ayudaron al perfeccionamiento del sistema reformador que hace las prisiones para Foucault<sup>110</sup>, sean lugares que deben encargarse de todo del detenido, esto implica varios aspectos como: 1) el aislamiento del individuo con la sociedad y con los compañeros de prisión, 2) al mismo tiempo existe el trabajo considerando como un acompañante necesario,

---

<sup>105</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.126, 127.

<sup>106</sup> Gustave de Beaumont y Alexis de Tocqueville *El sistema penitenciario en Estados Unidos*, Emilio Santoro editor, *Cárcel y sociedad liberal*, Bogotá, editorial Temis, 2008, p. 189.

<sup>107</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 391.

<sup>108</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.199 y ss. Ecuador adoptó este sistema Penal García Moreno

<sup>109</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., p.207.

<sup>110</sup> Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*, op.cit., pp. 233-260.

ya que le dan hábitos de orden y obediencia, de diligencia, de reflexión. 3) debe ser un instrumento de modulación de la pena. La longitud de la pena no debe ser medida con el tiempo de la sentencia sino debe ajustarse a la transformación “útil” del recluso en el curso de su pena.

Ana Messuti, con su estudio nos ayuda apoyar nuestra propuesta, del estudio de la pena desde su relación con el lugar, tiempo y trabajo, explica citando a Durkheim, que las prisiones son

el lugar que se destinaba a las prisiones, cuya presencia se relaciona con la aparición de ciertas condiciones que permitían la existencia de establecimientos públicos con espacio suficiente, militarmente ocupados, organizado de un modo concebido para impedir la comunicación con el mundo exterior.<sup>111</sup>

Es así que las prisiones existió en la antigüedad, menciona en Jerusalén hubo tres prisiones: una en la puerta de Benjamín, otra en el palacio del rey y otra en la casa de un funcionario público; lo mismo sucedió en Roma se encontraron en la fortaleza real. En Grecia, Platón menciona que existirán tres prisiones: una en la plaza publica, común a la mayoría de los delincuentes que asegurará la guardia de sus personas; la segunda, en el lugar de reunión del consejo nocturno, que se llamará casa de corrección o reformatorio; y, por último en el centro del país en el lugar más desierto y más agreste posible, tendrá un nombre que indique su carácter punitivo, en éste se ubicaron por la gravedad del delito, estas estaban destinadas a los considerados como bestias feroces.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup>Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.22.

<sup>112</sup>Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, pp.22, 23.

En este contexto podemos ver que el concepto esencial de la prisión fue la exclusión de las personas, que según la época ha provocado el caos (ausencia total de norma) y como consecuencia la alteración social.

Por lo mismo, se construyen lugares que deben utilizar muros para cumplir con este alejamiento de la sociedad y provocar su incomunicación social, los muros dividen para Ana Messuti el cosmos del caos. Con esa diferencia, el cosmos (orden natural) recupera su armonía al expulsar al caos, construido para quienes quieren vivir en ese desorden, pero con reglas más rigurosas que en el orden social. Esos muros separan a los inocentes de los que no son.<sup>113</sup> En el momento, que el delincuente ha cometido el hecho esta interrumpiendo la comunicación social por lo mismo hay que interrumpir la comunicación de éste con la sociedad por eso la existencia de la prisión.<sup>114</sup>

Es ‘por eso que en el sistema penitenciario de los Estados Unidos, que fue estudiado por Gustave de Beaumont y Alexis de Tocqueville, expresaban que el aislamiento era la forma de expresar el castigo, pero para estos autores era un sistema incompleto por cuanto el aislamiento que existía lo que hacía que el ser humano se excluya de sus relaciones sociales tanto internas como externas lo cual era perjudicial, por lo que se dieron cuenta que debían existir comunicación o relación social, pero solamente para realizar trabajos pero sin comunicación entre ellos, solamente los guardias debían comunicarse.<sup>115</sup>

Otro motivo para la creación de la cárcel, cuando se considera que la tolerancia en coexistir con la persona-delincuente, podría interpretarse como una aceptación social del

---

<sup>113</sup> Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.26.

<sup>114</sup> Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.27.

<sup>115</sup> Gustave de Beaumont y Alexis de Tocqueville *El sistema penitenciario en Estados Unidos*, Emilio Santoro editor, *Cárcel y sociedad liberal*, p. 189 y ss.

hecho<sup>116</sup>, que provocaría convertirse en una complicidad social con el sospechoso autor de esos actos. Es así como la historia humana hace que busquemos siempre alguien culpable y los excluyamos para no hacernos sentir cómplices de hechos que no los consideramos autores, esto por la misma concepción individual de la sociedad y por la intervención religiosa.

En cuanto a la segunda, la pena en relación con el tiempo, manifiesta citando a Foucault, que tomando desde el punto de vista económico en las sociedades industriales en la que vivimos aparece como una reparación al momento que la sociedad hace una apropiación del tiempo del condenado.<sup>117</sup>

Se considera que éste ha interrumpido el tiempo de la víctima y de la sociedad, es por ello que en la concepción del tiempo en la filosofía occidental, es lineal, progresivo y cuantificable<sup>118</sup>, es decir, que el tiempo transcurre y lo que ha pasado constituye ya no el presente sino el pasado de la vida en sociedad, en cuanto a los que se encuentran atrás deben igualarse con los que están adelante; es por ello, que esta interrupción provoca un quiebre, por lo mismo se debe apropiarse de dicho tiempo e inmovilizar el tiempo de la pena cuando se lo priva de la libertad y se lo excluye en la prisión.

Ferrajoli es crítico, con la pena privativa de la libertad, primero, por su propia teoría garantista desde su acepción normativa política, en esa lógica crítica la separación del individuo en la cárcel por tiempos prolongados, por cuanto considera que es

antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extrajudicial al menos en parte, lesiva en la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por ello propone una drástica reducción de la pena tanto mínima como máxima, de la pena de privación de la libertad, institución cada día más carente de sentido por

---

<sup>116</sup>Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.26.

<sup>117</sup>Ana Messuti, *El tiempo como pena*, op. cit, p.21.

<sup>118</sup>Josef Estermann, *Si el Su fuera el Norte*, op. cit. p.123



cuanto produce altos coste de sufrimiento y de no beneficio para nadie. Por ello propone las medidas alternativas han producido un reducción de las personas en las cárceles.<sup>119</sup>

Segundo, por el fracaso de la cárcel como elemento de eficacia disuasoria y estigmatizante no se compara con lo que produce en la sociedad actual los medios de comunicación social, el proceso penal y la condena pública.<sup>120</sup>

Propone como superación, la proporcionalidad de las penas, la que debe responder a la reducción de las penas y de los sufrimientos innecesarios que producen las penas privativas de libertad, cambiar por la flexibilización de las mismas cuando debe fomentarse hacia la sustitución con medidas alternativas, la eliminación de las penas pecuniarias y de las penas privativas de derechos.<sup>121</sup> Y además, que la pena deber ser preventiva de delitos. Por lo que este autor italiano pretende eliminar a la prisión pero no a la pena.

En esta parte debemos ver que fines tuvo y tiene la pena en su construcción, para ello tomaremos brevemente las diversas posiciones mas importantes sobre el tema.

a. La teoría absoluta de la pena:

a.1. Teoría de la expiación. La autora Carina Laurati, sostiene que a diferencia de la retribución que “no es una restitución del orden correcto, esta es la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento que quebranto, en definitiva con la comunidad”<sup>122</sup>. Esta autora cita a Arthur Kaufmann “ el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad personal”<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., p 413.

<sup>120</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 414.

<sup>121</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 414-417.

<sup>122</sup>Carina Lurati, *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, Santa Fe, editorial Rubinzal Culzoni, colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, 1era edición, 2008, p.40.

<sup>123</sup> Arthur Kufman citado por Carina Lurati, *El sistema de pena única en el Código Penal*, op. cit. p. 40.

Es un tratamiento del alma frente al pecado, como dice Camilo Tale citando a Santo Tomás de Aquino, la pena tiene fines “medicinales”, el padre de la iglesia consideraba que la pena tiene dos finalidades la primera terapéutica para el infractor, por cuanto busca el mejoramiento interior de la persona o fin de corrección interior y también la sanación de su culpa o expiación subjetiva, y, a la segunda medicina preventiva, es la evitación de que se vuelva a cometer nuevos delitos el mismo infractor u otros hombres<sup>124</sup>, con ello tiene un fin pedagógico y de mantener la paz social.

a.2. Teoría retributiva. Como lo sostiene la autora citada es la restitución del orden correcto, no tiene ningún fin sino que tiene un valor por si, el que ocasiona un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho, con ello el mal que ocasiona a la sociedad se restablece con la imposición de la pena.

Uno de los mayores exponentes de esta teoría es Kant, parte de que el hombre no puede ser considerado instrumento, es decir, cosa u objeto con el fin de buscar algo socialmente útil. Esto es, el ser humano debe ser tratado como un fin en si mismo es y debe ser respetado como tal, por lo mismo ser el fin de todo y no el medio. Kant critica a cualquier construcción que sea contrario en especial a la teoría de la prevención. Es por ello que al momento en que violenta el ser humano con su conducta en su condición de sujeto libre, el derecho penal que se constituye en un imperativo categórico a cumplirse, este debe ser imputado y responder moralmente declarándolo culpable del hecho.

Otro defensor de esta teoría es Hegel, pero hace una construcción contraria a la de Kant, en la cual si el Estado es todo las normas penales que son violentada deben ser restablecidas con la imposición de una pena con el fin de restablecer la vigencia de esas

---

<sup>124</sup> Tomás de Aquino citado por Camilo Tale, *Fines de la Pena Abolicionismo impunidad*, Buenos Aires, editorial Catedra Jurídica, 2010, p.35, 36 explica cuales son lo fines de la pena medicinal en forma extensa.

normas para que sigan siendo cumplidas en forma imperativa por los demás miembros del Estado.

b. Las teorías relativas de la pena.

b.1. Teoría de la prevención general negativa. “El fin de la pena es la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación”.<sup>125</sup>

b.2. Teoría de la prevención general positiva. “Se trata de una prevención del delito de futuro por medio de un efecto aprendizaje motivado de forma pedagógico-social, un aprendizaje que no se transmite y adquiere a través del temor, sino un tomar consciencia de los valores éticos de la convicción jurídica, o del ejercicio del reconocimiento de la norma.”<sup>126</sup>

b.3. Teoría de la prevención especial. “Plantea la misión de hacer desistir al autor de futuros delitos. El fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual.”<sup>127</sup>

b.3.1. Teoría de la prevención especial positiva. En esta teoría es que el delincuente sienta ser capaz de corregirse y necesitado de corrección, con ello se lo puede resocializar y reinsertarse en la sociedad nuevamente, pero el que no quiera se debe intimidarlo y en el caso de carece de capacidad de corrección practicar la inocuización.<sup>128</sup>

b.3.2. Teoría de la prevención especial negativa. Tiene su fundamento en la defensa social, por ello su fin es no para mejorar a la persona criminalizada sino neutralizarla los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social.

---

<sup>125</sup> Carina Lurati, *El sistema de pena única en el Código Penal*, op. cit. p. 50.

<sup>126</sup> Carina Lurati, *El sistema de pena única en el Código Penal*, op. cit. p. 55.

<sup>127</sup> Carina Lurati, *El sistema de pena única en el Código Penal*, op. cit. p. 58.

<sup>128</sup> Franz Von Liszt citado por Carina Lurati *El sistema de pena única en el Código Penal*, op. cit. p. 60.

b.3.3. Teoría de la Unión dialéctica. Es la que une a todas las teorías en los tres escalones de esta es la propuesta de Roxin, que la primera se produce la prevención general en cuanto el legislador al tipificar conductas e imponer penas está enviando mensajes preventivos a la sociedad que se abstenga de cometer delito. El segundo es totalmente retributivo cuando el juez impone la pena producto de un proceso penal y con la determinación de la culpabilidad por lo mismo debe responder por el delito cometido. Y por último el de la prevención dirigido al sentenciado en cuanto se debe abstener de cometer delito pero expresando con su libertad la de tener la capacidad de corregirse y por lo mismo resocializarse con la interiorización nuevamente de la norma.

b.4. teorías de la prevención en Ferrajoli, este autor italiano propone como fines de la pena que debe ser solo preventiva de delitos y de penas arbitrarias y desproporcionadas, tomando en cuenta que su teoría al ser garantista los derechos fundamentales del individuo deben ser tutelados por el Estado a pesar de que entran en conflictos con otros intereses que es de la sociedad, ya que el mismo hecho de la mínima intervención del estado en implementar la violencia a través del derecho penal y con la pena privativa de la libertad hace que tenga otro fin, en forma de complemento a la primera es que en cumplimiento del principio de estricta legalidad ver si existe o no la necesidad de implementar una pena para ese delito, sino más bien de flexibilizar las mismas.<sup>129</sup>

2. ¿Existe la pena privativa de la libertad personal en la filosofía andina?

Cuando el Ecuador se declaró como un estado plurinacional e intercultural, hizo que se genere una crisis en la monocultura reflejada en todo el pensamiento existente en el Ecuador antes de 1998, a partir de esa Constitución se reconoció la justicia indígena, una forma de

---

<sup>129</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. pp. 334, 335, 340,342.

administrar justicia que existía y que había sido excluida esto se profundizó en la actual Constitución del 2008.

Dentro de esta interculturalidad, la recuperación de la cultura, de la memoria y del derecho propio ancestral, ha sido lo que ha provocado el repensar en todas las manifestaciones del pensamiento de la sociedad ecuatoriana, como lo sostiene Enrique Ayala Mora<sup>130</sup>.

Nuestro objeto de estudio será el derecho propio ancestral, ¿dónde se origina el derecho propio? ¿Qué es el derecho propio o indígena? Y por último, si en ese derecho ¿existen o no penas privativas de libertad?

Para responder la primera pregunta, Fabio Ciaramelli, sostiene que el derecho no se puede originar desde una forma prejurídica, esto es, desde la razón o desde la naturaleza, sostiene que se origina desde la experiencia social que genera expectativas de comportamientos y así expone que los *grupos humanos* deben

instituir un sistema de representaciones sociales que dé estabilidad y regularidad a sus propios comportamientos; y, puesto que estos comportamientos nunca están encaminados únicamente a la supervivencia física sino a la autoafirmación y por tanto a la salvaguarda y a la defensa de su propia identidad y de sus propios valores, el conjunto de las representaciones sociales que se acaba de mencionar es al mismo tiempo un sistema simbólico. Este último, de hecho, mientras ordena los comportamientos, les da al mismo tiempo un sentido o un significado en el que se puedan reconocerse como miembros del grupo. La transmisión de los modelos de comportamientos...en el mundo humano es en cambio de tipo

---

<sup>130</sup>Enrique Ayala Mora, “*Justicia Indígenas*” Judith Salgado, compiladora, “*Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*”, Quito, Editorial UASB-Abya Yala, 2002, p.106.

cultural. Significados, valores, modelos de comportamientos y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad.<sup>131</sup>

En ese sentido Claudio Malo González al hablar de cultura? dice que es

aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación; lo que ha producido en todos sus dominios donde ejerce su creatividad; (...) el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirlas de otras<sup>132</sup>

En consecuencia, en el caso ecuatoriano la cultura indígena o andina, se ha construido dentro de la comunidad indígena<sup>133</sup> donde se han realizado en forma milenaria actividades que la convirtieron en el núcleo o centro de las manifestaciones sociales, culturales, económicas y sujeto de derechos colectivos.

Lo que implica que es un sistema organizado, comunitario, intergeneracional, oral que ha logrado la recuperación de su identidad, con ello autoafirmarse y distinguirse de otras, en especial de la occidental, lo que produce que sea aceptada como una cultura con rasgos que la diferencian y por lo mismo deben ser respetada sus prácticas culturales.

Esta cultura, es fruto de la recuperación de la memoria ancestral. Verónica Yuquilema sostiene que ya existía desde hace más de 518 años; el Padre Bartolomé de las Casas, en su doctrina menciona “Que los indios eran humanos y que por tanto poseían la facultad de la

---

<sup>131</sup>Fabio Ciaramelli, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*, traducción de Juan Ramón Capella, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 26. Este autor critica en su obra la posición de Platón, quien es contrario a la democracia y sostiene que solos filósofos pueden dar orden a la sociedad; critica a Kant quien sostiene que la razón puede ser el origen del derecho como ser libre; y, por último critica a Kelsen, dice que el derecho es solo regla o ley y que este autor tiene problemas cuando habla de la justicia.

<sup>132</sup>Claudio Malo González, *justicia indígena, Cultura e Interculturalidad*, op.cit. pp.18,19

<sup>133</sup>“Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia”. Raul Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*”, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, op.cit. p. 181.

razón, tenían sus propias leyes y gobiernos (y el derecho a éstos) los cuales debían ser respetados por la corona española”.<sup>134</sup>

Es por ello que considera esta autora que este ordenamiento o institución

sin pensar en que alguien reconozca esas prácticas, las comunidades siguen viviendo y reviviendo su vida a través de sus vivencias en diferentes espacios. Es por ello, que este derecho, no se limita a su reconocimiento Constitucional, pues mucho antes de la llegada de los españoles este derecho, se ponía en vigencia en los conflictos existentes dentro de la convivencia de los pueblos originarios, concepción que parte de la cosmovisión y filosofía andina que los pueblos y nacionalidades poseen.<sup>135</sup>

Por esa razón, la comunidad indígena al haber determinado su autonomía en sus prácticas culturales, hace que instituya y construya su propio ordenamiento jurídico, creando representaciones sociales para mantener su orden social y normas jurídicas para regular los comportamientos sociales, que al ser violentadas tienen coacción por cuanto son impuestas por autoridades propias de sus comunas.

En consecuencia el derecho propio de una sociedad y en el caso en particular de la comunidad indígena se puede entender como lo propone Fabio Ciaramelli:

cuando hablamos de derecho, o sea de normas propiamente jurídicas presuponemos que en el universo cultural de una determinada sociedad se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Las normas jurídicas propiamente dichas son sólo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no esta confiada

---

<sup>134</sup>CONAIE “*Estructura legal de los sistemas jurídicos de los Pueblos y Nacionalidades Kichwa del Ecuador*, Quito, editorial Conaie, 2008, p.11, cita realizada por Verónica Yuquilema en su trabajo inédito.

<sup>135</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulucate*, trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa).

genéricamente al control social (o al remordimiento de la conciencia o acaso post mortem a la justicia divina) sino a una autoridad pública reconocida y reconocible.<sup>136</sup>

Esther Sánchez Botero, expresa que en este derecho propio,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos”.<sup>137</sup> (...) “se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en “epidemias” que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.<sup>138</sup>

Para Carlos Pérez Guartambel dice que derecho indígena es

el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en las cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social.<sup>139</sup>

Esto hace que el derecho indígena tenga su propia estructura normativa y su organización, su propio espacio y desarrollo histórico, por último autoridades propias de cada comunidad, que tienen la competencia para aplicarlo cuando existan conductas antijurídicas.

#### 1. Principios del derecho indígena.

Para construir qué es el Derecho Indígena debemos partir por mencionar en forma muy breve cuáles son los principios que le rigen e identifican a éste derecho, en primer lugar las propuestas por la ECUARUNARI:

<sup>136</sup> Fabio Ciarraelli, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*, op. cit. p. 27. Este autor en su obra explica que se puede hablar de derecho como regla, como decisión y como ordenamiento o institución.

<sup>137</sup> Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo Principios Básicos, op. cit. p. 119.

<sup>138</sup> Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo Principios Básicos, op.cit.p.121.

<sup>139</sup> Carlos Pérez, *Justicia Indígena*, Cuenca, editorial CONAIE, ECUARUNARI, 2010, p. 210.



“1. Milenaria: Viene al igual de la existencia de las propias colectividades, podemos decir que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos. 2. Colectiva: No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación peor a autoridad alguna, pertenece a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana, no es derecho u obligación individual, su ejercicio y aplicación es responsabilidad comunitaria. 3. Es ágil, oportuna y dinámica: al ser un quehacer colectivo transgeneracional y que repara antes que reprime, optimiza, prioriza y utiliza al tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en un tiempo relativamente corto. Junto a la agilidad se une la oportunidad estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena. No ya burocracia. 4. Está en permanente proceso de perfeccionamiento: al venir de generación en generación le permite estar en proceso de perfeccionamiento sin alcanza a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento. 5. Trascendencia: El sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo a los modos de vida se cada pueblo indígena.”<sup>140</sup>

Para Raúl Ilaquiche, son: “*solidaridad, reciprocidad y colectividad*”.<sup>141</sup> Este no hace ninguna explicación de estos principios por lo que la aproximación la haremos nosotros.

En relación al primero, debemos entender por el mismo criterio de la complementariedad y de la relacionalidad, que al ser parte de un todo que es por el cual se debe trabajar para su fortalecimiento, el indígena se preocupe lo que le sucede a su complemento dentro de esa comunidad, ya que si le pasa algo, éste se sentirá vacío y por lo mismo se genera su sentimiento de solidaridad.

---

<sup>140</sup>ECUARUNARI, *Estructura legal y sistemas jurídicos de los Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador*. Edit. Ecuarunari, Ecuador, 2008. p. 44.

<sup>141</sup> Citado por Verónica Yuquilema, Raul Ilaquiche, *Pluralismo Jurídico y administración de Justicia Indígena en Ecuador*, Quito, Edit. CONAIE, 2004 p. 30.

En cuanto a la reciprocidad, como habíamos mencionado en líneas anteriores, la misma convivencia social hace que se preocupen de dar y recibir en todos los momentos de su existencia, es por ello que el permanente agradecimiento de dar cuando piden ser compadre o cuando se les hace un favor enseguida el ofrecimiento desinteresado de entregar algo a cambio. Este principio genera la unión social permanente.

Por último, la colectividad significa que la comunidad es el centro de todas las actividades y por esa razón los derechos colectivos que permiten la identidad como organización social, en consecuencia la toma de decisiones debe ser en forma colectiva, para que sean de aceptación general o a través de resoluciones en casos en concreto, como se dijo en el momento en que existe alguna afectación a la correspondencia mediante la alteración de la armonía por medio del Llaki a todos les interesa y por lo mismo debe intervenir toda la colectividad que se siente afectada, su fin es para que vuelva la armonía.

Para Elisa Cruz Rueda, los principios jurídicos generales del derecho indígena son:

1. que la conducta humana esté de acuerdo con el orden social y natural, 2. Que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (por ejemplo el respeto a la autoridad y a la comunidad; y, 3. Esas conductas ayuden a lograr la reproducción y la convivencia armónica (como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración). Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad el prestigio (que no necesariamente es económico).<sup>142</sup>(la numeración es mía).

2. Normas que regulan los comportamientos en la comunidad indígena.

Estas normas tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos Kichwas del Ecuador, como son “Ama killa, ama llulla, ama shua”, no ser ocioso, no mentir y no robar.

---

<sup>142</sup>Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, op. cit, p. 40.

Tomando en cuenta que cada una de estas normas, las podemos relacionar con los criterios expuestos por Elisa Cruz, cuando se miente la conducta no se encuentra de acuerdo con el orden social y no contribuye a mantenerlo, por cuanto no existe el respeto a la autoridad y a la comunidad.

Cuando es ocioso implica que no se cumple con las normas de solidaridad con la comunidad, además, se rompe la complementariedad y la correspondencia de la armonía social, ya que no se cumple con los actos que la comunidad requiere para su sostén como tal.

Peor aún, cuando se roba se altera la armonía del orden social y esa conducta igualmente altera el orden social y no se respeta a la comunidad, “es la falta de reciprocidad en el intercambio de bienes.”<sup>143</sup>

En consecuencia, estas normas tienen fuerza vinculante dentro de la comunidad y se ha elevado a rango constitucional<sup>144</sup>, estos términos para la Dra. Lourdes Tibán “tiene contenidos, esencia y espíritu más amplios y profundos. Así el vocablo “AMA” implica prohibición de no hacer”<sup>145</sup>, por ello dice

que la vida requiere de acción y movimiento...no parar es no cumplir con nuestra condición de seres humanos con vocación de servicio; no robar implica que no se debe tomar de la naturaleza mas allá de lo necesario porque la acumulación innecesaria de bienes que nos lleva a la falsa creencia de que mientras mas tenemos somos mas; no mentir quiere decir también, que debemos ser auténticos y no engañarnos a nosotros mismo creyéndonos mas de lo que somos. Estos tres principios, así concebidos, constituyen la base de las normas de comportamiento de los pueblos indígenas que son obligatorias como cualquier ley.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op. cit. p.181.

<sup>144</sup> Constitución del Ecuador Art. 83 (2).

<sup>145</sup> Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, editorial Pacheco, 2010, p. 125.

<sup>146</sup> Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, op. cit. p. 125.

Lourdes Tibán menciona que estos principios *ama killa*, *ama llulla* y *ama shua* ya existían y son milenarios antes de recibir reconocimiento constitucional.

Verónica Yuquilema indica que surge a raíz de la colonización, pues, a los españoles les convenía que los indios sean, primero: honrados, no roben y no alcen la cabeza; segundo: que sean trabajadores, no sean ociosos y sigan trabajando en largas jornadas, se enriquecían a merced de ellos; y, por último, que sean sinceros y no mientan ya que si lo hacían Dios los iba a castigar, viéndolo desde ese punto de vista no resulta del todo descabellado; pero, sin perjuicio de éstas consideraciones, el runa siempre ha estado guiado de sinceridad, de valerosidad, de respeto a los demás<sup>147</sup> esto por su propia concepción de vida, en forma comunitaria, hace que estos valores éticos sociales-comunitarios sean los axiomas garantistas parafraseando a Ferrajoli, que deberán ser aplicados por las autoridades de las comunidades en los eventos que existan conductas que produzcan el llaki.

### 3. Principios que rigen la administración de justicia indígena.

En cambio, los principios que rigen a la *administración de justicia indígena*, son:

*El principio de reciprocidad:* es el dar y recibir, en las comunidades se ve reflejado en el Ayni, cuando alguien muere en la comunidad cada familia nuclear lleva algo para ayudar en la comida, en éstos tiempos también dan dinero, porque llevan algo siempre. Pues es una respuesta simple y que quizá no responda nada, simplemente porque nace de su corazón solidario y saben que en algún rato ellos también recibirán el mismo YANAPAY o como popularmente se dice “una prestadita de mano”.<sup>148</sup>

<sup>147</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la comunidad de Pulacate*, en prensa. op. cit.

<sup>148</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la comunidad de Pulacate*, en prensa, op. cit.

*Principio de Minga:* “Minga, explica Verónica Yuquilema que para el compañero Saraguro Martín Cango “Es una acción concreta comunitario, donde hay la participación voluntaria de parte de todos los comuneros, “

La minga está relacionada con el principio de colectividad propuesto por Raul Ilaquiche, que es el punto de partida para saber el porqué, al resolver conflictos en una comunidad, son partícipes todos y cada uno de sus miembros, quienes ayudan dando sus puntos de vista, en otros casos, sus soluciones o en el caso de las mujeres, lamentado la desarmonía que ello encubre, porque en su sentir está que el “ayllu” está siendo afectado, el “llaki” atañe a todos y cada uno de los miembros de la comunidad, pues el cometimiento de un “delito” constituye un mal ejemplo para la nueva generación y desequilibra el orden.<sup>149</sup>

| *Principio de Oralidad:*

que se transmite a través de la sabiduría popular, a veces memoria, mitos, tradiciones o refranes, es decir que se transmiten por herencia social, por ejemplo en el Perú el “ayni” y el “ayllu” a pesar de ser instituciones pre-pizarrianas de organización jurídica social y política, en la actualidad son prácticas vigentes en muchas comunidades campesinas<sup>150</sup>.

*Principio del Debido Proceso,* también existe en este ordenamiento, se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que es el Cabildo y la Asamblea, se hace la investigación por una Comisión Investigadora, le piden al sospechoso de que diga la verdad que no mienta y que aporte prueba

<sup>149</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la comunidad de Pulacate*, en prensa. op. cit.

<sup>150</sup> .CAPAJ. *Comisión Jurídica para el autodesarrollo de los pueblos originarios andinos, 1995.* <http://www.puebloindio.org/dercons.htm>.

(el derecho a la defensa)<sup>151</sup> si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.<sup>152</sup>

Con todos estos principios, se constituyen como normas jurídicas prescriptivas, pero mas que eso, por esa razón forman parte del derecho indígena o derecho propio y se vincula a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura, cumplen su función de mantener el orden social, como su armonía, de ser necesario se aplique en forma coercitiva a conducta antijurídicas. Pero este acto deben hacerlo las autoridades de esa comunidad.

Podemos concluir, que el derecho propio ancestral sí tiene la calidad de un ordenamiento jurídico propio que es producto de una comunidad y, por esa razón, se puede hablar que en el Ecuador existe un pluralismo jurídico como lo sostuvimos en el inicio de este trabajo producto de la transformaciones que expusimos.

4. Formas de reacción de la comunidad contra conductas contrarias a las normas de comportamientos: ¿la existencia o no de la pena privativa de la libertad?

Una vez definido el origen y lo que es el derecho indígena, así como sus principios, podemos preguntarnos si dentro de ese derecho ¿cómo se entiende la forma de coaccionar las conductas antijurídicas y si en estas ¿existe o no la pena privativa de la libertad?

Para Lourdes Tibán Guala, cuando se violan las normas existen

las sanciones impuestas al incumplimiento de estos principios no se consideran castigos, sino, formas de mantener el equilibrio y la armonía social de la comunidad. Así mas que sanciones constituían la restitución de la espiritualidad, el resarcimiento del daño y la expulsión de los malos espíritus.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> Artículo 76 Constitución del Ecuador, Artículo 8 Convención Americana de Derecho Humanos.

<sup>152</sup> Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, op. cit. p. 129.

¿Cuáles son estos castigos o formas de restablecer o mantener el equilibrio social?, son: el baño en agua fría, el uso de la ortiga, el uso del látigo o vara de madera.

La privación de la libertad personal en la cultura indígena como pena no tiene sentido peor aun existencia, según las opiniones de Elisa Cruz Rueda y Lourdes Tibán Guala.

Elisa Cruz Rueda, menciona que los sistemas jurídicos tanto el occidental como andino pueden relacionarse pero, pueden ver el

mismo objeto de forma distinta y den como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Es suficiente si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió el error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión<sup>154</sup>

Para Lourdes Tibán Guala, “Desde la cosmovisión indígena la cárcel no está aceptada dentro de su cultura porque viola su principio de AMA KILLA (no ser ocioso) y aplican otras sanciones que visto desde lo occidental puede ser violatorio de derechos.”<sup>155</sup>

*¿Cuáles son las razones para justificar la no existencia de la privación de la libertad como pena?*

La *primera*, se infiere del propio pensamiento andino y de los mismos criterios éticos sociales comunitarios de Joseph Estermann<sup>156</sup>, quien sostiene que la filosofía indígena

---

<sup>153</sup>Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos* op. cit. p. 125.

<sup>154</sup>Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, op. cit, p. 37.

<sup>155</sup>Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos* op. cit. p. 127.

considera al ser humano, como uno más dentro de mundo o pacha, es decir, que todos los seres animados como inanimados son importantes para que se desarrolle y produzca la armonía dentro de él.

Además, siendo parte de este mundo también cumple una función de relacionador o puente<sup>157</sup> entre el sol, la luna y lluvia con la Pachamama.

Si se produce su exclusión en el momento de privarlo de su libertad, se rompe la armonía, no existiría el principio de la complementariedad que pueda servir para la fecundación de la Pachamama, de los animales y seres humanos.

No se produciría el intercambio económico de su producción y ayuda solidaria. No existiría la reciprocidad, por cuanto el ser humano no podría ayudar a la Pachamama a brindarle sus frutos y él no podría cultivarla y cuidarla.

La *segunda* justificación, se desprende que es importante para la comunidad indígena, que ayude en la toma de decisiones, sea parte de la productividad económica, participe en las reuniones sociales como agradecimiento de todos los beneficios que recibe la comunidad, que participe de las manifestaciones culturales y en el ejercicio de cargos que son necesarios para su desempeño.

Si se produce la privación de libertad, existe una ruptura de la armonía y equilibrio de la comunidad, ya que el runa en cada una de estas actividades es importante y necesaria su ayuda, su presencia llena a la comunidad. Sólo este ser humano no es nadie en la comunidad y estaría afectada en su continuidad, ya que su exclusión deja de fortalecer a la misma, como

---

<sup>156</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op. cit. pp. 153,154. Estos criterios son la complementariedad, reciprocidad, relacionalidad, correspondencia.

<sup>157</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op. cit. pp. 80,82.



decía Elisa Cruz, las conductas deben ayudar a lograr la reproducción y convivencia armónica de la misma, a pesar de que pudo cometer alguna acción contraria a las normas comunitarias no es el fin de la comunidad de que salga de dicha comunidad, si puede ayudar a restablecer lo perdido.

La *tercera* razón, tiene relación como dice Lourdes Tibán Guala que afecta el principio de AMA KILLA (no ser ocioso). ¿Qué es lo que quiere decir dicha autora? Que al tenerlo encerrado sin hacer ninguna actividad económica, social, cultural se esta violentando los principios de complementariedad, relacionalidad y reciprocidad.

Como justificamos, su presencia en las actividades económicas de la comunidad son necesarias, ya que, se convierte en cuidador y cultivador de la Pachamama; ayuda en las obras que son necesarias para el mejoramiento de la comunidad. Además, como podría reparar el daño que produjo en el caso de robo o de muerte u otra conducta antijurídica.

La *cuarta*, tendría relación con la propuesta de Elisa Cruz Rueda<sup>158</sup>, cuando menciona que no tiene fin de hacer justicia ni un medio como sucede en la sociedad occidental, ya que la prisión preventiva se ordena en dos presupuestos para asegurar la comparecencia del procesado y para asegurar el cumplimiento de la pena.

La pena privativa de libertad se comprende como fin de hacer justicia ya que es el castigo para quien cometió un delito y desde la comprensión de Hegel es el fin último de privarlo de libertad esto significa hacer justicia.

---

<sup>158</sup>Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, op. cit., pp. 37-38.

En cambio, en la filosofía andina, como hemos sostenido en esta parte de la investigación mantenerlo en libertad implica el respeto como miembro de la comunidad, el de restablecer la convivencia armónica de la comunidad y de la pacha.

La *quinta*, el espacio es comunitario, todo tiene que ver con la misma participación colectiva en el conocimiento, sustanciación y resolución del llaki que afectaba la armonía de convivencia, esto hace que la comunidad resuelva mantenerlo libre para que realice las actividades de reparación.

En esa lógica, no se puede construir lugares de exclusión para alejar al culpable de los inocentes, ya que al comprender a todos les interesa y les afecta, no existe complicidad del delito, sino que la comunidad tiene el compromiso de buscar el restablecimiento de su armonía, como algo esencial ya que eso fortalece su identidad, solidaridad y sus principios éticos sociales comunitarios. Si produce la exclusión o encerrar ese runa sigue afectándola en su armonía, sin ninguna forma de solución, ya que se considera que falta ese complemento que nos brinda su reciprocidad.

La *sexta*, tiene que ver con la concepción del tiempo, siempre se busca la memoria ancestral, siendo cíclica<sup>159</sup> que se entiende, en primer lugar que en el mundo andino no hay un concepto de tiempo y espacio, que todo es lo mismo se vive el presente y el pasado ahí mismo

el pasado no está realmente pasado, sino que interfiere, se penetra e influye en lo que pasa aquí y ahora.

Muchos ritos andinos tienen el significado de hacer presentes hechos del pasado, es decir, de representar y a presentar simbólicamente y celebrativamente acontecimientos míticos, históricos y legendarios de un supuesto

---

<sup>159</sup>Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op. cit. pp. 125,126.

pasado (..) el tiempo no avanza de un estado inicial a un estado final, en una sola dirección, sino que puede progresar también en la dirección opuesta.<sup>160</sup>

Nos sigue explicando Estermann, que

no hay continuidad lineal ininterrumpida entre diferentes ciclos o épocas, el tiempo andino es radicalmente discontinuo y procede a maneras de saltos o revoluciones cósmicas. La idea occidental choca de progreso en el sentido de avance diacrónico hacia lo mejor, superior y más desarrollado choca fundamentalmente con la concepción cíclica andina de regreso a un estado más perfecto y ordenado(...) la idea occidental de desarrollo se basa principalmente en la idea de la acumulación y del perfeccionamiento moral (...) para el runa el verdadero desarrollo consiste en restablecer el orden cósmico equilibrado, regido por los principios de complementariedad, correspondencia y reciprocidad<sup>161</sup>

Es decir, con lo anterior, se confirma una vez más por qué no existe la pena privativa de la libertad, en primer lugar, la acción que altera la armonía de convivencia de la comunidad, no está interrumpiendo el tiempo que comunica como se entiende el modelo occidental, sino que no se tiene un tiempo lineal ni dialéctico, sino en sobre saltos o revoluciones, esta conducta no afecta a nada de aquello. Sino a lo que se ha sostenido: a la armonía.

En cuanto a la apropiación del tiempo, el runa andino no tiene el concepto de apropiación de bienes sean materiales o inmateriales, ya que todo pertenece a la comunidad, peor aún el tiempo de su complemento, que sirve al fortalecimiento de la comunidad indígena, por lo que no cabe concebir la privación de la libertad como una apropiación del tiempo del agresor.

---

<sup>160</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op. cit. pp. 126,127.

<sup>161</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte*, op.cit. pp. 129,130.

Podemos sostener que la principal preocupación es el restablecimiento del orden del equilibrio y si es el tiempo anterior, lo que busca la comunidad es aquello, sin que importe el recuperar o restablecer ese tiempo anterior.

Séptima al existir una reacción ante una conducta contraria a normas y ser una imposición de una comunidad por la acción negativa, podemos decir que ambas consideran que la pena implica retribución.

Octava, lo que cambia es la finalidad que encierra, es por eso que podemos concluir que al hacer una comparación con el fin de la pena en cuanto al trabajo que tuvo y tiene la filosofía occidental, en primer lugar como se mencionó en líneas anteriores <sup>162</sup> era con la finalidad de eliminar el móvil que causa el delito, además era la apropiación del cuerpo y tiempo por parte de la sociedad y además, que represente un signo y símbolo como mensaje para los otros y que se convierta en una nueva fuerza laboral que no represente egresos al Estado.

Pero en la lógica de la filosofía occidental lo que se busca es la imposición por parte del estado de la pena mas no para reparar el delito sino como una demostración simbólica para que otros no comentan delito.

En cambio en la filosofía andina el trabajo no es en una lógica de dar ningún mensaje sino de restablecimiento de la armonía comunitaria y de no apropiación del cuerpo ni del tiempo ni del trabajo del sentenciado, no tiene el fin de humillación social de hacerlo en plaza publicas o caminos reales, sino que lo haga en el lugar en el cual tiene que reparar en la llacta

---

<sup>162</sup> Pags. 42-45.

de quien fue afectado para cumplir con la complementariedad y la reciprocidad que sostiene a la comunidad indígena, como se dijo no existe la apropiación de ni de tiempo ni de trabajo. Además, en el encierro tiene como finalidad en el filosofía occidental de eliminar al ente peligroso lo cual no sucede en la andina.

En consecuencia, el derecho indígena no tiene previsto esta forma de pena en su estructura como ordenamiento jurídico, habíamos mencionado que existe otras formas para el restablecimiento de la armonía de la comunidad, estas son el agua fría, la ortiga y la vara o látigo.

5. Formas que la comunidad indígena implementa contra las conductas que afectan la armonía.

En esta parte, tomaremos las reflexiones propias de Verónica Yuquilema<sup>163</sup> en su condición de indígena Kiwcha de la comunidad de Pulucate, provincia de Chimborazo y su investigación de campo, con la recopilación de testimonios lo cual le permiten construir el significado que tiene cada una de estas formas y haremos un dialogo con el fines de esta investigación.

#### AGUA FRIA:

Que significado tiene el agua fría dentro del derecho indígena, debemos iniciar esta explicación como interpretan, en primer lugar debemos partir de que el runa es uno mas en el sistema por ello “ es necesario dar a conocer que dentro del mundo andino existen cuatro elementos o más bien APUKS<sup>164</sup> importantes y son: YakuMama(agua), Nina(fuego),

---

<sup>163</sup>Verónica Yuquilema, Justicia indígena en la comunidad de Pulacate, trabajo en prensa, op. cit.

<sup>164</sup> Deidad.

Wayra(viento) y allpamama(tierra). Cada uno representan seres con quienes interactuamos en cada oportunidad y que nos brindan su energía desde sus posibilidades.”<sup>165</sup>

“Éstos cuatro elementos que para el runa son respetados, para el mundo occidental no son más que recursos que deben ser aprovechados para obtener riqueza, sin importar cuales son las repercusiones”, en el mundo occidental una de las graves preocupaciones de hoy en día es justamente de pasar de la economía de la extracción por la economía del desarrollo sustentable y economía verde. Los pueblos indígenas no necesitan de ello, por cuanto ellos respetan desde que crecen en la propia comunidad siendo una elemento mas en esa cadena y su lucha es el tratar de eliminar las ideas de dominio y jerarquización colonial que existe en la relación económica occidental.

Lo anterior, significa complementariedad como lo expone el mashi Carlos Yamberla, perteneciente al Pueblo Kichwa Otavalo, dice que los runas se desarrollan bajo dos órdenes: 1.- el orden social que es en el que se desarrolla las relaciones interpersonales, pero considerando el orden natural y 2.- el orden natural que es el respeto que tenemos y la sabiduría que nos brinda la Pachamama. Estos dos órdenes mencionan, que existe una relación de complementariedad y reciprocidad entre ellos, es decir que van de la mano.”<sup>166</sup>

Pero como se entiende el significado del agua para el “ Tayta Manuel Allauca “El aguita es vida”, al principio se puede esperar alguna respuesta mucha compleja, pero se puede decir que la simpleza es la mejor de las contestaciones, ya que solo reflexionemos cuando nos servimos un vaso de agua en el cansancio físico o cuando tomamos una ducha de baño de agua fría o caliente hace que nos recuperemos y tengamos una sensación de placer y

---

<sup>165</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>166</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

de revitalizar nuestras fuerzas interiores y podemos continuar en nuestra labor, esta comprensión que hacemos en este instante es lo que a veces los que tenemos pensamiento occidental no se tenga el tiempo de responder en forma simple sino de buscar respuestas complejas producto de un pensamiento que buscamos explicaciones mediante ciencias de conocimiento que pensamos que son las únicas que pueden explicarnos.

Si el agua es vida cabe la pregunta Porque es vida? Que representa el agua en la vida del Runa andino? “Para responder la primera interrogante, debemos remitirnos a lo manifestado precisamente por el Tayta Manuel quien dice que cuando tenemos contacto con el o ella (agua) liberamos energías y dejamos de lado lo que nos hace daño, es decir su vida vuelve. Según él con el baño equilibramos nuestro yo interior, nos rencontramos y volvemos al equilibrio.”<sup>167</sup> Ya que la comunidad comprende que “El agua es un ser vivo, proveedor de vida y de animación del universo. Con el agua se dialoga, se le trata con cariño, se le cría.”<sup>168</sup> Culmina manifestando que “Esta es la percepción del agua, es un hermano mas dentro del ayllu, es quien a través de sus poderes nos ayuda a recobrar el equilibrio de nuestra vida.”<sup>169</sup>

“El agua no es un simple líquido, es verdaderamente fuente de vida, según el Mashí Carlos Yamberla es el iniciador de la vida, y por tanto es el hilo conductor de la vida, señala también, que esta continuidad se manifiesta en forma pragmática en las prácticas culturales que se realiza en respeto a este ser.”<sup>170</sup>

Como ayuda el agua para solucionar el problema existente en la comunidad? “Considerando lo manifestado por el Mashí Carlos Yamberla “el agua es el hilo de continuidad de la vida” y que esta continuidad se “refleja en las prácticas culturales”, pues nos

<sup>167</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>168</sup>Publicación: La visión andina del agua. <http://www.condesan.org/memoria/agua/VisionAndinaAgua.pdf>.

<sup>169</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>170</sup>Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

lleva a concluir la relevancia del acompañamiento de agua en la solución de conflicto suscitado en la comunidad.”

En las prácticas culturales que se realizan con el ApukYaku son varias según estos testimonios: “El Tayta Manuel haciendo referencia al baño dice que, hay baños que se hacen por costumbre, otros que se lo hacen para purificarse, otros para el florecimiento; de igual forma el Mashí Carlos Yamberla, señala que existen baños que se lo hacen cotidianamente, para fiestas, para ceremonias, y dentro de estas ceremonias existen baños de inicio de ceremonia, de purificación, de sanación y de reciprocación con la YakuMama.”<sup>171</sup>

Es por eso que concluye Verónica Yuquilema que “estamos frente al baño que se lo hace con el fin de la purificación de aquel runa que por tener un desequilibrio en su interior ha sido capaz de cometer una falta que constituye un llaki para toda la comunidad, pero tiene que ser con agua fría”<sup>172</sup>

#### LA ORTIGA:

Debemos construir y explicar el significado de la ortiga en este proceso de reacción, “Las plantas son fuente de vida, el Tayta Manuel Allauca me decía que son quienes limpian nuestras dolencias no solo físicas sino espirituales, y las plantitas que nacen en la misma allpamamita son las que nos devuelven el equilibrio si algún mal nos aqueja, el muy sabiamente dice que “la medicina para el ser humano está en la chakra que ha sido cultivada por nosotros mismos” y yo respetuosamente complementaria con lo que los Taytakuna Laurita Santillán y Fernando Chimba, dijeron en alguna ocasión “las plantitas que se conocen como

---

<sup>171</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>172</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.



silvestres (las que nacen en donde quieren) son sembradas por la misma Pachamamita”, tal es el caso de la ortiga que la encontramos en cualquier lugar.”<sup>173</sup>

En ese mismo sentido “el Mashí Dr. Carlos Pérez Guartambel señala que “Es característico de esta planta el poseer unos pelos urticantes que tienen la forma de pequeñísimas ampollas llenas de un líquido irritante que al contactar con la piel vierten su contenido (...) sobre ella, provocando ronchas, escozor y prurito.”<sup>174</sup>

Es decir es una planta que por su característica produce cierto ardor, es decir calienta el cuerpo de quien está siendo frotado con ella.”<sup>175</sup>. “Esta planta al provocar ardor al contacto con el cuerpo, logra producir un efecto contrario pero complementario al que realiza el agua helada, es decir al unir el frío con el calor llega a un punto de equilibrio de energías. Hasta ahora no conozco de otra planta que tenga este poder.”<sup>176</sup> Concluye la autora “Debo mencionar que la ortiga no es usada como tal, a efectos de producir dolor o sufrimiento, que es la percepción que se tiene, sino que ayuda a que el runa equilibre sus energías. Se habla de equilibrio porque existe “un algo” que no está bien que le incita a realizar una falta, entonces lo que la ortiga en unión con el agua es ayudar a volver a su estado normal al runa.”<sup>177</sup>

#### AGUA Y ORTIGA:

Como funciona la mezcla de estos dos elementos con los principios éticos sociales de la comunidad indígena, explica Verónica Yuquilema que “Básicamente el principio que debe considerarse en este momento es el Principio de Complementariedad, porque?” “El mashí

---

<sup>173</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>174</sup> Carlos Pérez citado por Verónica Yuquilema *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>175</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>176</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, trabajo inédito, op. cit.

<sup>177</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, trabajo inédito, op. cit.

Luis Angel Saavedra, originario del pueblo Cayambi, al conversar sobre el tema del agua, la ortiga y el runa en la justicia indígena, muy acertadamente señalo que:

“Primero, si la persona comete una falta es porque esta enfermo, es decir no hay un equilibrio de energías, entonces en función del principio de complementariedad existente en el caso del sol y la luna, del hombre y la mujer, en esta ocasión también existe tal relación entre el agua y la ortiga con el fin de ayudar a la persona. El cuerpo de la persona está inquieta, caliente y necesita de algo que en un primer momento lo estabilice e interviene el agua fría, que hace que se calme; luego dado que ya de cierta forma el cuerpo se ha estabilizado un poco, requiere de la acción de otro elemento mas que coadyuve a que no se quede en ese estado de cierto modo de congelamiento, pues interviene la ortiga, que provoca calor y ardor. Cuando el agua y la ortiga se unen están complementándose para ayudar a que la persona equilibre sus energías y deje de lado las que no necesitaba”.<sup>178</sup>

“En igual sentido, el Tayta Manuel Allauca manifestó que “El agua purifica y la planta corrige porque el cuerpo está caliente para hacer el daño (...)De estos dos puntos de vista hace relucir la relevancia del principio de complementariedad en la que se basa el mundo andino, que es la base fundamental para comprender las demás interaccion que existen.”

#### EL LÁTIGO:

Como se ve el látigo, para Veronica Yuquilema “No deseo ahondar en este tema, únicamente quiero manifestar que respecto al uso de látigos luego de realizar la purificación con los dos elementos anteriormente señalados, se encuentra no solo fuera de contexto sino mas alla de eso, fuera de la realidad misma de las comunidades.” Es decir que considera que el mismo “es un rezago de los instrumentos que eran usado por los españoles durante su dominación a los pueblos originarios para hacer que los negros e “indios” los obedezcan.”<sup>179</sup>

<sup>178</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo prensa), op. cit.

<sup>179</sup> Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

“Sin embargo, entrando a considerar la validez o no del uso del látigo, el Dr. Pérez Guartambel, narrando la realidad del pueblo Cañari, enfatiza si bien el látigo no fue usado durante la historia antes de los españoles por los pueblos andinos, si se usaba una vara “es decir un pequeño tallo de chakra, retama o chilca que no provoca lesión”<sup>180</sup>. “En este sentido el Dr. Pérez, se refiere de este modo “El látigo en determinadas comunidades indígenas se conocen como el rayo porque cae con fuerza, energía, y desde arriba del Hana Pacha para despertar las buenas energías que están adormecidas y que han sido soslayadas por las energías malignas provocando el desequilibrio de los miembros de la comunidad social.”<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Carlos Pérez G citado por Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

<sup>181</sup> Carlos Pérez G citado por Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate*, (trabajo en prensa), op. cit.

### Capítulo III. Algo sobre interculturalidad.

#### 1. La interculturalidad: el discurso excluyente y el discurso incluyente.

Hasta la Constitución del año 1998, se han utilizado *modelos explicativos excluyentes*. En esa lógica las preocupaciones de los estudiosos del derecho siempre ha sido la relación entre la norma y la realidad social, entre validez y eficacia.

Para otras ciencias ha sido cómo entender la existencia de la realidad social, a más de blanco y mestizos, existen indígenas, afrodescendientes, gay, mujeres, siendo éstos para el discurso dominante como grupos humanos no existentes o como ausentes, esto quiere decir, que el derecho al ser una construcción humana para mantener la convivencia humana y la tutela de los derechos humanos, debe estar íntimamente relacionada con la realidad, si no existe acercamiento crea distorsiones y provoca el desorden o el conflicto y el irrespeto de los derechos humanos.

Estos modelos explicativos excluyentes occidentales, actuaron en forma constante como lo grafica Eugenio Raúl Zafaronni, en un concepto de exclusión como el de la raza, consideraron a todos los latinoamericanos como raza inferior, explicando que cuando Latinoamérica fue mayoritariamente

“...objeto de colonización primaria por parte de España y Portugal, que impuso un control represivo interno funcional a su colonialismo y basado o justificado mediante una ideología según la cual la población india y el africano importado eran inferiores. Hemos visto que cuando estas potencias pierden la hegemonía, que pasa a los europeos del centro-norte de Europa, el poder central produce un cambio cualitativo y nos margina del poder, estableciendo su control social por medio de minorías criollas proconsulares que ideológicamente seguían afirmando nuestra inferioridad, aunque a esta ya no sólo la hacían depender de la de los indios y negros, sino también de nuestros colonizadores primarios (latinos)...A su vez Hegel, que fue el más autorizado y fino teórico del dominio universal europeo, asignaba a América un futuro –al tiempo que le negaba historia- como receptáculo de la población

sobrante de Europa, lo cual, medio siglo más tarde tuvo lugar masivamente en el sur de América. La propia masa transportada por los europeos, ya sea en la primera colonización o en el siglo XIX al sur, estaba configurada por personas que en su inmensa mayoría pertenecían a las clases más desprovistas. En la colonización española hubo predominio de desplazados con gran afluencia del sur de la Península, de clara marca cultural musulmana. También vinieron mucho “cristiano nuevos”, es decir, judíos, que para nada se sentían seguros en la Península...”<sup>182</sup>

Así mismo el maestro argentino, demuestra que el pensamiento de Hegel, quien es el más prestigioso ideólogo del centralismo nórdico europeo, sigue justificando el discurso excluyente considerando que no tenemos un pasado histórico, al considerar que

nuestra población se ha integrado con la acumulación histórica de indios inferiores en todo y sin historia, de negros en estado de naturaleza, por ende, sin moral, de árabes, mestizos o a culturados musulmanes, fanáticos, decadentes y sensuales sin límite, de judíos cuya religión les impide alcanzar su autentica libertad, ya que están sumergidos en el pensamiento del “servicio riguroso”, de latinos que nunca alcanzaron “el período del mundo germánico, ese “estadio del espíritu que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí y de algunos asiáticos , que apenas están un poco más avanzados que los negros”<sup>183</sup>

Continúa Zaffaroni en esta explicación en cuanto la exclusión histórica social,

que las clases proletarias o pobres volvieron a la historia con Marx, pero los latinoamericanos seguimos excluidos de la misma. Seguimos marginados. En Latinoamérica llamamos “historia” a una sucesión anecdótica de luchas políticas que parece no tener ningún sentido y mientras “eso” sea “nuestra” historia, será imposible hacer de “América Latina” una idea operativa, es decir, una idea que nos aproxime a la realidad de sus estructuras de poder y de control<sup>184</sup>

Estas verificaciones realizadas por el maestro argentino, corroboran este distanciamiento que hemos propuesto entre la realidad y el conocimiento; han justificado la

<sup>182</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología Aproximación desde un margen*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, p.72.

<sup>183</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología Aproximación desde un margen*, op. cit. p.72.

<sup>184</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen*, op. cit. p.75.

exclusión, en razón de ella los indígenas y afros han sido y son tratados como inferiores y carentes de historia.

Esta situación de exclusión se reflejó desde la conquista y continuó en la república, considerando que existía una sola nación<sup>185</sup>, cultura, filosofía, derecho, sin reconocer que había otras formas de agrupaciones humanas pertenecientes a otras nacionalidades diferentes de la estatal con diversa cultura y que estuvieron antes que los conquistadores invadieran estas tierras de Abya Yala.

En esa lógica, la filosofía dominante para la explicación de nuestro conocimiento, ha sido la filosofía occidental, (sin que se haya considerado a la filosofía andina), como consecuencia, todos los textos, leyes, discursos, educación, cultura se ha receptado dicho discurso de poder.

En este sentido el autor Josef Estermann, sostiene así mismo como se excluye por parte del modelo explicativo que

El mapa filosófico hecho por Occidente sigue hoy día –salvo pocas excepciones- este eurocentrismo cultural y epistemológico, expresado explícitamente en la cartografía ortodoxa...la filosofía es griega...abarca todavía prácticamente todos los territorios anteriormente colonizados por los distintos imperios europeos de turno. Una simple vista a los currículos de estudios filosóficos en universidades, institutos y seminarios de América Latina, África, Asia...demuestra claramente que se enseña en primer lugar la tradición occidental, y que las `filosofía contextuales` sólo se enseñan como un curso suplementario opcional<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup>Catherine Walsh citando a Enrique Ayala Mora, *Estado, interculturalidad y multiculturalismo*, editores Pablo Ospina, Olaf Kaltmeier, Cristian Buschges, *Los Andes en movimientos*, Quito, editora U. Andina Simón Bolívar, U. Bielefeld, Corporación Editora Nacional, Biblioteca Ciencias Sociales nro. 65, 2009, p. 217. En este artículo la autora cita al historiador ecuatoriano quien explica que el Ecuador jamás se produjo un verdadero concepto de Estado Nación, tomando en cuenta que jamás se conformó en base a las culturas, pueblos y nacionalidades existentes en lo que hoy es Ecuador.

<sup>186</sup> Josef Estermann, *Si el sur fuera el Norte*, Quito, editorial AbyaYala, primera edición, 2008, p. 93

En ese mismo sentido, Boaventura de Souza Santos, desde el punto de vista sociológico, nos explica la exclusión, indicando que existen dos sociologías de ausencia y de emergencia; entiende por la primera:

la investigación que tiene como objetivos mostrar lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe. Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales<sup>187</sup>

Además, entrega cinco criterios para dar sustento a sus explicaciones que son: “monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; lógica productivista capitalista”<sup>188</sup>

La segunda, sociología emergencia, para el maestro portugués, consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas, es decir que amplía el presente uniendo a lo real las posibilidades y expectativas futuras que conlleva. Esta ampliación de saberes, de prácticas y agentes<sup>189</sup> hace que la interculturalidad sea la forma de expresión de esta sociología, ya que la misma amplía la realidad, es decir, nuestro objeto de conocimiento en contraposición del discurso dominante y excluyente en nuestro país.

Es por esa razón, que se han provocado reivindicaciones que hacen en primer lugar visibilizar a que existen otros seres humanos con diferentes formas de pensamiento, cultura, economía, costumbres, relaciones sociales, jurídicas, organización social, idioma.

Es por ello, una vez visibilizados los indígenas en esa nueva dimensión, se ocupan de la recuperación de su historia, de sus ancestros y de toda eliminación de colonialismo, esto *no*

---

<sup>187</sup>Boaventura de Souza Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, Quito, Edit. AbyaYala, 2011, p. 47.

<sup>188</sup>Boaventura de Souza Santos, “*Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. pp. 46 - 51.

<sup>189</sup>Boaventura de Sousa “*Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. pp. 53,54,55.

*significa* que viven en el pasado o quieren volver al pasado, como han sido las críticas sino al haberse negado que tenían historia, su estudio es justamente recuperar la memoria de sus costumbres, sus antepasados, sus comportamientos sociales, etc.; y, los afros igualmente se ocupan de recuperar sus raíces, su identidad, sus tradiciones y memoria histórica como la eliminación de formas de trabajo de la esclavitud.

En el reconocimiento normativo las constituciones fueron el fiel reflejo de esta manera de pensamiento de la primera sociología que propone Boaventura de Souza Santos. En la Constitución de 1998, se inició el reconocimiento de la pluriculturalidad y el Ecuador se declaró como tal, por lo mismo rompió el modelo de monocultura del saber, como la existencia de una sola filosofía o modelo para explicar nuestra realidad

Pero siguió considerando como cultura dominante a la mestiza, es así como se utilizó el término de multiculturalismo o pluriculturalismo como forma de reconocimiento de ciertos grupos diferentes, Camilo Borrero García<sup>190</sup> explica la diferencia entre el multiculturalismo y la interculturalismo

Mientras el primero aludiría a una integración de culturas subordinadas a una cultura hegemónica o mayoritaria, que en cierto sentido la toleraría o apoyaría como una estrategia para mantener precisamente su control; el segundo representaría los esfuerzos por lograr la integración horizontal o mutuamente respetuosa entre culturas diversas, sin atender a asuntos como mayorías y minorías.

Vista de este ángulo, la interculturalidad supondría una especie de superación del multiculturalismo, (...) actualmente no es políticamente correcto posarse de multiculturalista, y quien lo haga debe ser consciente que su postura incluye una defensa más o menos explícita de la supremacía de los valores y principios de la cultura dominante, en nuestro caso la llamada occidental o mestiza.

---

<sup>190</sup>Camilo Borrero García *artículo Multiculturalismo o Interculturalidad?* Diana Carrillo, Santiago Patarroyo Rengifo, editores, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1era. Edición, 2009, p.67.



En la Constitución del 2008, si partimos desde la sociología de la emergencia, podemos observar en las diversas normas de rango constitucional que se construye un nuevo concepto que es la *interculturalidad*, la cual se fue apropiando o mejor dicho, se recupera el espacio perdido durante los cinco siglos de dominación de esta estructura de pensamiento.

Para Joseph Estermann, nace la recuperación de la filosofía andina y tenemos un modelo explicativo, la propuesta de una filosofía intercultural<sup>191</sup> o traducción intercultural<sup>192</sup> que permita el intercambio de estas dos filosofías o de las dos culturas para armonizar y relacionar sus conocimientos, costumbres, derecho que existen en nuestro país.

Con esta propuesta, el Ecuador en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente hizo que se genere esta transformación epistemológica, política, económica, cultural sustentada en la filosofía intercultural o traducción intercultural, eso se refleja en nuestra Constitución, en el instante que existen los derechos de la cultura occidental como son los derechos de libertad (negativa y positiva) y seguridad jurídica sustentos de la Revolución Francesa. En complemento se introdujo el *buen vivir como nueva forma de organizar la economía*<sup>193</sup> como fin de la construcción de toda nuestra constitución, el respeto a la Pachamama, el buen vivir, la educación bilingüe intercultural, la justicia indígena, la propiedad comunitaria, los derechos colectivos y la economía comunitaria, la complementariedad entre hombre y mujer, los derechos de la naturaleza.

## 2. La interculturalidad: su contenido.

---

<sup>191</sup>Josef Estermann, *Si el Sur fuera Norte*” op.cit. p. 96, 97.

<sup>192</sup>Boaneventura de Sousa Santos, “*Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. p. 61.

<sup>193</sup>Boaneventura de Sousa Santos, “*Plurinacionalidad*” *Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, Quito, edit. AbyaYala, 1era. Edición, 2009, p.26.

Una vez descrita en forma breve la crítica al modelo de la exclusión, la propuesta a éste con el modelo explicativo de la interculturalidad, Enrique Ayala Mora<sup>194</sup>, nos invita a dar una construcción a este modelo que no debe ser un

añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión al Estado, a la religión y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio de adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatoriana. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no religiosa y de conciencia, sino diversidades étnica y también regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen pueden también dispararse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro con garantías de supervivencia como proyecto nacional.

En razón de aquello debemos preguntarnos ¿qué es la interculturalidad? Es el modelo que surge, para Catherine Walsh, como una insurgencia<sup>195</sup> o visibilizar o reivindicación de las culturas que han sido olvidadas o no existentes, o culturas reconocidas pero subordinadas a la cultura dominante.

Esta insurgencia tiene como objetivo la desaparición de toda forma de poder de colonialidad<sup>196</sup> o decolonial como sostiene Catherine Walsh<sup>197</sup>, esto implica la superación de las construcciones del saber, cultura, historia, económica, política; eliminando el racismo, la

---

<sup>194</sup> Enrique Ayala Mora, “*Justicia Indígenas*” Judith Salgado, compiladora, “*Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*”, Quito, Editorial UASB-Abya Yala, 2002, p.106.

<sup>195</sup> Patricio Guerrero Arias *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica*. Coordinador Ariruma Kowii Maldonado, en *Interculturalidad y Diversidad*, Quito, editora Corporación Editora Nacional-U. Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, colección Biblioteca General de Cultura nro. 20, 2011, p. 73.

<sup>196</sup> Patricio Guerrero Arias *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica*. en *Interculturalidad y Diversidad*, op. cit. p. 74. Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p. 28.

<sup>197</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p. 153.

desigualdad, la negación del otro, del etnocentrismo, de género, etnocidio, del trabajo que produzca esclavitud, etnofagia, patriarcalismo, del sexismo, del machismo; eliminando el carácter uninacional y monocultural del Estado.

En primer lugar, la *interculturalidad* ha provocado la crisis de la visión monocultura de la sociedad dominante<sup>198</sup> de corte cultural occidental con rasgos europeizantes o anglosajones<sup>199</sup> de excluir lo que no considera filosofías a otras maneras de pensar, ya que caen en ser cosmovisiones sin que puedan ayudar a explicar la realidad existente.

Aparece en un primer momento para mantener el espacio de dominación un nuevo concepto que es la *multiculturalidad*. Para Catherine Walsh fue provocado por el Banco Mundial<sup>200</sup> al implementar “la política indígena” en las décadas de los noventa en el Ecuador.

Por ello estos autores al igual que Borrero García la interculturalidad es una superación de la pluriculturalidad o multiculturalismo.

En segundo lugar, la insurgencia de la interculturalidad, para Boaventura de Souza Santos, consiste en la eliminación del universalismo de ciertas instituciones jurídicas como son los derechos humanos, la eliminación de la “monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; la lógica productivista capitalista”<sup>201</sup> que se han constituido, como dice el autor en topoi fuertes que deben ser reconstruidos frente a la interculturalidad.<sup>202</sup>

En tercer lugar, el poder colonial de la economía, reflejada en la lógica productivista capitalista, es la economía de acumulación de capital, el mercado como única forma de

---

<sup>198</sup> Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador*. op. cit. p. 179.

<sup>199</sup> Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el Norte*, op. cit. p.p.44, 45, 52, 53, 54.

<sup>200</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. pp. 72,73,74

<sup>201</sup> Boaventura de Sousa Santos, “*Refundación del Estado en América Latina*”, op. cit. p. 46 - 51.

<sup>202</sup> Boaventura de Sousa Santos *Derecho y Emancipación*, Pensamiento jurídico contemporáneo 2, op. cit. p. 157, 158. En ese mismo sentido Joseph Estermann, en su libro “*Si el sur fuera el Norte*”.

desarrollo de los países, la economía de extracción sin pensar en la naturaleza y en los demás seres humanos que vendrán, hace que la interculturalidad con la recuperación de la nueva forma de ver la economía comunitaria, solidaria y de armonía con los demás miembros de este mundo incluyendo la naturaleza.

En cuarto lugar, la crisis de la noción del tiempo lineal y que no se lo puede recuperar, si estás atrasado debes igualarte y de apropiación de su tiempo en el caso de las labores bajo régimen capitalista, frente a un tiempo incluyente circular de ver el pasado, presente y el futuro al mismo tiempo.

En quinto lugar, es la crisis de considerar que existe una sola forma de nación ecuatoriana, como sostiene Ayala Mora en el Ecuador no existe en forma clara dicha conformación, por la exclusión de otras existentes al momento de la conquista y luego en la república, es por ello que el primer concepto en ser reconstruido fue la nación y surge el de la plurinacionalidad como reconocimiento de la existencia de otras nacionalidades existentes en el Ecuador desde tiempo ancestrales.

En sexto lugar, la crisis se encuentra en las formas de organización política que tenemos como las formas de gobierno, de participación ciudadana, de inclusión social. Surge lo comunitario con una participación social mayor en la toma de decisiones del poder público y una concepción de que la comunidad es un todo compuesto por todos los seres que forma la realidad tanto la Pachamama, los humanos, los animales.

Y por último, la construcción de los derechos humanos como una producción exclusivamente individual por una visión de derechos colectivos.

Es decir, la crisis entre otros conceptos ha provocado que la interculturalidad se convierta en el nuevo modelo que se convierta como lo dice Catherine Walsh en

un marco para un proyecto activo y dinámico de la interculturalización; proyecto que asume la decolonialidad como requisito y obligación, impulsando un cambio profundo hacia la creación de un Estado y sociedad que operan a partir de articulaciones, coordinaciones e interrelaciones entre estas lógicas, racionalidades, conceptos, prácticas, pueblos y nacionalidades diferentes.<sup>203</sup> Raul Llasag citando a Catherine Walsh, la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos<sup>204</sup>.

Para la CONAIE la interculturalidad, es la relación armónica e igualitaria entre las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades, hacia no indígenas respetando las diversas expresiones culturales (lengua, cosmovisión, costumbres, tradiciones, autodeterminación, epistemologías, etc) reconociendo y respetando las diferencias y diversidades...no significa que se viva pacíficamente uno al lado del otro no más, sino una convivencia con interacción, intercambio y aprendizaje mutuo.<sup>205</sup>

Joseph Estermann, explica en su construcción cómo debe comprenderse la *Filosofía intercultural*,

no se trata de una deconstrucción de la tradición occidental dominante, sino de una actitud filosófica alternativa, de una crítica del mismo quehacer filosófico, de sus presupuestos y métodos, de sus sujetos y de su institucionalidad. La crítica intercultural de paradigmas mono-culturales como para la elaboración y promoción de filosofías culturalmente situadas y contextualizadas. La crítica se dirige a cada filosofía que se considera “universal” en sentido a priori, es decir, que se concibe a sí misma y se reproduce como meta-cultural. Es la recuperación y rehabilitación de tradiciones no occidentales como formas alternativas de racionalidad y praxis<sup>206</sup>

Es decir, para todos estos autores, la interculturalidad no significa destruir entre culturas que son diversas, sino como lo menciona Camilo Borrero García,

<sup>203</sup>Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p. 153.

<sup>204</sup>Raul Llasag citando a Catherine Walsh, Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado*. op. cit. p. 185.

<sup>205</sup>Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos*, op. cit. p. 105

<sup>206</sup>Josef Estermann, *Si el Sur fuera Norte*” op. cit. p. 96, 97.

en lo que atañe al mundo normativo, la interculturalidad supondría un presupuesto de partida: el respeto a la autonomía de las formas de derecho propio de cada cultura. Autonomía que sólo podría tener como límites los provenientes de un eventual consenso de las culturas involucradas, nunca la imposición en torno a valores que no necesariamente son compartidos con la misma fuerza o voluntad.<sup>207</sup>

### 3. La interculturalidad como discurso interpretativo: criterios para el diálogo.

Cómo plantear la forma de buscar este diálogo entre culturas autónomas cada una con su propia forma de ver, explicar y comprender el mundo, respetando esas formas, pero buscando interrelacionarlas para encontrar una nueva forma de vivir, este es el reto propuesto por Ayala Mora de repensar en forma radical que nos debe comprometer a todos en construir este nuevo Estado.

#### 1. La democracia.

El *primer criterio* que tomamos en cuenta en la construcción de la interculturalidad, es la democracia, la Constitución reconoce que *la democracia es representativa, directa y comunitaria*<sup>208</sup> con derechos de participación en la construcción del poder ciudadano.<sup>209</sup> El estudio de las dos primeras no son necesarias por cuanto existe varios estudios para comprenderlas. Es por ello que analizaremos brevemente las propuestas de Ferrajoli y Habermas por cuanto esas nos ayudan para la interculturalidad.

Hay que acoger el criterio de Luigi Ferrajoli<sup>210</sup>, sobre la propuesta de *democracia constitucional*, donde los derechos fundamentales son el techo de cualquier construcción, discusión y protección, es por ello que la Constitución se encuentra como límite y garantía

<sup>207</sup>Camilo Borrero García, *artículo Multiculturalismo o Interculturalidad?* Diana Carrillo, Santiago Patarroyo Rengifo, editores, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*, op. cit. p. 68.

<sup>208</sup> Artículo 95.2do. De la Constitución.

<sup>209</sup>Artículos 61.2, 95.2. y artículo 96 Constitución del Ecuador. *democracia participativa* cuyo poder soberano lo tienen los ciudadanos que eligen mediante el sufragio a sus representantes, en la historia del Ecuador, era un grupo muy reducidos que pasaban de partido en partido y elegidos por su formación tecnócrata, esos se consideraban los más capaces, menospreciando al pueblo a los representantes de la masa.

<sup>210</sup>Luigi Ferrajoli “*Democracia y garantismo*”, traducción de Perfecto Ibañez y otros, *La democracia constitucional*, editorial Trotta, Valencia, 2008, p.p. 25-41.

primaria de cualquier democracia formal, es decir del cualquier poder sea público o privado, sea este de la mayoría, o de los poderes estatales y de los poderes económicos del mercado.

Cuales son las herramientas para conseguir aquello, en primer lugar: la transición del principio de la ley al principio de la constitución, como consecuencia la constitución se convierte en fuente de todas las decisiones, es decir, que aquí se cumple que la ley está condicionada: en primer lugar, siendo la ley sobre la ley, el derecho sobre el derecho, por ello no solo importa el *quién* tiene la competencia para hacer la ley y el *cómo* se hizo la ley, sino que es importante el *qué* se decide y el que no se decide, estas son cuestiones que están en la esfera de la decisión de los poderes, los límites que pone la Constitución hace que las decisiones estén siempre en conseguir el respeto y protección de los derechos fundamentales

En segundo lugar, siendo rígida tanto en su reforma con un procedimiento cualificado y también en los derechos fundamentales tutelados de cualquier afectación de estos poderes.

En tercer lugar, la soberanía interna como externa, los sujetos están sometidos a la constitución. La mayoría debe tomar decisiones de proteger las libertades y buscar la realización de los derechos sociales y colectivos, es decir los derechos fundamentales. Por ello la democracia forma esta condicionada por la democracia sustancial.

Y, por último para configurar esta democracia constitucional, la creación de garantías que puedan hacer efectiva la Constitución, es decir, sean efectivos los derechos, con ello cierra esa preocupación inicial entre norma y realidad o realidad y norma.

Así mismo debemos explicar brevemente lo que es democracia deliberativa y comunitaria desde la propuesta de Jürgen Habermas, de la *democracia deliberativa* y *comunitaria*. Ya que es te es el verdadero escenario que nos ayudará en el dialogo de la

intercultural como medio al servicio de la cultura ecuatoriana. Este autor alemán plantea una crítica y una propuesta al modelo dominante del contrato social.

En primer lugar, sostiene que el modelo del contrato social como es visto es producto de la filosofía de conciencia<sup>211</sup>, ésta observa a un sujeto solitario sin la relación con otro, es decir, que no requiere de la utilización del diálogo entre ciudadanos, solo hace referencia justificaciones político-lógicas que afirman la autonomía jurídica y política de los individuos, en segundo lugar: considera a este modelo hipotético ya que desconoce de la capacidad reflexiva que cada individuo puede adquirir de él y que puede alcanzar colectivamente. Y es hipotético por cuanto los individuos pueden elegir racional e institucionalmente de forma predeterminada y sesgada conforme a los intereses que representen.

El modelo propuesto por el filósofo alemán, de la democracia, a más de ser un proceso tiene tres proposiciones que son *la racionalidad-razonabilidad, el lenguaje y la acción*, con ello consigue que la acción sea comunicativa sustentada en el lenguaje para poder entendernos entre todos los ciudadanos, sin posibilidad de excluir a ninguno, es allí en donde nace la racionalidad y la razonabilidad en la toma de decisiones.

En consecuencia, la democracia se sustenta a) En la intersubjetividad comunicacional frente al monologo resultante de la filosofía liberal, con ello debe existir la participación total y entera de los ciudadanos; b) Debe garantizar el intercambio cada vez más amplio de los argumentos y razones que pueden iluminar a los individuos y que pueden servir a la formación de una voluntad en común, comunicacionalmente compartido; c) Debe procurar que los individuos se definan por sus intervenciones.

---

<sup>211</sup>Bjarne Melkevik, *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, Universidad del Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nro. 42, Bogotá, 2006, p. 47.



En resumen la *democracia es una participación activa e incluyente de los ciudadanos por eso es comunitaria y deliberativa* no de una manera sesgada como se da en la democracia liberal nacida del contrato social como situación hipotética.

El momento que los ciudadanos son incluidos colectivamente como autores de las leyes se someterán como destinatarios<sup>212</sup>, estas mentalidades democráticas que se fijan en la autolegislación de cada uno con ello asegurar el consentimiento de todos en los que concierne a los derechos, a las normas e instituciones se convierte en el sustento de la democracia.

No como la transferencia o la adhesión prevista en el contrato social, que hacen en cuestiones prefijadas (justicia y la moral) en el contrato social los individuos, por ello es un modelo hipotético.

En el proceso de Habermas, el contrato social es una construcción producto del proceso democrático como una intersubjetividad sustentada en la acción comunicacional de las vivencias de cada persona en expresar sus razones tanto en estar de acuerdo y en el no estar de acuerdo. Esta construcción es importante en la actualidad ya que nos debe ayudar en el permanente diálogo que enfrenta el modelo de interculturalidad propuesto en nuestra Constitución.

Ese ha sido el propósito de exponer todas estas ideas para que los lectores saquen sus propias conclusiones y hagan una construcción a través de esta exposición. Es con estas propuestas que debemos tomar en cuenta para poder avanzar e interiorizar lo que es la democracia, con el fin de que nuestra transición de construcción desde lo político y jurídico que tiene como base lo epistémico nos ayude a entender al otro y podamos comunicarnos para

---

<sup>212</sup>Bjarne Melkevik, *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* op. cit. pp. 51, 53, 54.

poder llegar a acuerdos con el objetivo de construir la interculturalidad dentro de lo que es la democracia.

Para que este modelo político (democracia) nos ayude a construir la interculturalidad, *debemos repensar* en los siguientes aspectos político y legal:

En el aspecto político, se debe implementar en la Constitución un proceso de elección para todas las funciones del Estado como Legislativo, Judicial, Ejecutivo, Electoral, Participación Ciudadana, que se refleje la constitución de sus miembros a más de las mujeres, la relación intercultural.

Lo que se ha logrado es la representación de la mujer en forma paritaria, pero se sigue en un discurso colonial de la conformación de las instituciones del poder público en lo que tiene relación a la intervención de los indígenas y afrodescendientes. Por ello existen distorsiones groseras del discurso en construcción.

En segundo lugar, en la educación no existen materias de los idiomas de comunicación intercultural como son el castellano, el quechua y el shuar. No se dictan materias interculturales en la malla de aprendizaje en las escuelas, colegios y universidades ni fiscales peor aun en las particulares, pese a la expedición de la Ley de Educación Intercultural que está en vigencia en forma reciente.

En tercer lugar, a todas las instituciones jurídicas debemos o construirlas o reconstruirlas como se entienden a los derechos colectivos, a los derechos individuales, su relación y coexistencia; por otra parte, la economía solidaria en busca del buen vivir. Sino comprendemos esto que es básico, no trabajaremos en busca de ese proyecto nacional que es repensar el Estado intercultural que dice Ayala Mora.

En cuarto lugar, se debe profundizar en políticas públicas de salud, turismo, culturales, educativas, diálogos para ir armonizando nuestras formas de vida. Provocar encuentros para explicarnos que es la Constitución, la naturaleza y sus derechos con relación con el buen vivir, todos desconocidos e indeterminados que provocan los ataques de quienes pretenden destruir esta nueva forma de Estado intercultural y seguir el discurso dominante.

2. La hermenéutica diatópica para la interculturalidad del delito, el procedimiento y de la pena.

*Un segundo criterio*, que nos servirá para la operatividad como herramienta y con ella construir la interculturalidad, es la propuesta de Boaventura de Souza Santos, *la hermenéutica*<sup>213</sup> *diatópica*.

Qué es la hermenéutica diatópica? Este autor, en primer lugar sostiene<sup>214</sup> que con el discurso excluyente en aplicación de la sociología de la ausencia, se construyó la exclusión de grupos como los indígenas, los afros, los inmigrantes sin papeles, los gays, las mujeres.

En el momento en que existe la lucha de los movimientos sociales, indígenas, de afrodescendientes, en busca de la inclusión surge la sociología de la emergencia, que el autor explica es la ampliación de las alternativas de ver el mundo, es decir que el discurso busca la recuperación de estos grupos humanos tanto en su cultura, saberes, prácticas políticas, económicas.

La inclusión de las comunidades indígenas ha sido normativa, desde el reconocimiento como sujetos de derechos colectivos, de su cultura, idioma, organización social política, educación, saberes ancestrales, lo que ha producido, como consecuencia, que exista esta

---

<sup>213</sup> Kelly Susane Afllen Da Silva *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*, Bogotá, editorial Temis, 2006, p.7, la autora menciona que la hermenéutica es hacer comprender el sentido del asunto...que permite seguir tres reglas: expresar, interpretar y traducir para diferenciar de la interpretación. La expresión hermenéutica es, entonces, la constante traducción del pensamiento en el alma.

<sup>214</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. pp. 57-60.

nueva alternativa de ver el mundo; por ello se ha generado la construcción de la interculturalidad como algo posible.

En ese sentido la traducción intercultural para este autor es

El procedimiento que permite crear la inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles. Se trata de un procedimiento que no atribuye a ningún conjunto de experiencias ni el estatuto de totalidad exclusiva ni el de parte homogénea. Las experiencias del mundo son tratadas en momentos diferentes del trabajo de traducción como totalidades o partes y como realidades que no se agotan en esas totalidades o partes

El trabajo de traducción incide tanto sobre los saberes como sobre las prácticas (y sus agentes). La traducción entre saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica...consiste en el trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar las preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan.<sup>215</sup> En esa lógica considera que “cuanto más iguales sean las relaciones de poder entre las culturas, más probable será que tal *mestizaje* suceda”<sup>216</sup>.

La hermenéutica diatópica busca dialogar, identificando los temas que pueden motivar al mismo, siempre y cuando tengan una igualdad de poder, si no es así existirá superioridad o jerarquía en las soluciones que se puedan tomar a los objetos tratados, como son los casos expuestos en el apartado anterior de la transición de la democracia.

En el caso ecuatoriano, debemos identificar esos temas que preocupan a cada una de las culturas (occidental y andina) que son topoi fuertes que según el autor constituyen premisas que sirven para la argumentación y que debemos degradarlos más bien en argumentos<sup>217</sup>, ya que los mismos vistos en otra cultura son de difícil entendimiento, sino en algo imposible. En el punto siguiente haremos una aproximación a los temas del delito, procedimiento y pena.

---

<sup>215</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. pp. 61,62.

<sup>216</sup> Boaventura de Sousa Santos *Derecho y Emancipación*, op .cit. p. 154.

<sup>217</sup> Boaventura de Sousa Santos *Derecho y Emancipación*, op .cit. p. 158.

## 2.1. El comportamiento humano antijurídico desde la interculturalidad.

El delito desde la visión occidental, podemos explicarlo de dos formas: una formal: la conducta humana contraria al ordenamiento jurídico, esto significa que en primer lugar debe existir un fase pre legislativa<sup>218</sup> en la cual se determina la disfuncionalidad social que se genera según José Luis Díez Ripollés, entre la realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica que concluye con la presentación de un proyecto de ley. Luego, la fase legislativa que es la deliberación democrática de todas las personas que pueden ser afectados por la ley penal, de lo cual es aprobada y publicada; y por, último la pos legislativa que sería la crítica por la sociedad o por grupos relevantes de la misma si refleja o no la realidad social o económica que pretende regular.

Con ello el derecho penal cumple su función de regular conductas humanas que puedan afectar los bienes jurídicos que constituyen fundantes para la sociedad, cuando hablamos de los bienes jurídicos se entiende el concepto del delito desde la parte material o sustancial<sup>219</sup>, éstos son en realidad, creaciones positivas de una regulación jurídica o en la medida que el Derecho crea y configura de una manera determinada objetos y valores de la relación social (bienes jurídicos) para posibilitar y encauzar las relaciones sociales de los hombres.<sup>220</sup>

Como consecuencia de lo anterior, la teoría garantista desde el punto de vista normativo político, en relación a la intervención del estado debe ser solamente cuando sea necesaria aplicar la violencia por intermedio del Derecho Penal, privilegiando a la libertad, con lo que se construye la mínima intervención estatal y fragmentaria.

---

<sup>218</sup>José Luis Díez Ripollés, *La Racionalidad de las leyes penales*, Madrid, editorial Trotta, 2003, pp. 20-40.

<sup>219</sup>Juan Terradillos Basoco, *Sistema Penal y Estado de Derecho*, Lima, editorial ARA, 2010, p.22. Luis Gracia Martín, *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal*, op. cit. p.43.

<sup>220</sup> Luis Gracia Martín, *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal*, op. cit. p.45.

Así mismo, el delito cumple con su elemento esencial de estar descrito en la ley penal, (ley escrita o principio de legalidad Art. 76.3 de la Constitución) que fue la principal conquista en el estado liberal de protección al delincuente contra la imprevisibilidad que se generaba en el antiguo régimen de la producción de las leyes y de las decisiones de los jueces; actualmente, en el Estado democrático constitucional la tutela de los derechos reconocidos por la Constitución es uno de los deberes esenciales de esa organización política. Así mismo, la ley reúne los elementos de ser general, universal y abstracta.

En esa misma lógica para que se promulgue la ley tipificando la conducta prohibida, ésta se construye, desde la sociología y criminología, como disfuncionalidades que se dan en la sociedad y producen un malestar social, generan discusiones para la toma de decisiones políticas, lo que constituye una acción política la implementación de la misma.

Estas disfuncionalidades son también producto del derecho penal estatal, tomando en cuenta que se convierte en un elemento de control social de las conductas desviadas, que se generan desde el punto de vista del discurso criminológico en alteraciones sociales en donde se producen las anomias en esa parte de la sociedad, según sostienen Durkheim<sup>221</sup> y Merton<sup>222</sup>.

Estos autores en sus construcciones, como sociólogos, integracionista el primero y funcionalista el segundo buscan protección de la comunidad y la integración social como una forma de que los hombres de la época se integren a la sociedad, en especial el segundo a la sociedad norte americana. Merton considera que “los desviados no son enfermos sino que actúan normalmente ante la presión de la estructura social....la desviación proviene de una contradicción entre la estructura social y la estructura cultural.”<sup>223</sup> El mismo criterio tiene el

---

<sup>221</sup>Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op.cit. pp. 268-275.

<sup>222</sup>Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op. cit., pp. 290,291.

<sup>223</sup>Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op. cit., pp. 291,292.

sociólogo francés que se tratan de conductas normales, critica la institución del delito natural, considerando que cada sociedad debe generar su propia construcción de delito.

Zafaroni sostiene que el derecho penal lo que hace es elegir personas que reúnan ciertos estereotipos fijados por el discurso dominante y que se encuentran en estado de vulnerabilidad frente al sistema social, por lo que se constituyen en excluidos y por lo mismo en personas que deben ser olvidadas en el submundo de las prisiones. No deben ser integrados a la sociedad ya que se constituyen en enemigos de la sociedad.<sup>224</sup>

Todas las posiciones antes anotadas de carácter occidental tienen su punto de partida con el control social, es así que Oscar Contreras citado por Esther Sánchez Botero, sustenta esta posición

El derecho positivo y el control social examinado desde este referente, constituye lo que desde Gramsci, se denomina hegemonía. En efecto, tiene hegemonía quien consigue dirigir la sociedad, y dirigir no es otra cosa que lograr que otros produzcan las conductas y la ideología deseadas por quien detenta esa hegemonía. La eficacia de las normas constituye un índice de hegemonía política por parte de quien consigue la eficacia de su discurso<sup>225</sup>.

Podemos decir que, la construcción occidental tiene y tendrá injerencia de la construcción del control social, ya que siempre se entiende en esta sociedad que el Estado está sobre los ciudadanos, éste tiene el ius punendi y por lo mismo es la forma de introducir la hegemonía ideológica dependiendo el Estado que se quiera construir, sea liberal, autoritario o constitucional de derechos con una ética laica, esta es una de las tensiones con la cultura indígena.

En el caso de la filosofía andina existen prohibiciones que la comunidad fija para mantener la integración y armonía, así lo sostiene Gabriel Ignacio Anitua citando a

---

<sup>224</sup>Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, editorial Ediar, 2000, pp. 7-13

<sup>225</sup>Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit, p. 136.

Malinowski (1884-1942) este autor desestimó los prejuicios que existían de las culturas primitivas, la existencia de estas culturas se sustenta en el principio de la reciprocidad social, ya que sostiene que esta reciprocidad hace que se generen derechos y obligaciones sociales, ya que los nativos tiene el interés social que esto funcione, por lo mismo se obligan a dar y tomar por lo que el derecho para este autor de las comunidades cumple una función integradora.<sup>226</sup>

En razón de lo anterior cada comunidad tiene su derecho propio. Esther Sánchez Botero, nos dice en qué consiste este derecho,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos”.<sup>227</sup>(...) se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en “epidemias” que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.<sup>228</sup>

Sánchez Botero, en lo que tiene relación como ve el derecho propio a las prohibiciones a las conductas transgresoras o antijurídicas, expone que

el derecho en las sociedades de origen prehispánico no se orienta a regir, normativizar y determinar lo sancionable. Apunta a la idea inicial de códigos de representación tendientes a regular el campo de comportamientos, a la manera de un ciframiento que asigna en términos de conducta, líneas de pensamientos.

---

<sup>226</sup>Bronislaw Malinowski citado por Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op. cit., p. 277.

<sup>227</sup>Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo Principios Básicos, op. cit, p. 119.

<sup>228</sup>Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo Principios Básicos, op.cit. p.121.



La prohibición en las sociedades de origen prehispánico está relacionada directamente con una acción, por una parte, y esta íntimamente ligada a la idea de efecto, por otra parte. Se veda, se impide, se prohíbe, pero todo ello trae un efecto. Esta es su dialéctica...Esta prohibición y veda, al ser transgredida, inicialmente traerá un efecto individual y social, que será leído e interpretado y, consecuentemente, conducirá a ser sufrido directamente por él o los transgresores.<sup>229</sup>

Para Sánchez Botero, este derecho no pretende utilizar los dispositivos<sup>230</sup> que usa el derecho occidental de etiquetar, vigilar, medir y determinar, sino que apunta a no ser explícitos ni obvios, ni están necesariamente relacionados con funcionarios especializados.

Sino sostiene la autora colombiana:

mediante sutiles y claros mecanismos de socialización se contribuye al conocimientos de pautas ocultas o implícitas de la cultura. Es decir, a las regularidades del comportamiento, de las cuales los miembros de una sociedad pueden ser poco conscientes, pero que no obstante están ampliamente configurados.<sup>231</sup>

¿Cómo entiende el derecho indígena, al transgresor de los principios o normas de comportamientos?, para Esther Sánchez Botero es

quien causa el daño, está identificado como animal en unos casos, o, como ser con otra identidad (blanco, perteneciente a otra etnia, como ser de otro territorio o como no clasificable). Este proceso de concebir al otro por fuera de nosotros, permite la distancia necesaria para su liquidación física, destierro, ostracismo, castigo, enfermedad.

Basados en una concepción de dignidad humana propia y por el reconocimiento de la existencia de un devenir en personas, los pueblos indígenas leen los signos convencionales con que se representan las líneas al pensamiento, los “sellos” o “marcas”, que son emblemas misteriosos y cifradamente resumidos en códigos o discursos de pocas palabras, que se reconocen limitadamente sólo al interior de la etnia. Este reconocimiento

<sup>229</sup> Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit, pp. 133,134.

<sup>230</sup> Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op. cit., pp. 400. Anitua citando a Foucault, menciona que este autor es quien creo el término de dispositivos en crítica que el derecho realiza diagramas de poder en ciertos dispositivos como son los hospitales, cárceles, escuelas, ejercito en el cuerpo de los humanos con ciertas técnicas.

<sup>231</sup> Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit. pp. 134,135.

cultural y social permite predecir los comportamientos, por lo que las transgresiones definidas en términos negativos que desencadenan consecuencias temibles no están precisamente detalladas.<sup>232</sup>

Como habíamos manifestando en líneas anteriores, esos códigos de pocas palabras tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos Kichwas del Ecuador, como son “Ama killa, ama llulla, ama shua”, no ser ocioso, no mentir y no robar.

Podemos concluir, como expresa la antropóloga colombiana que no existe control social en el derecho amerindio o prehispánico como sucede en el derecho occidental, por cuanto en el derecho indígena no existe quien “detecte esa hegemonía”<sup>233</sup>, además, la comunidad es entendida como ese todo y nosotros como integrantes de esa comunidad son los que tiene esos códigos que se encuentran ocultos, pero presentes en la memoria, ya que cualquier actuación contraria afectaría esa armonía comunitaria.

Una vez que hemos descrito como se ven las conductas humanas que afectan a normas, para la cultura occidental son delitos y para la cultura andina son comportamientos que transgreden las normas comunitarias.

En este instante debemos retomar el criterio del maestro Boaventura de Souza Santos, en el sentido de degradar a estas construcciones de su calidad premisas a simples argumentos para poder hacer una aproximación a la interculturalidad en estas construcciones.

Con las construcciones expuestas, tenemos diversas formas de comprender este tema propuesto, la primera la occidental desde un punto de vista filosófico dogmático su construcción se genera en la regulación de conductas que pueden afectar a bienes jurídico por lo que se expresa en la ley; y una segunda construcción que es la sociológica–criminológica,

---

<sup>232</sup> Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit, p. 136.

<sup>233</sup> Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit, p. 136.

en la cual a través del control social se utilizan dispositivos estigmatizadores con la criminalización tanto primaria como secundaria<sup>234</sup>.

Es decir, que al momento que relacionamos con la construcción andina es esta segunda construcción que es la sociológica ya que se considera como un proceso que se genera en observar a la sociedad, lo mismo sucede con la visión andina de construir los comportamientos sustentados en las relaciones de vivir en comunidad, con la diferencia de que la individualización de las conductas y su estigmatización es una destrucción o estigmatización para ese ser humano lo que no sucede con la visión andina.

Por lo mismo debemos partir, en *primer lugar*: incrementar la construcción de ir comprendiendo que es vivir en comunidad con libertades, en ese momento podremos realizar una *democracia comunitaria* en la toma de decisiones, es decir, participando en los espacios de decisión pública como en las elaboraciones de leyes, de asambleas de barrios en busca de concensos con los vecinos y hacer vida de comunidad coexistiendo con nuestras libertades liberales.

Esta comprensión de vivir en comunidad nos ayudará a construir el respeto de la dignidad que tiene las personas que viven en la comunidad sin utilizar formas de exclusión por haber cometido un delito. En la actualidad con las políticas de la seguridad ciudadana implementadas por el Ministro del Interior José Serrano, como son el programa de los “más buscados”, se exponen sus rostros en afiches, en la televisión y además se ofrecen recompensas. Así mismo, cuando se detiene a personas se les viste una camiseta de rayas horizontales color anaranjado, con el pretexto de identificar de los Policías, y se los exhibe en rondas o ruedas de prensa informativas de la Policía Nacional, violentando el derecho al

---

<sup>234</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 6-8.

estado de inocencia esta fue implementada por el Fiscal General (encargado) Washington Pesantez Muñoz.

En segundo lugar, las conductas antijurídicas, la construcción de los tipos penales de delito leves debe complementarse con la construcción de interiorizar de las normas que tiene la cultura indígena, para que las personas integrantes de la comunidad occidental no cometan y si lo hacen sea la propia comunidad que fije estas normas de responsabilidad social sin que sea necesario la tipificación de las todas las conductas en la ley penal.

En cambio en el caso de las conductas graves que se pueden generar en la comunidades, que tiene relación con el crimen organizados, debemos construir que esas deben tipificadas en la ley penal estatal, tomando en cuenta que la sociedad andina tiene una vida más sencilla y no se aproximan todavía dicha criminalidad transnacional que se generan en la relación de la comunicación y de la sociedad de riesgo que vive la cultura occidental.

En tercer lugar, reformular la construcción de control social como jerarquización o hegemonía que ejerce en la imposición de las conductas e ideología deseadas, ya que en el momento que comprendamos vivir en comunidad en la que todos somos un todo podremos no excluir sino incluir, como consecuencia se produzca la reciprocidad con ello la interiorización de que los ciudadanos debemos saber, que el cumplir las normas nos ayuda a identificar nuestra comunidad llamada Ecuador.

Las políticas públicas de carácter criminal o penal deben incluir esta concepción de que se debe implementar construcción de vivir en comunidad y la solidaridad, con el respeto de los derechos individuales como las libertades en especial la personal.

## 2.2. El proceso desde la interculturalidad.

Como habíamos manifestado en líneas anteriores el garantismo, surge como esa teoría que garantiza por parte del Estado la protección de los derechos reconocidos por la Constitución, siendo desde el punto de vista normativo tanto desde lo epistemológico como político, que se debe aplicar los axiomas y los valores de mas conocimiento y menos poder, menos violencia mas libertad.

En el primer caso desde lo epistemológico hace referencia a dos tipos de procesos penales garantista y decisionista: el primero se justifica como se debe construir la verdad, si la verdad es relativa o aproximativa o procesal conjuntamente dentro del proceso el rol del Juez que tiene, lo anterior se convierte en los fundamentos de este modelo.

Como debemos entender esto, el maestro italiano parte de los valores que debe tener *mas conocimiento y menos poder*, esto implica: en primer lugar, el principio acusatorio ( no el sistema acusatorio) que es la división de la decisión y de la acusación, la primera sigue con el Juez la segunda esta en manos de la Fiscalía tiene el poder de investigar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada; en segundo lugar, al no tener el poder de investigación el Juez, no se hace juicios previos de los hechos y de sus responsables. Como consecuencia, el Juez mantiene un papel neutral frente a los sujetos, sin que pueda activar la producción de pruebas. En tercer lugar, el conocimiento lo adquiere de la contradicción que se produce entre la fiscalía y el acusado, el primero en su afán de verificar la existencia del hecho y el segundo en su afán de refutar la prueba es en instante el Juez se convierte en garantista y evita el abuso del poder de sancionar, cumpliendo un proceso con todas las garantías penales y procesales<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup>Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit. p. 537.

Desde el *punto de vista político*, tiene relación con la premisa menos violencia más libertad.

Se refleja desde la política criminal, la utilización del poder del estado de sancionar, se utiliza al derecho penal, que es la expresión violenta del derecho, debe ser mínima y solo actuar cuando: a. Se determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b. se describa las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c. las penas formalizadas y proporcionadas que se fijen para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d. Debe existir un proceso penal que cumplan con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Nuestra constitución ha trazado en forma clara privilegiar la libertad del ciudadano, por una parte, cuando ha determinado la ética laica<sup>236</sup> como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano y como deber jurídico tienen las autoridades al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectar la misma<sup>237</sup>, y por otra parte, en el caso de afectar la libertad ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia<sup>238</sup>.

Como se considera el proceso en el derecho indígena. El mismo se sustenta en el principio de la *reciprocidad*: hace que se generen derechos y obligaciones sociales, ya que los nativos tiene el interés social que esto funcione por lo mismo se obligan a dar y tomar por lo

---

<sup>236</sup> Constitución del Ecuador Art. 3 (4).

<sup>237</sup> Constitución del Ecuador Artículos 3 (1), 84.

<sup>238</sup> Constitución del Ecuador, Artículo, 76, 77 (1), 86; Código de Procedimiento Penal Artículo 160 en esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad, solo en la ley de transito existe las mismas.

que el derecho para este autor de las comunidades cumple una función integradora.<sup>239</sup> Otro de los principios es la *Oralidad* al no ser derecho escrito, su cultura se sustenta en la transmisión de sus saberes ancestrales mediante el lenguaje, en esa lógica el proceso tiene como punto esencial la oralidad en todo el proceso, en especial el momento de la conocer el hecho, la presentación de las pruebas, la toma de decisiones en asamblea de toda la comunidad.

Finalmente el *Principio del Debido Proceso*, también existe en este ordenamiento, se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que es el Cabildo y la Asamblea, se hace la investigación por una Comisión Investigadora, le piden al sospechoso de que diga la verdad que no mienta y que aporte prueba ( el derecho a la defensa)<sup>240</sup> si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.<sup>241</sup>

Con todos estos principios, se constituyen como normas jurídicas prescriptivas, pero mas que eso, por esa razón forman parte del derecho indígena o derecho propio y se vincula a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura, cumplen su función de mantener el orden social, como su armonía, de ser necesario se aplique en forma coercitiva a conducta antijurídicas. Pero este acto deben hacerlo las autoridades de esa comunidad.

Una vez precisados los procesos en cada uno de los sistemas jurídicos, podemos analizar que en el caso del proceso, debemos partir que *debe ser justo* en ambos procesos lo son, ya que tiene elementos que les dan esta categoría a.) Se conocen los hechos que se acusan por parte de parte acusadora, además, b.) Se debe investigar los hechos que en el caso

---

<sup>239</sup>Bronislaw Malinowski citado por Gabriel Ignacio Anitua *Historias de los pensamientos criminológicos*, op. cit., p. 277.

<sup>240</sup>Constitución del Ecuador Art. 76, Convención Americana de Derechos Humanos Art. 8.

<sup>241</sup>Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo *Principios generales del derecho indígena*, op. cit, p. 129.

occidental son falsos y en el caso andino son oscuros, c.) En ese instante existe el derecho a la defensa y la posibilidad de participar en forma amplia y democrática con la presentación de las pruebas. d.) Existe un proceso democrático, por cuanto la participación del derecho a la defensa, la autoridad puede tomar una decisión ya que se ha generado el conocimiento con la contradicción de las pruebas. e.) Así mismo, existe la motivación de la decisión, con el objetivo que dice Habermas de explicar las razones por las cuales se toma la decisión para convencer de que dentro del proceso justo se actuaron pruebas suficientes que llevaron a la verdad y por lo mismo justifican la toma de la decisión sea a favor del procesado o en contra del procesado.

Con la propuesta intercultural se debe partir, en primer lugar: el proceso occidental debe buscar complementarse en la etapa de juicio con la visión indígena, en que consiste esto, debe procurarse ser mas participativo y comunitario, como conseguir aquello en la visión andina participa toda la comunidad en la toma de la decisión, con ello el proceso occidental debe ser, que participe toda la comunidad, como puede lograr aquello con la implementación de jurados, en el caso que seamos juzgados por nuestro pares, cumple cabalidad ser un proceso justo y participativo.

En segundo lugar, las garantías procesales como el derecho al silencio y a la no autoincriminación, debemos interiorizar el principio de la cultura andina de no mentir, ya que con ello lograremos por una parte, el respeto a los jueces o autoridades en los niveles de la sociedad ecuatoriana hasta llegar a la familia, por otra parte, en donde el asumir la responsabilidad de nuestro actos hace que la participación en la misma comunidad se genere la paz o la armonía quebrantada por nuestra conducta. Esto es comprender que al tener libertad tenemos responsabilidad frente a la comunidad y responder por lo que hacemos.



En tercer lugar, el caso de la comunidad andina, si la persona a pesar de la petición de que diga la verdad y que ayude a descubrir el hecho oscuro, no colabore tampoco se use métodos que puedan afectar la libertad que tiene de decir o no la verdad, sin engaños, torturas o coacciones psicológicas. Debe usarse si se descubre aquello como una afectación grave el respeto a la comunidad y a sus autoridades con ello se tome una forma mas intensa cualquier reacción, pero no se debe justificar el uso de medidas contrarias a los derechos reconocidos por la Constitución, de esa medida.

Como podemos entender la cita que Borrero García<sup>242</sup> hace de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C359 de 1996 siendo ponente el Doctor Carlos Gaviria, al mencionar sobre los únicos límites que debe tener la jurisdicción especial indígena, expresados como prohibiciones o límites: la de imponer la pena de muerte, la esclavitud y la tortura. Añade el autor que también sería el debido proceso con las modalidades propias de cada comunidad.

Si tomamos en cuenta que nos rige un estado constitucional de derechos, los derechos reconocidos por la Constitución deben ser respetados y tutelados sean individuales y colectivos, lo que hay que lograr es el dialogo de la interculturalidad y no solamente imponer un lenguaje meta ético para romper la horizontalidad y volver a la dominación y jerarquización de las culturas vía derechos humanos inherentes por la condición de ser humano.

En cuarto lugar, el uso de la prisión preventiva como medida cautelar, como lo manifiesta Ferrajoli restringir para casos graves, debe buscarse medidas alternativas, aprender del caso

---

<sup>242</sup>Camilo Borrero García, *artículo Multiculturalismo o Interculturalidad?* Diana Carrillo, Santiago Patarroyo Rengifo, editores, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*, op. cit. p. 68.

andino que no tiene esta medida, ya que implica eliminar o suspenderlo a quien sufre ésta y afectar su vida en comunidad. Además, no se priva de la libertad sino que se lo deja en libertad dentro de la comunidad para que no se sienta solo.

En quinto lugar, el proceso indígena tiene como fin la reconciliación de las dos partes, es decir, brindarse perdón mutuo de ser el caso, o el perdón que brinda el transgresor al ofendido y este actúa perdonándolo “es actuar de manera honorable”.<sup>243</sup>

Debemos buscar que existan espacios para los delitos de penas leves que se puedan llevar a estos espacios para que pueda existir esa reconciliación o perdón y no someterse al derecho penal con ello cumplimos el principio de la mínima intervención.

En el proceso penal occidental se encuentra transformando de la justicia retributiva y del control social a justicia reparatoria y garantista (mínima intervención). Que implica, si se mantiene el primero el delito se lo considera como violación de la norma, en el segundo el delito es conflicto social, por ello que en el segundo se pasa al dialogo entre victima y victimario, se deja de lado al estado, como consecuencia soluciona el conflicto.

En el proceso andino es una forma en que la sociedad soluciona el conflicto social y la alteración de la armonía comunitaria, por ello es la participación de toda la comunidad en la toma de decisión y en el momento que se repara a la victima y se reacciona contra quien actúa en violentando las normas comunitarias, lo cual significa que si ambos tienen esta filosofía de eliminar el conflicto social sería uno de los puntos de unión en este dialogo intercultural.

### 2.3. Los fines de la pena una aproximación desde la interculturalidad.

---

<sup>243</sup> Akuavi Adonon Viveros, La conciliación...en Rudolf Huber, Juan Martínez coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, 2008. p.91.

En el capítulo dos de esta investigación se expuso que es la pena? Tomamos las construcciones de Bernardo Feijoo Sánchez, Ana Messuti y Luigi Ferrajoli,

La pena ha sido sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico, lo decisivo es que se trata de algo doloroso o desagradable tanto para quien recibe como para quien impone<sup>244</sup>.

Como se expresó los fines de la pena en el sistema occidental son desde dos puntos de vista desde la retribución y prevención dependiendo la construcción que se tenga será establecido los fines de la misma.

En cuanto, a la cultura indígena la persona transgresora de las normas o principios de la comunidad ha producido con su acción un daño, es decir, “quien lo hecha a perder”, esta identificado como animal ya que no comprende o no puede seguir principios y reglas trazadas por la cultura. Representa el incumplimiento de un pacto de origen, donde lo calculado y previsto para desarrollar el horizonte de bienestar es irrespetado.<sup>245</sup>

El fin de las formas de reacción tiene varios objetivos en primer lugar es restablecer la armonía comunitaria que provocó el llaki.

En segundo lugar, es devolverle el equilibrio interior del transgresor mediante el agua fría, la ortiga o la vara con ello se cumple que la conducta no se vuelva repetir.

En tercer lugar, la reparación tomando en cuenta la reciprocidad y la complementariedad que debe existir en la comunidad.

---

<sup>244</sup>Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, op. cit. p.p .45, 46.

<sup>245</sup>Esther Sánchez Botero, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* op. cit, pp. 136, 137.

En cuarto lugar, si la conducta es grave es la expulsión de la comunidad, provocando que sea el castigo para que esta conducta no vaya a ser una forma de contaminación a las otras personas miembros de la comunidad y con ello se sigue viviendo en armonía.

Como dialogar los fines de la pena desde la interculturalidad, el derecho occidental en esta parte debe aprender y complementarse del derecho indígena en cuanto crear formas alternativas a la pena privativa de libertad.

Como construir un concepto de la pena intercultural es una reacción que tiene la sociedad o la comunidad frente a una conducta o comportamiento antijurídico en contra de las normas que rigen a ellas, que no se debe buscar la exclusión de su integrante sino más bien buscar las formas en las cuales se integre a la vida de la comunidad en forma solidaria, en busca de la reparación del daño hecho tanto a la comunidad como al complemento, sin buscar que sea un ejemplo para la comunidad ni para el mismo, sino tomar a la pena solamente como retribución. Como conseguir lo anterior:

En primer lugar, buscar que la persona comprenda lo que es vivir en comunidad con ello el fin de la pena sería que se interiorice su capacidad de comprender los principios que rigen esa comunidad con ello evitaremos que altere y produzca la incertidumbre.

En segundo lugar buscar no excluir a la persona en forma ni provisional ni definitiva de la sociedad o de la vida en comunidad cuando se trate de conductas leves, haciendo trabajos comunitarios, ingresando en cursos de aprendizajes de proyectos comunitarios.

En tercer lugar, buscar la reconciliación de las partes en un proceso para que no exista un proceso penal con fines sancionatorios y con ello se vuelve a la armonía comunitaria.

En cuarto lugar, que como medida comunitaria realice trabajos de reparación en favor de la víctima u ofendido con el fin de que comprenda la complementariedad y reciprocidad comunitaria.

En casos graves como los de organización criminal la comunidad indígena debe ceder el juzgamiento y la sanción ya que en este caso estos delitos abarcan procesos sociales de desequilibrio que dentro de su propia criminalización son transnacionales por lo mismo no todos pueden ser ecuatorianos y por lo mismo provocaría una distorsión el manejo comunitario que se le puede dar al fin de la pena, tomando en cuenta que son personas que no conviven con nuestra construcción intercultural y solo buscan el lucro en el cometimiento de esos delitos, así mismo, son delitos que afectan en forma grave a la convivencia no solo del Ecuador sino de la humanidad.

## CAPITULO IV.

### CONCLUSIONES.

1. El Ecuador cuando se declaró intercultural, provocó que el discurso en primer lugar sea incluyente, al visibilizar las culturas existentes en nuestro país y que hasta ese momento habían sido excluidas.
2. La interculturalidad no solamente es un adjetivo para calificar al Estado, sino que tiene un gran contenido que implica el respeto de cada una de las culturas, teniendo el mismo poder en sus instituciones.
3. El hecho del reconocimiento de los derechos colectivos son un gran avance en la construcciones de los derechos humanos, esto implica que debemos repensar en nuestra forma de interpretar la realidad de una forma individual egoísta, abstracta, predeterminada hipotética.
4. Debemos reconstruir los conceptos de contrato social como una construcción hipotética, sino explicar al mismo como un proceso de acuerdos para que faciliten el diálogo en busca de consensos culturales.
5. La reconstrucción de la libertad para ser entendida dentro de los derechos colectivos como esa reafirmación de la identidad cultural, debe ser una forma en la cual debemos comprometernos para poder lograr la interculturalidad.
6. Debemos seguir construyendo la hermenéutica diatópica para poder seguir logrando la interculturalidad, ya que debemos comprender que las culturas son incompletas y que necesita de su complemento que es la otra cultura, no como sumisión sino como su cultura fuerte que permita el dialogo en igual de condiciones.

7. La interculturalidad desde la democracia en nuestro país se encuentra en deuda, debemos seguir logrando que los temas se conviertan en argumento y no en premisas que no permiten dialogar como lo hace y propone Boaventura de Souza Santos.
8. El reto de construir la interculturalidad ecuatoriana es una de las mayores propuestas que están en el debate del constitucionalismo y pensamiento jurídico, por ello debemos aceptar y comprometernos para seguir en hacer una realidad tanto teórica como práctica, para evitar que no pase de ser una simple declaración.
9. La pena privativa de la libertad en la filosofía indígena no tiene su aceptación cultural, por cuanto el hecho de los derechos colectivos hace que no tenga ninguna justificación, lo cual puede ayudar a la occidental en el sentido que no se saca nada con excluir a otro ser humano.
10. La superación y reconstrucción del discurso que propone la interculturalidad debe ayudarnos a todos los ciudadanos para cambiar y ser democráticos en nuestros comportamientos y discusiones.
11. La democracia es uno de los criterios que todavía en el Ecuador no se comprende en qué consiste, es por ello que debemos seguir en esta construcción sin desfallecer a pesar de los miles de obstáculos que se presenten.
12. La construcción será dura y larga, ojalá Ayala Mora no sea profético y dure cien años como la construcción del Estado laico.
13. Debemos seguir creando herramientas y literatura para entender esta interculturalidad.

## BIBLIOGRAFÍA.

Adonon Viveros, Akuavi La conciliación...en Rudolf Huber, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosembert Ariza, coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008.

Alcácer Guirao, Rafael *Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, Editorial U. Externado de Colombia, 2004.

Alflen Da Silva, Kelly Susane *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*, Bogotá, editorial Temis, 2006.

Anitua, Gabriel Ignacio *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, editorial Puerto, 1era reimpresión, 2006.

Ansuátegui Roig, Francisco J. *De los derechos y el Estado de Derecho*, Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Bogotá, Editorial U. Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro. 47, 1ra. Edición, año 2007.

Arango, Rodolfo *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Editorial Legis-Universidad Nacional de Colombia, Primera Edición, 2005.

Avila Santamaría, Ramiro *El neo constitucionalismo transformador El estado y el derecho en la constitución del 2008*, Quito, editorial AbyaYala, 2011.

----- Agustín Grijalva y Rubén Martínez editores, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, artículo de Marco Aparicio, Serie Justicia y Derechos Humanos, Nro.2, Quito, edit. Ministerio de Justicia y DH y Tribunal Constitucional, 2008.

----- *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Los Principios de Aplicación de los Derechos*, INREDH, serie investigación Nro. 14, Quito, 2009.

Ayala Mora, Enrique “*Justicia Indígenas*” Judith Salgado, compiladora, “*Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*”, Quito, Editorial UASB-AbyaYala, 2002.

Baquerizo Minuche, Jorge y Erick Leuschner Luque, *Sobre Neconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho”, Lima, editorial EDILEXS.A, 2011.

Bobbio, Norberto *Teoría General de la Política*, Madrid, Editorial Trotta, 3ra. edición, 2009.

-----*La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Editorial Fondo de Cultura Económico, Séptima reimpresión, 1999.



Borrero García, Camilo *artículo Multiculturalismo o Interculturalidad?* Diana Carrillo, Santiago Patarroyo Rengifo, editores, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1era. Edición, 2009

Carbonell, Miguel *La Constitución en serio*; México, Ed. Porrúa-UNAM, 3era. Edición, 2005.

Ciaramelli, Fabio *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*, traducción de Juan Ramón Capella, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

CONAIE “*Estructura legal de los sistemas jurídicos de los Pueblos y Nacionalidades Kichwa del Ecuador*”, editorial Conaie, 2008, cita realizada por Verónica Yuquilema en su trabajo inédito.

Cruz Rueda, Elisa *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008

De Cabo, Carlos *La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell compilador, *La Función Histórica del Constitucionalismo*, México, editorial Porrúa-UNAM, 1era. Edición, 2008.

Díaz Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, editorial Trotta, 2003.

Estermann, Josef “*Si el sur fuera el Norte*”, Quito, editorial AbyaYala, primera edición, 2008.

Feijoo Sánchez, Bernardo *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, editorial IBdef, 2007.

Ferrajoli, Luigi *Democracia y garantismo*, traducción de Perfecto Ibañez y otros, *La democracia constitucional*, Valencia, editorial Trotta, 2008.

----- *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia.1. Teoría del Derecho*, Madrid, editorial Trotta, 2011.

----- *Derecho y Razón*, Traducción Perfecto Ibañez, otros, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Foucault, Michael *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, México, Editorial Siglo XXI, 2005.

García Morillo, Joaquín *El Derecho a la libertad personal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1995.

Gracia Martin, Luis *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, alternativa, año 2003.

----- *Fundamentos del sistema penal*, Quito, Editorial Cevallos, 1era. Edición, 2010.

Gozainí, Oswaldo Alfredo *El Debido Proceso, Derecho Procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1era edición, 2004.

Guerrero Arias, Patricio. *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica*. Coordinador Ariruma Kowii Maldonado, *Interculturalidad y Diversidad*, Quito ,editora Corporación Editora Nacional-U. Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, colección Biblioteca General de Cultura nro. 20, 2011.

Guastini, Nicolás *Neconstitucionalismo*, artículo La constitucionalización del ordenamiento jurídico, Edición de Miguel Carbonell, Barcelona, Editorial Trotta, cuarta edición, 2009.

Habermas, Jürgen *Facticidad y Validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, estudio introductorio, Valencia, editorial Trotta, tercera edición, 2001.

Hernández, Héctor (director) *Fines de la Pena, Abolicionismo, Impunidad*, Buenos Aires, editorial Catedra Jurídica, 2010.

Huber, Rudolph, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosebert Ariza, coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008.

Ibañez, Perfecto Andrés “*Sobre la prueba y motivación*”, El Estado actual de las ciencias penales, libro homenaje a la Universidad de Antioquia, Medellín, editorial Ibañez, Compilador Armando Calle Calderón, 2009.

Ilaquiche, Raul, *Pluralismo Jurídico y administración de Justicia Indígena en Ecuador*, Quito, Edit. CONAIE, 2004.

Lema, María Mercedes *Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador*, Quito, Editorial de la Corte Suprema de Justicia, Auspicio del Consejo de la Judicatura, primera edición, 2007

Laurati, Carina *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, editorial Rubinzal Culzoni, 1era edición, 2008.

Llasag Fernández, Raul *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos No. 30, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

Macas, Luis *Construyendo desde la Historia, Resistencia del Movimiento Indígena en el Ecuador, en Plurinacionalidad Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compiladores, Quito, Ediciones AbyaYala, primera Edición, 2009.

Malo González, Claudio *Justicia indígena, Cultura e Interculturalidad*, Quito, Editorial Abya Yala-UASB, 2002.

Melkevik, Bjarne *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, Universidad del Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nro. 42, Bogotá, 2006.

Messuti, Ana *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Editorial Calle Campomanes libros, 2001.

Morales Patricio *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, Quito, edición CODENPE, 2007.

Nino, Carlos Santiago *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 1era. Reimpresión, Buenos Aires, edit. Astrea, 2000.

Patiño, María Cristina, *Libertad personal habeas corpus y estados excepcionales*, Bogotá, editorial Ibañez-Academia Colombiana de Abogacía, Tesis Doctorales 1, 2007.

Pérez Guametal, Carlos *Justicia Indígena*, Cuenca, editorial CONAEI, ECUARUNARI, segunda edición, 2010.

Pérez Luño, Antonio-Enrique *Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, con la colaboración de Carlos Alarcón, Rafael González y Antonio Ruiz, Madrid, editorial Tecnos, séptima edición, 2008.

Perogaro, José y Gabriel Ignacio Anitua, anotaciones de clases de la Maestría de Derecho Penal, Universidad Central del Ecuador, 2008.

Sánchez Botero, Esther *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios Básicos*, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008.

----- *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, segunda edición, Bogotá, Editorial UNIJUS-U. Nacional de Colombia, 2004

Santos, Boaventura de Sousa *Derecho y Emancipación*, Pensamiento jurídico contemporáneo 2, Quito, editorial Corte Constitucional de Ecuador, 2011

----- “*Plurinacionalidad*” *Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, Quito, edit. AbyaYala, 1era. Edición, 2009.

----- “*Refundación del Estado en América Latina*” *Perspectiva desde una epistemología del Sur*”, Quito, Editorial AbyaYala, 2011.

Terradillos Basoco, Juan *Sistema Penal y Estado de Derecho*, Lima, editorial ARA, 2010.

Tibán, Lourdes *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, Quito, editorial Pacheco, 2010.

Walsh, Catherine citando a Enrique Ayala Mora, *Estado, interculturalidad y multiculturalismo*, editores Pablo Ospina, Olaf Kaltmeier, Cristian Buschges, *Los Andes en movimientos*, Quito, editora U. Andina Simón Bolívar, U. Bielefeld, Corporación Editora Nacional, Biblioteca Ciencias Sociales nro. 65, 2009

----- *“Interculturalidad, Estado, Sociedad”* Luchas (de) coloniales de nuestra época, Quito, Editorial AbyaYala. UASB, 2009.

Yuquilema, Verónica Justicia indígena en la Comunidad de Pulucate, trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa).

Zaffaroni, Eugenio Raul *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Editorial Temis, 1998.

-----*Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, editorial Ediar, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo *La Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell, compilador, *La Constitución y sus normas*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 1era. Edición, 2008.