



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Paper Universitario

TÍTULO

LA PRISIÓN COMO PROBLEMA GLOBAL Y LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ALTERNATIVA LOCAL. ESTUDIO DE CASO

AUTOR

**Ramiro Ávila Santamaría, docente del Área de
Derecho de la Universidad Andina
Simón Bolívar, Sede Ecuador**

Quito, 2014

DERECHOS DE AUTOR:

El presente documento es difundido por la **Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador**, a través de su **Boletín Informativo Spondylus**, y constituye un material de discusión académica.

La reproducción del documento, sea total o parcial, es permitida siempre y cuando se cite a la fuente y el nombre del autor o autores del documento, so pena de constituir violación a las normas de derechos de autor.

El propósito de su uso será para fines docentes o de investigación y puede ser justificado en el contexto de la obra.

Se prohíbe su utilización con fines comerciales.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

INFORME DE INVESTIGACIÓN

**La prisión como problema global y la justicia indígena como
alternativa local. Estudio de caso.**

Ramiro Avila Santamaría

Quito - Ecuador

Enero 2013

La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso.

Resumen ejecutivo

La prisión nace como sanción penal en el siglo XIX y ha sido vista como una alternativa a los castigos crueles e inhumanos que le precedieron. Nace en Francia y rápidamente se globaliza su utilización, al punto de ser la pena principal del derecho penal en todo el mundo moderno. Sin embargo, sus efectos en términos personales y sociales son notables: genera dolor y no resuelve conflicto alguno. A pesar de haberse medido el daño que produce, su uso es cada vez mayor en el mundo (punitivismo). Ante los efectos, dos alternativas se han experimentado. Una dentro del sistema penal, que es una alternativa conservadora y acaba reificando la cárcel. Otra alternativa, radical, que se encuentra en la justicia indígena. La investigación estudia los efectos de la justicia penal y la justicia indígena en los actores que las experimentaron en el caso La Cocha. Se ha entrevistado a la víctima y supuestos victimarios en un caso de muerte, y se ha analizado el acta y el expediente judicial. Comparando ambas justicias, se desprende que ninguna es perfecta y que la “menos mala” es la justicia indígena, porque, según los actores del conflicto, favorece la reparación, produce menos daños personales y comunitarios, es rápida y produce resultados.

Palabras clave

Prisión/cárcel. Penas. Abolicionismo. Justicia reparadora. Justicia indígena. Justicia penal. Padecimiento. Punitivismo. Alternativas prisión.

Ramiro Avila Santamaría

Doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho por Columbia University (New York). Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y coordina la Maestría en Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011). ramiro.avila@uasb.edu.ec

Tabla de contenidos

Introducción

- I. La prisión como “solución” y como problema global
 1. Aproximación histórica a la prisión
 2. Aproximación sociológica a la prisión: los efectos
- II. Alternativas conservadoras a la prisión
- III. Alternativa radical a la prisión: la justicia indígena
 1. Los casos de La Cocha
 2. “Prefiero la justicia que me saque libre”
 3. “La víctima se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias”
 4. “El objetivo central es el de buscar la paz”

5. “Tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial conocido como ASESINATO”
6. ¿La cárcel o la reparación? Esa es la cuestión

Bibliografía

Introducción

El agua está “encerrada” en una botella. Cuando era niño, hace ya algunas décadas, no era usual tener agua embotellada. Ahora el agua se compra y es parte de los bienes del mercado. Tampoco hace algunos años se me hubiera ocurrido decir que el agua está “encerrada”, si no fuera porque Ecuador ha reconocido los derechos de la naturaleza en su constitución, y me ha hecho repensar muchos aspectos de la vida cotidiana. Si la naturaleza tiene derechos, entonces el agua, uno de sus componentes importantes, no se la podría vender ni tampoco “encerrar”. Pero no solo el agua se “encierra” y se vende, sino también los seres humanos. Así como millones de litros de agua están encerrados, también millones de seres humanos.

El “encierro” del agua y de los seres humanos tiene en común que nos parece normal. “Encerrar” no es un problema y más bien se considera una necesidad y una solución. Además, el “encierro”, cualquiera este fuere, es un gran negocio y se trata de un asunto más propio del mercado. Y de esto trata esta tesis, de problematizar el “encierro”, de deconstruir el discurso que legitima el encierro, y de establecer una alternativa viable al encierro. Cuando nos referimos al encierro, hablaremos indistintamente de cárcel, prisión, detención, prisión preventiva, condena, sabiendo que técnicamente podrían tener cada una de estas palabras significados distintos. Lo que nos interesa es la privación de libertad, cualquiera fuere su forma o manifestación jurídica.

Se ha escrito e investigado bastante sobre la prisión. Parecería que nada original podría decirse. El problema de la cárcel está sobre-diagnosticado. Conocemos su origen, sus mecanismos de operación, sus formalidades jurídicas, sus efectos negativos en las personas y en la sociedad. Si esto es verdad ¿para qué escribir más sobre el mismo tema? Simplemente porque el problema sigue existiendo. Parecería que todo lo que se ha dicho desde la academia, desde la criminología crítica, desde las investigaciones empíricas, no ha tenido impacto en la formulación y aplicación de políticas criminales. El estado y la sociedad, como demostraremos más adelante, siguen apostando a la cárcel como forma privilegiada de castigo. Mientras persista el problema, nunca será en vano seguir escribiendo y difundiendo los efectos de la cárcel. La cárcel es como una roca dura, y los discursos críticos como una gota de agua. Poco a poco se espera resquebrajarla.

Los discursos que legitiman la cárcel están llenos de mitos. En la primera parte de esta tesis se abordarán esos mitos y, con información empírica secundaria, se los deconstruirán. “La cárcel es un problema global” será la conclusión de este primer abordamiento. En la segunda parte, trataremos el tema de las alternativas planteadas al problema carcelario. El primer bloque de alternativas son las que se derivan del mismo derecho penal y poder punitivo. A

estas alternativas las denominaremos conservadoras. Como se podrá apreciar de la información empírica secundaria, las alternativas a la prisión legitiman la existencia de la cárcel. Tanto la prisión como sus alternativas son parte del problema. Finalmente, en la tercera parte, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Podemos imaginar un mundo sin prisión? Y este es precisamente el aspecto central de la tesis. Las alternativas existen y no son las que nos ofrece el estado, el derecho penal ni el sentido común. Esas alternativas son prácticas de justicia cotidianas de muchos pueblos indígenas alrededor del mundo.

En el capítulo final se analiza el caso de la comunidad indígena ecuatoriana La Cocha. En esta comunidad se han juzgado varios hechos considerados delictivos y se analizarán con detalles el caso de una muerte sucedida en el año 2010. Este caso tiene la particularidad de haber sido juzgado tanto por la justicia indígena como por la justicia penal, y nos permitirá comparar ambas justicias desde la experiencia y voces de víctimas, acusados y miembros de la comunidad, y desde los registros comunitarios y penales. Para construir este caso se ha recurrido a varias fuentes. En primer lugar, se hicieron entrevistas a una de las víctimas y a las cinco personas acusadas de la muerte. En segundo lugar se tuvo acceso a varios testimonios tomados a personas que viven en la comunidad entre el año 2011 y 2013. En tercer lugar se revisó con detenimiento el libro de actas de la comunidad La Cocha y el expediente judicial. Finalmente, se recurrió a varios estudios realizados sobre la comunidad.¹

En Ecuador, entonces, existen dos formas de abordar el tema de los crímenes, delitos o infracciones graves al derecho. Una es la estatal, que prevé la cárcel como solución a los conflictos con relevancia penal; otra es la practicada por ciertas nacionalidades indígenas, y que prevé la restauración como forma de solución. Frente a esta realidad, la investigación pretende responder algunas preguntas: ¿Puede resolverse legítimamente conflictos graves sin utilizar la cárcel? ¿Pueden compararse los efectos de la justicia estatal y de la justicia indígena?

El objetivo de esta investigación es demostrar, en un caso concreto, que la justicia reparadora practicada por ciertas nacionalidades indígenas puede resolver conflictos graves; y que la solución ofrecida por la justicia indígena, a pesar de tener múltiples defectos, es útil y provoca menos daños individuales y sociales, si se compara con la justicia penal estatal.

I. La prisión como “solución” y como problema global

¿Qué es lo que piensa cualquier persona como sanción cuando se cometen delitos? Inmediatamente y sin reflexionar la cárcel aparece en nuestro imaginario. ¿Qué es lo que demanda cualquier víctima de delitos graves o violentos? Sin duda, la prisión es parte de nuestra cultura moderna y de nuestra cotidianidad. La idea del encierro cuando se ha cometido una infracción grave está tan arraigada en nuestra

¹ Se agradece a Raúl Llasag por compartir siete entrevistas a miembros de la comunidad La Cocha, tomadas en mayo de 2011, y por acompañar en las visitas y entrevistas a los involucrados en el caso; a Luis Fernando Molina por compartir su entrevista a un líder comunitario en La Cocha, en marzo 2013; a Carlos Poveda por facilitar el acceso al expediente del caso y el contacto con las personas procesadas.

cultura, que resulta muy difícil pensar en otras soluciones. Nuestro imaginario está colonizado. Así como es difícil pensar en una alternativa al capitalismo, al mercado sin dinero, al desarrollo como progreso económico, resulta difícil pensar en una solución distinta a la cárcel.

Alrededor de la cárcel hay algunos mitos que merecen ser destacados y discutidos. Su deconstrucción nos permite abrir nuestra imaginación. Se han destacado ciertos argumentos y hechos en relación a la cárcel, pero también se ha silenciado e invisibilizado muchos argumentos y hechos. Para deconstruir a la prisión, nos aproximaremos al tema desde dos perspectivas, una histórica y otra sociológica.

1. Aproximación histórica a la prisión

La prisión como sanción es relativamente nueva en la historia de la humanidad. Si se escribiera la historia de la prisión, distinguiríamos dos períodos con claridad. El primero iría hasta el siglo XVIII, que se caracterizaría por el uso de la prisión como una medida cautelar (Peña 1997: 63). Esto es, se encierra a una persona con el único objetivo de garantizar su presencia para que se produzca el juicio y se efective la condena. Por ejemplo, como detalla Newman, la prisión cumplía un rol importante en el proceso durante la época de la inquisición, ya que permitía la interrogación, la acusación y la ejecución de la condena cuando procedía (1985: 85).

En el segundo período, que iría desde el siglo XIX hasta nuestros días, la prisión no solo es medida cautelar sino que es fundamentalmente la única forma de sanción. Esta manera de entender la prisión es una invención del iluminismo, en el siglo XVIII. Pensadores liberales, como Beccaria, inventaron el convincente mito, que pocos académicos han cuestionado, de que la prisión humanizó las penas. Efectivamente, Beccaria escribió en contra de la pena de muerte, la tortura y las penas indeterminadas (2005: 30).

En nuestro imaginario, antes de la cárcel como pena, todo era crueldad. Los relatos de las formas crueles de sancionar son múltiples. Por ejemplo, Voltaire describe que en Inglaterra a los acusados de alta traición, se les abría el pecho, se le arrancaba el corazón y se arrojaba al fuego (2002: 129). Incluso en nuestros tiempos, pensadores críticos han descrito y afirmado la crueldad en las sanciones en el *Ancient Régime* y en el siglo XVII y XVIII (Foucault 1995: 3; Garland 1990: 231). En algunas de nuestras ciudades (Lima y México D.F.) tenemos museos de la inquisición que alimentan nuestra imaginación sobre las formas creativas que tuvieron en la inquisición para provocar dolor, vergüenza y daño cuando se castigaba por delitos. En este contexto, la prisión sin duda es más humana a una muerte lenta y cruel, a una mutilación, a una tortura reiterada.

Sin embargo, esta visión cuenta solo una parte de la historia. En primer lugar, cuenta la historia de Europa occidental. Lo que los pensadores liberales escribieron tiene que ser interpretado en su contexto espacial y político. ¿Qué es lo que estos pensadores dejaron de contar, simplemente porque no lo sabían? En el siglo XVIII el mundo no solo era Europa. Por un lado teníamos gran parte del

mundo colonizado por potencias europeas; por otro lado, tenemos muchas naciones que ni siquiera eran influenciadas por Europa. ¿Se sancionaba con prisión en esos lugares? En muchos lugares sin duda no. En esos lugares no existía el derecho penal como lo conocemos ahora ni tampoco las cárceles como lugar de encierro y sanción.

En segundo lugar, las sanciones crueles no eran lo usual en Europa occidental. De acuerdo con Newman, contrario a la opinión de la mayoría de historiadores de la pena, la mayoría de las penas hasta el siglo XVII eran de carácter económico: multa, confiscación y restitución del bien lesionado (1985: 123). Las penas crueles están asociadas con las infracciones contra la religión y contra las altas autoridades estatales. Efectivamente las monarquías y la iglesia practicaron formas crueles de pena. Pero en el resto de infracciones, que eran la mayoría, se aplicaba la justicia restaurativa.

Por tanto, cuando se afirma que la prisión humanizó las penas hay que ser precisos. “Humanizó” las penas en Europa occidental y en aquellos delitos en los que estaban involucrados los intereses de la monarquía o de la iglesia. Y ponemos la palabra entre comillas porque, como veremos más adelante, los daños y el dolor provocados por la cárcel pueden ser considerados como graves e inhumanos.

La idea de lo que pasa en los espacios desde donde se ejerce el poder es lo que pasa en el mundo, es lo que Santos ha denominado un “localismo globalizado”, que quiere decir que un proceso que es local tiene la apariencia de global (1995: 263). La cárcel se inventó como sanción y se la justificó en Francia. Sin embargo, no podemos negar que la difusión de la cárcel, y también de muchas otras instituciones liberales como el estado de derecho, la división de poderes, la democracia representativa, la soberanía y los derechos fundamentales, en pocos años se convirtieron en fenómenos globales. Como sostiene Anderson, los franceses tuvieron el coraje de considerar su propia cultura como un modelo válido e impusieron su visión en el resto de Europa y el mundo (1991: 68).

Para ejemplificar el proceso globalizador de la cárcel como sanción, podríamos tomar tres de sus aspectos: arquitectónico, legal y la finalidad. Jeremy Bentham diseñó un centro arquitectónico para la prisión al que denominó *Panopticon*. La idea fue construir un lugar que pueda garantizar la mayor vigilancia con el menor esfuerzo. En el panóptico, desde un lugar central se observa a todos los encerrados, y sirve para muchos propósitos: seguridad, custodia, encierro, aislamiento, trabajo forzado, instrucción. Este modelo ideológicamente se convirtió en la sanción por excelencia (Foucault 1995: 200-206). La idea del *panopticon* se volvió real cuando se inauguró, en 1790, la penitenciaría de Walnut Street, en Filadelfia. De ahí en adelante, encontramos panópticos alrededor de todo el mundo: Berlín, Madrid, Bogotá, Tasmania, Quito.

De la mano de lo arquitectónico, el aspecto legal fue también un fenómeno que se expandió rápidamente. El Código Penal de Napoleón, que estableció la prisión como pena exclusiva y medida en unidades de tiempo, y que definió la función de sancionar como una potestad estatal, se difundió rápidamente por toda Europa y el mundo con influencia occidental (Foucault 1995: 231).

Finalmente, el discurso sobre los fines de la prisión también se globalizó, aunque siempre ha sido debatido y ha cambiado con el tiempo. Siguiendo a Garland (2001), el sentido dado a la finalidad de la prisión como pena ha cambiado y ha estado en estrecha relación con el sistema político, económico y cultural. Se pueden distinguir tres claras concepciones: (1) La prisión como un lugar de corrección; (2) la prisión como un lugar para rehabilitar personas; (3) la prisión como un lugar de exclusión.

(1) La prisión como un lugar de corrección comienza al final del siglo XVIII y se extiende hasta el siglo XIX. En esta fase, fuertemente influenciada por la idea religiosa de la penitencia y del aislamiento para la meditación, se puso énfasis en el trabajo obligatorio en talleres. Se corregía a las personas para evitar que vuelvan a cometer crímenes, entrenar para el trabajo y restaurar la virtud (Foucault 1995: 126). En suma, las personas son “normalizadas” y se pretende “ligar al individuo al proceso de producción en función de una determinada norma” (Foucault 2003: 135) La secularización y el desarrollo industrial debilitaron esta forma de entender la pena.

(2) La prisión como un lugar para rehabilitar estuvo estrechamente vinculada con el estado de bienestar en Europa y con el positivismo criminológico. Los profesionales y su saber científico tenían como finalidad cambiar la vida de la gente y reintegrarlas a la sociedad. Atrás de la pena en el estado de bienestar estaban ideas fuertes como la solidaridad, la ciudadanía universal y el compromiso con disposiciones sociales (Garland 2001: 35).

En los años 70, la criminología crítica (Baratta, 1986) y el abolicionismo penal (Mathiensen, 2000) demostraron el incumplimiento de los fines rehabilitadores de la pena de prisión, la ineficiencia de la burocracia penitenciaria, los perversos efectos de la cárcel en la vida de las personas, y el impacto social en determinados grupos sociales. El efecto esperado en relación a la denuncia en contra de la cárcel nunca se produjo. La cárcel no solo no desapareció sino que su uso se intensificó. Si bien, como reconoce Garland, los proyectos radicales en contra de la cárcel (abolicionismo, descriminalización, desinstitucionalización) capturaron la imaginación de investigadores y académicos, tuvieron muy poco impacto en la política criminal estatal (2001: 104). La crítica lo que logró fue despojar a la cárcel de finalidad filosófica y científica.

(3) El tercer período, que es el que actualmente atravesamos, se lo podría denominar como “segregación punitiva” (Garland 2001: 140). Desde los años 80, el énfasis ha sido el control social y en sintonía con las libertades privadas del mercado (Garland 2001: 194). La finalidad de la pena es simplemente excluir o eliminar a quien ha cometido delitos (2001: 178). No es casual entonces que las penas sean más duras, se incremente el número de años de privación de libertad incluso por infracciones leves (“three strikes out”), se restrinja la libertad condicional, se multipliquen los tipos penales, se construyan más cárceles, aumente la población carcelaria, y una larga lista de medidas que giran alrededor de la prisión como pena (Garland 2001: 142).

Para demostrar que la segregación punitiva es un hecho, Garland hace un estudio de casos y compara la situación de los Estados Unidos y Reino Unido. Lo que caracteriza Garland, sin embargo, no es un problema solo de esos países. Wacquant demuestra con información empírica que todas las medidas descritas como “segregación punitiva” se están manifestando en muchos países de Europa, Latinoamérica, África y Asia (1999: 22). Es decir, la cárcel como un lugar de exclusión social es un problema global. Corresponde ahora analizar si lo que denunciaron los criminólogos críticos y los abolicionistas en relación a la cárcel en los años setenta, sigue siendo válido. Más aún, corresponde demostrar si la hipótesis iluminista, de que la cárcel humanizó las penas, es cierta.

2. Aproximación sociológica a la prisión: los efectos

En este apartado, de la mano de algunos criminólogos clásicos, describiremos los hallazgos en relación a ciertos efectos de la cárcel, que se han investigado desde los años setenta, y luego, en el capítulo final, lo contrastaremos con lo que pasa en una cárcel de Ecuador. Los efectos de la cárcel pueden mirarse desde dos perspectivas diferentes. Una es la personal y otra es la social.

Graham Sykes, uno de los autores clásicos en analizar el impacto de la cárcel en la vida de las personas, ha sintetizado los efectos personales en lo que él ha llamado “padecimiento” (2007: 65). De acuerdo con Sykes, el encierro causa cinco padecimientos. El primer padecimiento es la privación de libertad en sentido amplio y profundo. Cuando la sociedad, las víctimas o los operadores de justicia demandan o privan de la libertad a una persona, fácilmente se olvida lo que significa la libertad. La libertad de movimiento se restringe severamente. Los metros cuadrados donde uno puede movilizarse son extremadamente limitados. La regla es la prohibición. Los contactos sociales y las relaciones familiares también son restringidos. Las personas encerradas pierden vínculos afectivos, sienten la soledad, el aburrimiento y el rechazo de la comunidad “libre”. Las personas encerradas no pueden escoger lo que pueden hacer o no hacer, con quién vivir, con quién socializar, ni las formas de manifestar sus convicciones.

El segundo padecimiento es la privación de bienes y servicios. Qué comer y beber, cómo curarse, dónde evacuar, qué leer, qué jugar, qué hacer con el “tiempo libre”, son actividades que requieren de servicios públicos disponibles fuera de la cárcel para parte de la población. Dentro de la cárcel, los servicios son harto deficientes. Las personas encerradas están obligadas a vivir en una degradante pobreza. La sistemática privación de bienes y servicios dentro de la cárcel constituye una grave amenaza a la dignidad humana (Mathiensen 2000: 133).

El tercer padecimiento es la privación de relaciones heterosexuales. ¿Qué sucede en la personalidad de una persona, criada en una sociedad patriarcal, que es forzada a tener relaciones sociales y afectivas homosexuales? En uno de los libros de Stephen King, *Rita Hayworth and The Shawshank Redemption* (que fue llevado al cine), trata sobre un exitoso banquero, condenado a cadena perpetua por haber supuestamente asesinado a su esposa, se puede apreciar los padecimientos de la cárcel y en particular el relacionado al tema sexual. En la cárcel existe un grupo de presos a los que se les denomina “las hermanas”, que se

dedican a violar a los presos (King 1982: 71). En varias escenas se puede apreciar las formas homosexuales violentas de relaciones sexuales y el impacto en la vida de los privados de libertad. Las relaciones sexuales violentas son una demostración de poder y son duras sanciones internas (Einat 2005: 294). Según algunos datos empíricos, se produce un serio daño, amenaza la auto-imagen del privado de libertad, y genera ansiedad sobre la masculinidad de los presos (Mathiensen 2000: 133; Einat 2005: 293; Sykes 2007: 71). El abuso sexual es sin duda un aspecto consustancial y rutinario de la vida en la cárcel.

El cuarto padecimiento es la privación de la autonomía individual. Vivimos una sociedad que nos empuja a ser individualistas y autónomos. Sin embargo, en la cárcel, las reglas de conducta, la burocracia y las formas de sociabilidad impiden que las personas encerradas tengan control sobre sus cuerpos y sus vidas. Todo está minuciosamente regulado: los espacios, los tiempos, los hábitos, las posibilidades. El preso, al no tomar decisiones, se convierte en una persona débil, necesitada, dependiente, como si fuera un infante (Mathiensen: 133). Garland afirma que el deterioro de las habilidades cognitivas y sociales frecuentemente resultan en una angustia emocional para la persona y su familia (1990: 242).

El último padecimiento mencionado por Sykes es la privación de seguridad. El ser humano, como cualquier animal encerrado, vive en un ambiente intensamente violento. El riesgo de sufrir lesiones, maltratos emocionales, extorsiones y hasta la muerte provoca ansiedad. Lacey sostiene que el hacinamiento, la violación y las agresiones por parte del personal penitenciario y de las otras personas encerradas son endémicas de la cárcel (1985: 31). Un buen ejemplo sobre este aspecto es el resultado del experimento realizado por Zimbardo y su "simulacro de prisión", en el que se encerró por varios días a personas escogidas por ser estables y "normales", y se les predeterminó roles de guardianes y de presos. Tanto los unos como los otros ejercieron y padecieron la arbitrariedad, el abuso de poder y la violencia (Liebling and Maruna 2005: 10; véase la película *Das experiment*).

En suma, el encierro produce agudos e irreversibles efectos físicos, mentales y psicológicos tanto para la persona como para la familia. El impacto depende del contexto social y cultural y del tiempo de encierro (Garland 1990, 254; Wacquant 1999: 142). De cualquier forma, los criminólogos coinciden en que los efectos de la cárcel son siempre negativos y que la cárcel debe ser vista como un fenómeno degradante, que en lugar de curar, corregir o rehabilitar, lo que hace es generar problemas y patologías (Lacey 2008: 32; Garland 2001: 197).

Los efectos sociales también pueden ser vistos y analizados desde distintas perspectivas. Por el momento, me voy a centrar en el fenómeno de la exclusión. Siguiendo a Wacquant, se podría afirmar que el estado, mediante el uso del sistema penal, clasifica, segrega y termina excluyendo. El sistema penal está atravesado por la necesidad de marcar la simbólica línea divisoria entre "blancos" y "negros", pobres y ricos, peligrosos y normales, yo y el "otro" (2009:45). Algo parecido han sostenido los criminólogos de tradición marxista. Según Rusche y Kirchheimer, por ejemplo, la verdadera función de la sanción penal es fortalecer los intereses de una clase social sobre otra (Garland 1990: 92; Baratta 1986: 200). De igual manera,

Pashukanis considera que el sistema de justicia refuerza el sistema capitalista y, en consecuencia, la inequidad, la falta de libertad y la exclusión; sin el cual no podría funcionar apropiadamente (Garland 1990: 113). Uno podría sostener que esta aproximación es ideológica. Sin embargo, otros criminólogos han llegado, sin motivaciones ideológicas, a semejantes conclusiones.

Lacey, por ejemplo, sostiene que existe una estrecha relación entre economía de mercado y sistema penal. La economía de mercado está orientada a la flexibilidad y a la movilidad humana, y el sistema penal inevitablemente está encaminado a encerrar como un mecanismo para poder manejar a la población excluida por el mercado laboral (2008: 109). Esto es, la cárcel segrega a aquellas personas que no pueden ser incluidas por la sociedad. Entre estas personas, están los marginados y los inmigrantes (Newman 1985: 130).

Pero la exclusión no solo es económica, también es racial. En Estados Unidos, por ejemplo, que es donde quizá más estudios existen, la población negra y latina es sobrerrepresentada en las cárceles (Newman 1985: 124). Lo mismo sucede en todos los países en relación a quienes son vistos como “el otro”. La cárcel es el mecanismo más fácil para deshacerse de la persona indeseable y que molesta. La cárcel incapacita, excluye de la sociedad, contiene a las personas que causan problemas (Garland 1990: 289).

Si uno se detiene en las cifras relacionadas con la población carcelaria, se puede apreciar la dimensión del problema. La cuarta ciudad-metrópoli más grande de Estados Unidos, si se agrupara a todas las personas encerradas, sería la cárcel, con 1'931.850 presos (Wacquant 2009: 114), que equivale a la población de Washington DC y Quito. Actualmente en el mundo existen 10.75 millones de personas encerradas en cárceles (Walmsley, 2011). Es decir, estamos hablando de un problema global que ocasionan efectos desastrosos parecidos al calentamiento global, al hambre o las guerras.

La exclusión no termina con el encierro. Continúa con la vida fuera de la cárcel. La historia de Jean Valjean de *Los Miserables* no es solo fantasía. Los ex – presos no pueden reintegrarse fácilmente a la sociedad. Las dificultades vienen del lado del sistema penal, que incrementa la vigilancia después de la cárcel o no ofrece programas efectivos de reinserción, como de la misma sociedad que discrimina y estigmatiza a quien ha estado preso (Arrigo 2010: ix).

Concluyo este acápite con dos reflexiones importantes. La una es basada en un paralelismo, sugerido por Zaffaroni, entre la segregación sucedida en el régimen fascista alemán, de apartheid de Sudáfrica y el sistema penal. El primer paso para llegar a un genocidio es segregar individualmente, como hace la cárcel actualmente; el segundo es hacerlo en contra de grandes sectores de la población (apartheid) y el tercero es la eliminación de los excluidos (Zaffaroni 2010). Cuando uno piensa numéricamente entre el campo de concentración y la población carcelaria norteamericana, parecería que la comparación no es muy lejana. La otra reflexión tiene que ver con una metáfora realizada por Garland. La imposición de penas severas como la cárcel o la pena de muerte a muchos ciudadanos se parece a una guerra civil en miniatura, en la que se presenta a una sociedad comprometida

en una lucha consigo misma (1990: 292). La guerra como la cárcel produce padecimiento, violencia y muerte. Si los estados contemporáneos, como sugiere Wacquant, están siguiendo el modelo segregador del sistema penal norteamericano, estamos dando un paso firme hacia una guerra civil y un genocidio por goteo. Toda la evidencia apunta en ese sentido: el uso de la cárcel se intensifica, parece no existir alternativas, a pesar de que existe pleno conocimiento de que la cárcel no es útil para nada más que no sea excluir y eliminar (Raynor 2004: 197; McMahon 1992: 10; Garland 2010).

¿Por qué los estados siguen apostando por la cárcel como sanción? Porque simplemente es funcional al poder, al mantenimiento del *status quo*, y persiste gracias al apoyo tanto de políticos interesados como de la sociedad, que ha logrado incorporar a la cárcel como parte de la cultura cotidiana y hasta forma parte de ese velado instinto de venganza (Graeme 1985: 286; Garland 1990: 198).

Sin embargo, no existen excusas para, desde una perspectiva crítica, mirar la realidad y pensar en alternativas, en particular si estamos comprometidos con la vida, con la democracia constitucional y con la búsqueda de una mejor sociedad. La exclusión, la segregación y la muerte nunca serán aceptables desde una perspectiva liberadora y emancipadora. Como afirma categóricamente Bondeson, la privación de libertad como sanción debe ser reemplazada (1994: 239). Vamos a explorar las alternativas aceptables al sistema, a las que llamaremos alternativas conservadoras a la prisión, que son realmente parte del problema, y las alternativas radicales, que tienen que ser buscadas fuera del sistema penal estatal.

II. Alternativas conservadoras a la prisión

El discurso sobre las alternativas a la prisión no es nuevo. De hecho, casi todos los códigos penales modernos prevén alternativas a la prisión. Sin embargo, por los resultados, podríamos afirmar que las alternativas han reificado el discurso de la cárcel y, además, no solo no ha disminuido el número de personas privadas de libertad sino que ha aumentado el número de personas sujetas a control penal. Por esta razón, las alternativas estatales a la prisión conservan la realidad de la cárcel y mantienen vigentes todas las críticas realizadas.

El discurso dominante sobre las alternativas a la cárcel está enmarcado dentro del sistema de justicia penal. Se reconoce que la cárcel es un problema y se considera que las alternativas son una solución. Las alternativas son la libertad condicional (*parole, probation*) y los programas correccionales comunitarios. De acuerdo con Vass, “las alternativas son aquellas penas que permiten al condenado a pasar parte o la totalidad del tiempo de condena fuera de los establecimientos penitenciarios” (1990: 2).

Pero esta solución tiene severas restricciones. No caben las alternativas para los crímenes considerados graves, para los delitos cometidos por adultos y, si se incumplen, procede la privación de libertad (McIvor 2004: 167). Es decir, la prisión como institución es intocada. La sombra de la cárcel está detrás de cada medida alternativa. Es decir, la cárcel sigue siendo la principal y la definitiva forma de sancionar penalmente.

De acuerdo con los defensores de las alternativas a la prisión, éstas se basan en tres principios: solidaridad cívica, sanciones positivas y mínima intervención. La solidaridad cívica implica la relación entre el condenado y la comunidad, bajo la premisa de que los primeros necesitan recursos sociales más que otra gente; las sanciones positivas son un estímulo a la conducta y refuerzan el buen comportamiento; y la mínima intervención garantiza que los efectos perniciosos de la cárcel no se produzcan (Bondeson 1994: 215).

Este discurso comenzó en los años 60 y ha ido evolucionando. En estos años, Europa experimentaba el auge del estado de bienestar, que pretendía incluir a la clase obrera en la estructura social. La libertad condicional permitía efectivamente reincorporar a la persona condenada a la sociedad. En los años 70, se entendió que las alternativas permitían evitar daños e incluso ahorrar recursos. En estos años se desarrollaron las medidas de cumplimiento de sentencias en la comunidad y la suspensión de sentencias. En los años 90, la idea fue hacer cumplir una pena fuera de la cárcel, y se desarrollaron dispositivos técnicos de control y uso de manejo de riesgo para maximizar la efectividad de la pena (Bottoms et al 2004: 1-12; Vass 1990: 3-13). Entre las medidas desarrolladas últimamente se encuentra el monitoreo electrónico, que es un dispositivo electrónico que se coloca al condenado y que emite señales hacia centros de supervisión de condena. Algunos criminólogos sostienen que, de esta forma, se consiguen efectos educacionales, de comportamiento y hasta de reparación, que causan más efectividad en la prevención del crimen y evitan el daño de la cárcel (Nellis 2004: 241).

Existen estudios en los que se demuestra que las alternativas estatales a la prisión no han resuelto el problema del crimen ni el de la cárcel. Al contrario, las alternativas han expandido el sistema penal de una manera geométrica. El control penal ha salido de la cárcel y está en la sociedad. Además, la efectividad de las medidas requiere mayores inversiones económicas para contar con el personal suficiente y capacitado, con comunidades entrenadas para que incluyan a personas condenas y para convencer a los condenados para que cumplan con las sentencias (Raynor 2004: 215). Las alternativas a la cárcel van de la mano de otros actores protagónicos del sistema penal, como los fiscales, los jueces y la policía, que hace que los problemas de estigma, incertidumbre, abuso de poder, estén siempre presentes.

Bondeson ha analizado información cualitativa y cuantitativa en relación a las alternativas a la prisión. Algunos de sus hallazgos: las alternativas estigmatizan en igual medida que la prisión tanto por operadores de justicia como por miembros de la sociedad; los supuestos beneficiarios de las alternativas no sienten que son apoyados sino más bien reprimidos por la sociedad y el estado; los altos índices de reincidencia demuestran que la inclusión no se produce; las medidas alternativas han creado subculturas criminales; las alternativas han criminalizado no solo a los beneficiarios sino a su familia, y han provocado severos daños psicológicos; al igual que la cárcel, mientras más tiempo duran las medidas alternativas, mayor daño ocasionan; las alternativas degradan, infantilizan; las necesidades de los condenados no coinciden con lo que ofrece la comunidad. En

suma, las alternativas a la prisión no incluyen socialmente y causan los mismos daños, en menor intensidad, que la prisión (1994: 194-206). Por otro lado, desde la lógica de la política criminal, no existe evidencia empírica que demuestre que las alternativas estatales a la prisión hayan reducido la tasa de criminalidad (Bottoms 2004: 71).

Ante este desolador panorama, ¿tiene sentido seguir pensando en alternativas dentro del sistema penal? Algunos criminólogos insisten en que lo que hay que hacer es seguir apostando por las alternativas a la prisión, pero corrigiendo sus defectos. Se propone, entonces, medidas tales como disminuir el control administrativo, restringir el tiempo de las medidas alternativas, aumentar los mecanismos de asistencia social en lugar de la supervisión policial, eliminar la amenaza de la cárcel. También se propone expandir creativamente las alternativas a la prisión, estableciendo medidas como entrevistas disciplinarias, llamados de atención por parte de una autoridad no penal, visitas domiciliarias (Vass 1990, pp. 120-126). También se sostiene que las alternativas solo funcionarían en el contexto de un fuerte estado de bienestar, en el que se acompañen las sanciones con medidas del tipo educativas, laborales, vivienda y de seguridad social (Bondeson 1994: 239). Pero no hay que olvidar que el estado de bienestar está en crisis debido a la globalización capitalista, que las cifras hablan de un incremento de la inequidad global (Bondeson: 241), y que la criminalidad no solo se produce por parte de aquellos que no han sido beneficiarios del estado de bienestar (Baratta 1986: 101).

¿Las alternativas a la cárcel ofrecidas por el sistema penal son realmente alternativas? Se trata de una alternativa que mantiene latente la cárcel y más bien la reifica. Si una alternativa plantea una opción entre dos posibilidades, la alternativa a la prisión no es realmente una. En primer lugar, siempre se impone una sanción de prisión; en segundo lugar la prisión acaba siendo la sanción ya sea porque se la cumple por la reincidencia o porque se amenaza con su uso; en tercer lugar si la prisión y la alternativa es control penal estatal realmente las diferencias son de grado e intensidad. Por otro lado, existe evidencia de que las “alternativas” han sido el primer paso para que las personas condenadas cometan infracciones graves y acaben estando en la cárcel (Bottoms et al 2004: 3; Vass 1990: 112). Una alternativa que no disminuya el uso de la cárcel, sino más bien que vaya de la mano con el incremento del uso de la prisión tampoco puede ser considerada alternativa (Lewis 2004: 39; McMahon 1992: 124; Wacquant 2009: 113).

Hay un argumento más, que es un defecto estructural de los sistemas penales: el rol de las víctimas y el compromiso de la sociedad civil. Aunque se podría considerar que las víctimas pierden control sobre su conflicto en beneficio de una sociedad institucionalmente organizada para preservar la paz la seguridad (Bengoetxea 2013: 113-114), considero que las víctimas son poco importantes y tienen un rol secundario en el sistema penal. Mientras el estado persista en la intención de aparecer como representantes del orden público y de la sociedad (usurpando el conflicto a las víctimas²), las alternativas a la prisión no tendrán una

² De acuerdo con Foucault, la confiscación del conflicto de la víctima fue un mecanismo de consolidación del poder estatal, que además fue un mecanismo de de enriquecimiento e incremento de la propiedad de quienes tenían poder, mediante la aplicación de sanciones del tipo multa o

sería posibilidad de resolver los verdaderos daños ocasionados por el delito. Parecería que nunca hubo la intención de mejorar el sistema de sanciones o atender las necesidades de las víctimas (Vass 1990: 39). Por otro lado, en la coyuntura actual, en la que la sociedad admite y promueve el uso de la cárcel, hay que pensar que la sociedad civil no está preparada para incluir personas condenadas. Hay grupos sociales terriblemente punitivos, intolerantes, violentos, disfuncionales, en los que la aplicación de alternativas puede ser contraproducente (Vass 1990: 73).

Si las alternativas conservadoras a la prisión reifican la cárcel, no han prevenido la delincuencia y ofrecen los mismos problemas que el encierro, ¿es posible imaginar otras alternativas radicalmente distintas a las soluciones ofrecidas por la justicia penal estatal? Bengoetxea, analizando el principio de *ultima ratio* del derecho penal, también se pregunta si se pueden usar otras respuestas para tratar el tema del delito y el control social. Efectivamente, una posibilidad dentro del sistema de justicia estatal es la descriminalización, buscando soluciones en otras esferas legales, como la civil y la administrativa; otra es la prevención mediante políticas propias del estado de bienestar; y una tercera es desregular o desjuridificar, dejando el conflicto en el dominio de la moral privada, clarificando, en todos los casos, que no se trata de dejar impune los hechos que causan daño, sino de dar otras respuestas a la penal. “En nuestras sociedades multiculturales, estas alternativas normativas valen la pena tomar en cuenta” (2013: 115). En esa línea, parecería que en la práctica de la justicia indígena podríamos encontrar otras posibilidades, que nos permiten descolonizar nuestro imaginario y la praxis punitiva dominante.

III. Alternativa radical a la prisión: la justicia indígena

La alternativa a la cárcel como solución de conflictos sociales graves se la puede encontrar fuera del sistema estatal de administración de justicia. El solo enunciado de esta posibilidad causaría más de una crítica. Por mencionar una que viene desde un gran teórico del derecho penal garantista. El profesor Ferrajoli la calificaría como una propuesta abolicionista, que significaría a un retorno a modelos arcaicos de justicia penal, en la que predominaría el interés y la voluntad del más fuerte. Sin sistema penal estatal, la violencia, connatural al ser humano, se desbordaría y la venganza privada sería la regla (Ferrajoli 2005: 251). Sin embargo, la alternativa existe y no se produce el desborde ni la venganza privada.

La justicia indígena es parte de lo que se conoce como “justicia restauradora”. La justicia restauradora es una forma de resolver los conflictos sociales, que tiene una base comunitaria, concibe a la víctima y al victimario como miembros de una comunidad, considera al “delito” como un problema que rompe la armonía comunitaria, que se tiene que afrontar y resolver, utilizando la vergüenza como herramienta de prevención del delito. Braithwaite reconoce que hay dos tipos de vergüenza, una que desintegra, divide y estigmatiza, y otra que incluye, refuerza a la comunidad y sana (1989: 4-12; Weitekamp 1993: 69).

confiscación. En adelante el conflicto nunca volverá a ser entre dos partes iguales (víctima y victimario), sino entre una parte con poder (estado/fiscalía) y otra sin poder (victimario) (2003: 80).

Rupert Rose, encargado de administrar justicia estatal en las comunidades indígenas de Canadá, después de haber visitado gran parte de su vida comunidades indígenas, inspirado en los Oji-Cree, escribió un libro que sintetiza la diferencia entre la justicia indígena, que es restaurativa, y la estatal, que es adversarial. Las dos formas de hacer justicia son, por los fundamentos, los procedimientos y los resultados diametralmente opuestas. La justicia indígena se enfoca en la vida de las personas y la comunidad (holística), en el futuro, considera al victimario como miembro de la comunidad que necesita ayuda, a la víctima como un actor importante y a la comunidad como un espacio que debe recuperar la armonía, el conflicto es un problema que tiene que resolverse y una oportunidad para mejorar la vida personal y comunitaria. El procedimiento tiene ritualidades y dimensiones espirituales. La justicia adversarial, en cambio, aísla el conflicto, a la persona y a la víctima. El conflicto se reduce a un hecho a ser investigado, que se centra en el pasado, la víctima es objeto de prueba. La finalidad es sancionar y encerrar al responsable, y se puede prescindir de la víctima. El procedimiento es burocrático, lento, profesional, sin emociones (1992: 189-211).

La justicia indígena en la Cocha, como detallaremos a continuación, se basa en la vergüenza integradora y es una justicia restauradora.

1. Los casos de La Cocha

La Cocha es una comunidad indígena kichwa que tiene ocho mil habitantes aproximadamente, ubicada a 3.400 metros en la Cordillera de los Andes, región de la Sierra central del Ecuador, provincia de Cotopaxi. La comunidad vive de la agricultura (cebada, habas y papas) y de la ganadería. Tienen escasos y deficientes servicios públicos (Llasag 2012: 324).

La Cocha es conocida en Ecuador por dos casos que han puesto a prueba la declaración de Ecuador como un estado plurinacional e intercultural. El primer caso sucedió en el año 2002 y el segundo en el 2010. En el 2002, tres jóvenes, bajo el efecto del alcohol y después de haber discutido con un anciano en la comunidad, le golpean con un destornillador, un tubo y una piedra. Al poco tiempo, el anciano perdió la conciencia. Horas más tarde el hombre murió. Inmediatamente las autoridades indígenas, el *Cabildo*, se juntaron para resolver el caso. Cuando lograron contar con las tres personas que provocaron la muerte del anciano, el *Cabildo* convocó a las comunidades de La Cocha y sus alrededores a una *Asamblea* para conocer y resolver el caso. Quince días después de sucedido el hecho, el juzgamiento tuvo lugar. Alrededor de cinco mil personas se reunieron ese día. Después de escuchar y discutir sobre el caso, durante varias horas, se resolvió el caso. Los tres jóvenes fueron considerados responsables por la muerte del anciano; la viuda fue compensada por la pérdida del marido (6.000 dólares); los jóvenes recibieron concejos y pidieron disculpas; los jóvenes recibieron 13 latigazos, fueron purificados con ortiga y baños en agua helada; finalmente fueron expulsados de la comunidad por varios días. Después de firmar el acta, el caso se cerró y, según constatan algunos investigadores, la armonía se recuperó. Actualmente, uno de los victimarios es un miembro políticamente activo en la

comunidad (Caselli, 2010; Thomas 2009: 50). El actual dirigente de la comunidad recuerda:

“Hicimos una indemnización a sus hijos, a ese señor liberamos, quedamos ahí en paz, en la asamblea hay que pedir perdón y la asamblea ya le perdona también y les da algunas orientaciones y ya con eso tranquilamente ya lo entienden” (Ricardo Chaluisa).

El segundo caso sucedió en mayo de 2010, durante las celebraciones de una fiesta comunitaria. El cadáver de un hombre, que vivía cerca de la comunidad La Cocha, apareció muerto en el parque de Zumbahua. Horas antes, de acuerdo con el testimonio de algunas personas, el hombre había peleado con cinco jóvenes “rockeros”, que pertenecían a la comunidad de Guantopolo. Según una de las autoridades indígenas que juzgó el caso, los jóvenes dijeron:

“Llegué a Zumbahua a la una y no encontré a nadie, me puse a tomar a eso de las dos con ese grupo de cinco. A las tres nos comenzamos a relajar, yo me di cuenta que mental y espiritualmente estaba mal. A las siete nos fuimos al parque. Ahí llega el joven MO, que estaba tomado, y les dice a los jóvenes: “esos rockeros, vergas”. Uno de los jóvenes se levanta y le dice: “haber que pasa con mi gente”, ahí es donde se paran los cinco y le comienzan a pegar, un joven le da un golpe en la boca del estómago y le deja tendido. Cuando se queda tendido nosotros pensamos en que no le matamos, de repente uno le saca la correa y le amarra a la altura del hombro. Luego le llevan por una calle hasta la puerta de la iglesia y ahí le dejan amarrando. Ahí es donde le dejan ahorcando” (José Chaluisa).

La *Asamblea* determinó que los jóvenes eran culpables y decidió sancionarles de manera semejante que el año 2002 y que se detalla más adelante.

Los medios de comunicación transmitieron algunas imágenes de la ejecución de la sanción de forma alarmante, proyectando una imagen de salvajismo. Los jóvenes afirmaron que habían sido víctimas de torturas y tratos crueles. Las autoridades estatales reaccionaron de inmediato. Incluso el Presidente afirmó que se trataba de una monstruosidad y barbaridad (Caselli 2010). Pocos días después, el Fiscal General y el Ministro del Interior “rescataron” a los jóvenes sancionados, les llevaron a una cárcel y les procesaron penalmente. De igual modo, procesaron a las autoridades indígenas por secuestro y tratos crueles.

Los dos casos tratan sobre la compleja relación entre la justicia indígena y la justicia estatal. En los dos casos, el objeto de juzgamiento fue un homicidio, hubo juicio y resolución en la comunidad, y la justicia ordinaria penal reclamó competencia. Además, en ambos casos hubo interferencia de los medios de comunicación, que llamaron la atención sobre la forma cómo la justicia indígena procedía. En el caso del año 2002, no con pocos problemas, el juez penal consideró que la comunidad tenía competencia para juzgar el hecho criminal. En el caso del año 2010, en cambio, después de que la comunidad resolvió el caso y se cumplió parte de lo resuelto, agentes del sistema penal intervinieron y desconocieron lo actuado por la justicia indígena, se inició un proceso penal, bajo la premisa de que las autoridades indígenas no tenían competencia material para conocer delitos graves como el asesinato (Poveda, 2010; Thomas, 2012).

El caso La Cocha 2010 es un caso único porque el mismo hecho y los mismos involucrados en el conflicto, experimentan las dos formas de justicia. El estudio de este caso nos permite comparar no sólo los efectos de las dos formas de justicia sino también algunos aspectos procedimentales y teóricos que han sido destacados en esta investigación. Vamos a describir lo dicho en las entrevistas a víctima y victimario, y los expedientes de los casos, para luego analizarlos comparativamente.

2. “Prefiero la justicia que me saque libre”³

Pudimos conversar con los jóvenes condenados por la justicia indígena y aún procesadas por la justicia penal en junio de 2013. Ellos se presentan todos los viernes ante el Tribunal Penal de Cotopaxi y el fiscal de Latacunga en virtud de una medida alternativa a la prisión preventiva. Siguen esperando ser juzgados y su juicio se encuentra suspendido hasta que la Corte Constitucional resuelva si la justicia indígena tiene competencia para resolver delitos graves y si se aplica el principio de *ne bis in idem*. En lo que viene presentamos su vivencia en ambas justicias.

Los jóvenes insisten que son inocentes, que estuvieron en la fiesta, que vieron a la persona muerta, pero que no le provocaron la muerte. Creen que les acusaron por el solo hecho de ser indígenas rockeros. De alguna manera, están cansados de contar su historia. Lo han hecho ante la comunidad, al fiscal, a los abogados defensores, al juez y a múltiples periodistas. Les informo que no me interesa lo sucedido aquel día de la muerte, y lo que quiero saber es cómo han sentido los dos juzgamientos y que piensan sobre la justicia indígena y penal.

Comienzan recordando el primer día de cárcel. Ninguno de ellos había estado antes preso. Tenían mucho miedo. Una de las frases que más les impacto es aquella de que “carne fresca paga piso”, que quiere decir que van a ser violados. Decidieron estar siempre juntos para evitar que abusen de ellos. Las primeras semanas pasaron en un lugar en el que observan su peligrosidad. Luego les ubicaron en celdas.

La cárcel tiene una rutina monótona. A las seis de la mañana les despiertan para constatar que todos están. Luego desayunan un chocolate aguado con un pan. A medio día tienen el almuerzo. La comida es una migaja. “Dan comida como sobra para perros que les dan un hueso”. Entre las comidas, “no pasa nada. No hay nada que hacer más que pensar en su caso”. Uno adentro, además, piensa: “ahora cuando salga voy a vengarme, voy a cobrarme”. Las noches también son largas y no se puede dormir bien. Uno se vuelve loco de tanto pensar. El tiempo es lento. “Los minutos son como un año”.

La cárcel es rara y otro mundo, comentan. La califican como “un infierno en vivo, en donde habita el diablo”. Estar en la cárcel es estar como muertos en vida.

³ Entrevista realizada a las cinco personas acusadas por la muerte, realizada por Ramiro Avila Santamaría, Fernando García (antropólogo jurídico), Raúl Llasag (activista por los derechos de los pueblos indígenas). Las cinco personas son indígenas, hombres, tienen entre 21 y 25 años.

Muchos presos son racistas y les dicen despectivamente que son “indios” y “runas”. Recuerdan haberse dado golpes seis veces para defenderse o para no dejarse humillar. Consideran que los guías con corruptos, al igual que la ley y también los abogados.

Una de las cuestiones más duras fue no poder estar con su familia. Dicen que sus familias sufrieron mucho y les costaba dinero y tiempo irles a visitar. Pero no les abandonaron. Sienten que su familia y su comunidad les creen y les apoyaron. Cuentan que el suplicio aún sigue y que sus madres lloran con frecuencia. Para la familia “la cárcel fue full llanto”.

Al salir de la cárcel sienten que salieron enfermos, ensimismados, violentos, que les costó ser “normales”. Más o menos cinco meses no pudieron adaptarse. Dicen que estar en la cárcel fue como estar en la obscuridad, en un túnel, y que salir fue como volver a una luz intensa, en la que no pueden abrir los ojos. Poco a poco fueron retomando sus vidas. Ahora trabajan unos y otros estudian en la universidad. Ninguno volvió a vivir en la comunidad, en parte por vergüenza y en parte para superar este capítulo de sus vidas.

Cuando comparan la justicia indígena con la ordinaria, todos sin excepción prefieren la indígena. Consideran que la justicia indígena maltrata, que no investiga de forma adecuada, que no fueron escuchados y que tienen tanta presión que les tocó admitir la responsabilidad. Pero el dolor que sintieron pasó pronto, y el dolor físico se olvida. Creen que, aun siendo inocentes, si es que se cumplía la resolución indígena todo habría pasado ya y no tendrían más problemas en sus comunidades. Sin embargo, la justicia penal es mucho peor. La gente es autoritaria, se está lejos de la comunidad, el tiempo pasa lento y no se hace nada, nadie dice la verdad. El fiscal es mojigato, el rato menos pensado te saca el puñal (hacen referencia a la acusación por asesinato y a una posible pena de 12 a 16 años). “No hay nada bueno en la cárcel. Uno afuera aprende a volar, adentro de la cárcel le cortan las alas.”

Si habría que cambiar algo de la justicia indígena es que deben investigar más antes de sentenciar y buscar a los verdaderos culpables. En la justicia ordinaria, en cambio, no hay como cambiar nada y siempre será corrupta. “Pueden cambiar los edificios, el color de las paredes, pero es la misma pendejada, la misma huevada. Hablan, hablan, hablan y llegan siempre al mismo punto.”

Ambas justicias son salvajes, concluyen. La justicia indígena hace daño físico, pero uno se cura y se olvida pronto, explican. En cambio, la justicia ordinaria es más lenta y deja un daño psicológico que nunca se olvida. “En la justicia indígena uno vuelve enseguida a la vida normal. En la justicia ordinaria te dañan para siempre. La cárcel es algo duro y hasta dan ganas de llorar solo recordando...”

3. “La víctima se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias”⁴

⁴ J., hombre, indígena, mayor de edad, hermano de la persona muerta. Entrevista 23 de mayo 2013, en Pujilí, pueblo cabecera cantonal del lugar donde se produjeron los hechos, realizada por Ramiro Avila Santamaría y Raúl Llasag.

J., víctima, se desempeña como fiscal y forma parte de la justicia penal estatal. Nos recibe en su oficina y nos cuenta sobre su experiencia en la justicia indígena y en la justicia ordinaria. El mismo día en que le entrevistamos, habíamos visitado la comunidad indígena y caminamos por el centro comunal. Podía imaginarme la diferencia entre el escenario donde se realiza la justicia indígena y esa oficina de la justicia estatal. El primer lugar está rodeado por una montaña verde con muchas rocas. Sopla el viento, hace frío, el cielo es azul y el paisaje es hermoso. En cambio, en la oficina hay cuatro paredes, un escritorio, una ventana y un foco prendido: ladrillo, cemento, escritorio de metal y una computadora de plástico.

J. tampoco está completamente satisfecho con la justicia indígena, pero mucho menos con la justicia penal. A pesar de ello, prefiere la justicia indígena.

“La víctima dentro de la cosmovisión indígena se siente sumamente más bien protegida por las autoridades comunitarias, porque las autoridades comunitarias lo que tratan es la reparación a la víctima. El problema de la justicia indígena es que las autoridades comunitarias no hagan cumplir, y no se hagan efectivo las decisiones de las autoridades indígenas, y de que estos autores de la muerte de mi hermano a lo mejor se burlarían tanto de la familia como de los dirigentes.”

Por otro lado, al contrastar con su participación y sus expectativas en la justicia ordinaria:

“En la justicia penal nuestra participación ya no es importante, nosotros podemos no formar parte de este proceso penal. En la justicia indígena por lo menos se logró denunciar, se logró establecer quiénes eran los responsables de la muerte de mi hermano, se podría decir que en algo había ya una tranquilidad.”

Cuando se le pregunta qué más le gustaría haber obtenido de la justicia indígena, menciona que “para siempre, ellos tienen que estar en la memoria colectiva de las comunidades, de que ellos fueron los autores de la muerte de mi hermano.” Sin embargo, desea que “algún día me gustaría verles profesionales.”

Parte de las sanciones establecidas por la comunidad fue el pedir perdón. ¿Fueron perdonados por las víctimas? J. es claro en afirmar que “no están para perdonar. Pero tampoco estamos para hacer daño ni desear el mal.”

J., su madre y sus hermanos estuvieron presentes en el juzgamiento. Considera que hubo diálogo, que hubo investigación, que pudieron preguntar cuando sentían la necesidad para sacar toda la información sobre lo sucedido. Los familiares de las personas acusadas propusieron un arreglo económico.

“Nosotros, los hermanos, totalmente rechazamos esa propuesta. La razón fundamental de nosotros creo que fue es que una vida humana es invaluable, el cariño de mi hermano no se podía compensar en dinero. Y lógicamente de plano rechazamos, y donamos a la comunidad.”

Una de las virtudes que se resalta de la justicia indígena es que restaura la armonía en la comunidad. A nivel familiar J. sostiene que

“No en mi familia no. No se ha recuperado por cuanto no se hizo efectivo las condiciones y las sanciones impuestas. Y conocemos y sabemos por fuentes de otras personas, que ellos siguen yendo a las fiestas, ellos siguen yendo a esas reuniones sociales de diversión.”

Por esta circunstancia, las relaciones entre las personas sancionadas, sus familias y las de la víctima no son armónicas. “Con ellos prácticamente es una relación de respeto pero sin palabras. No nos ofendemos ni nos ofenden.” Cree que no se cumplió la sanción porque “Los familiares como garante de estos infractores, ellos debían hacer seguimiento y decir miren ustedes ya no pueden llegar allá, porque ustedes están así, hemos hecho así.” Parte del problema fue que la justicia penal interrumpió el acontecer comunitario. J. cree por el hecho de estar ya en libertad seguramente “ellos creen que están eximidos de culpa y, por tanto, se dicen ‘nosotros no vamos a cumplir’”. Con la intervención de la justicia penal, “hay ciertas familias que de manera de ciega trataron de desvirtuar diciendo que no eran.” Antes de intervenir, las autoridades de la justicia penal, de acuerdo con J. “tienen que saber que en las decisiones de las autoridades, el fin último es alcanzar la armonía y la paz de la comunidad.”

Si bien no se han cumplido las sanciones de la justicia indígena, ¿no podría considerarse un año de cárcel como una sanción por la muerte de su hermano?, le preguntamos, y además si es que sería conveniente introducirla en la cosmovisión indígena.

“Yo creo que la cárcel en sí, en las comunidades indígenas, yo creo que jamás van a existir. Porque naturalmente la cárcel para las comunidades indígenas es un encierro donde el infractor va a juntarse con delincuentes más profesionales, y al momento que ellos salen de la cárcel van a venir con venganza. En la cárcel hay ruptura familiar, ruptura con el entorno, se pierde el vínculo con la comunidad. En la cárcel se aíslan de la vida.”

4. “El objetivo central es el de buscar la paz”⁵

El procedimiento de la justicia indígena se recoge en un acta. El acta es manuscrita y la escribe la secretaria de la comunidad. Tiene varias partes. Comienza con un encabezado, en el que consta la fecha, las comunidades que están reunidas y el número de personas. En él se manifiesta que el 16 de mayo de 2010, se reunieron seis mil personas y dirigentes de 12 comunas, y el 23 de mayo de 2010, comparecieron cuatro mil personas y dirigentes de 24 comunas (Comunidad la Cocha, 2010).

Le sigue una parte, que podríamos llamar de antecedentes, en los que constan la convocatoria a las comunidades mediante altoparlante, la bienvenida que da el presidente a los asistentes, el conocimiento de la muerte violenta, a la

⁵ Libro de Actas, Comunidad La Cocha.

que llaman “desgracia”, y la designación de una comisión de la comunidad para investigar el hecho.

Finalmente, se describe lo sucedido en el día del juzgamiento, que tiene claramente tres partes: la investigación, la discusión sobre la responsabilidad y la sanción, y la ejecución de la sanción.

El acta recoge el fin del juzgamiento y la fase investigativa: “el objetivo central es el de buscar la paz, la tranquilidad y resolver entre nosotros. En la investigación:

“Primero conversamos con los jóvenes que cualquier delito hayan cometido. Tiene que decir las verdades, ahí llegan los pastores, el cura párroco, entonces no pueden ni deben mentir. En esta primera conversación ya reflexionan y en la segunda y tercera conversación ya informan claramente lo que ha pasado. Entonces separamos a cada muchacho. Uno estaba aquí en la casa comunal, otro en la casa de alado, otro en la casa frente a la iglesia y otro en la casa que se encuentra en la entrada de la comuna y el principal implicado está en una casa al otro lado del patio. Entonces los cinco declararon “nosotros fuimos, nosotros somos culpables, pero por favor que no queremos que nos manden a la cárcel si no que se nos aplique la justicia indígena, porque nosotros sabemos que hemos errado” (José Chalosa).

Luego, la brigada comunitaria rinde su informe en público⁶, en el que se cuenta el hecho, la forma como se lo conoció, las personas que contaron sus versiones sobre lo sucedido y también sugieren ya la responsabilidad. La víctima interviene varias veces y hace preguntas a las personas sospechosas.

Las personas proponen y discuten las penas. El siguiente listado recoge, de acuerdo con el orden de propuesta, las sanciones sugeridas: hacer cargar un quintal de ripio; que camine desde donde mató hacia la comuna La Cocha; caminar desnudo haciendo cargar piedra de cascajo; hacer baños con agua con ortiga “y eso es remedio para que cure las enfermedades”; mande al penal; “desde lugar donde está detenido llegará caminando y cargando un qq de tierra; dar la vuelta en la cancha; públicamente pedirá perdón al público; látigos a cada uno de los involucrados; indemnizar a la parte doliente; expulsar de la comunidad; hacer trabajos comunitarios; pago de 5000 dólares; prohibir el ingreso a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua; expulsión durante 2 años; familiares responsabilizarse de la rehabilitación; baño de agua con ortiga por el tiempo de 30 minutos; cargar tierra y desnudo dar la vuelta la plaza central de la comunidad; “recibirá un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la asamblea; perdón público ante la asamblea. Aunque alguien mencionó la posibilidad de la cárcel, en el acta consta que la cárcel no es una sanción de la justicia indígena.

⁶ “Dentro de esa Brigada también hay Presidente, Vicepresidente, Tesorero, Secretario. Ahí hacen unas investigaciones, con esas investigaciones nos vienen a informar, recibimos esa información y verificamos nosotros también a ver si es cierto o no es cierto. Siempre se va a verificar, comprobar. En esa comprobación nosotros también tenemos que entrar para hacer esa pregunta, ese proceso de indagación” (Ricardo Chaluisa)

Al final, “luego de las deliberaciones, debates de todo lo ocurrido, la asamblea adopta”: (1) Aplicar la justicia indígena, de acuerdo a las normas y procedimientos propios. (2) Declarar a los involucrados como partícipes de la muerte del joven M. (3) Indemnizar con 5.000 dólares que la parte ofendida dona a la organización. (4) Prohibir el ingreso de estos jóvenes e involucrados en el asesinato, a las fiestas sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua durante dos años. (5) Dar una vuelta a la plaza pública cargando un qq de tierra desnudo. (6) Pedir perdón a los familiares y a la Asamblea. (7) Bañar con agua y ortiga a lapso de 40 minutos. (8) Recibir castigo por cada uno de los dirigentes “en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejos por parte de los dirigentes”. (9) Realizar trabajo comunitario por el tiempo de 5 años. También se decide el seguimiento y evaluación del trabajo comunitario por parte de los dirigentes de las 24 comunidades y los dirigentes de Guantopolo.

Los garantes de la resolución son los mismos juzgados y sus familiares: “Las partes involucradas y los familiares se comprometen a respetar y acatar fielmente lo resuelto.” Finalmente, se declara terminada la asamblea, firman las autoridades indígenas el acta, que tiene, en total, tiene 23 páginas, y se desprende que dan cuenta de 10 horas de duración.

5. “Tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial conocido como ASESINATO”⁷

El expediente penal tiene 10 cuerpos (diez cuadernos) y, al momento, 2.504 páginas (cada semana, por la certificación de presentación de los acusados, aumenta diez páginas). El expediente está ordenado de forma cronológica, en función de los escritos que van acumulándose.

En las primeras páginas del expediente consta el “parte” policial, los informes de peritos sobre la autopsia y el reconocimiento del lugar. El primer acto procesal judicial, es la audiencia de formulación de cargos (28 de mayo de 2010). En esta audiencia, el fiscal considera que hay una muerte por estrangulación y que existen indicios para considerar que las personas privadas de libertad son presuntamente responsables del delito de asesinato. Además, no menos importante y sin que exista aún sanción, se ordena la cárcel durante el procedimiento (prisión preventiva). El abogado defensor solicita que “por seguridad personal de ellos he de solicitar sean transferidos a otra provincia”. El juez acepta la petición, “para que se les brinde mayores seguridades, por cuanto, su vida se encuentra en peligro y riesgo”, y ordena que las personas sean trasladadas a una cárcel en Quito.

Durante la investigación, el fiscal recoge varias versiones de vecinos de la comunidad y del hermano de la víctima (ninguno afirma haber visto la muerte, sino que narran haberle visto a ellos y a la persona fallecida horas antes); del policía que estuvo presente en la comunidad el día de la muerte; de los procesados, que afirman que son inocentes y que fueron torturados en la comunidad indígena. Los abogados defensores se limitan a pedir la libertad, a denostar como “salvaje” y

⁷ Tribunal Penal de Cotopaxi, expediente judicial.

“primitiva” a la justicia indígena y presentan certificados de buena conducta de las personas procesadas.

En la justicia penal, a pesar de la presunción de inocencia, no creen en la versión de los acusados. El juzgador manifiesta que sus afirmaciones de inocencia “hace presumir que posiblemente estarían encubriéndose unos a otros y formaron una coartada para evadir su participación en los hechos que persigue la fiscalía”. Los recursos que plantean para obtener la libertad durante el proceso se niegan porque presumen que se van fugar, así que les tratan como culpables. La víctima no tiene un rol importante, es más, salvo su versión, se prescinde de él, bajo la premisa de que “el Fiscal es representante de la sociedad y de la acción pública”.

El 21 de septiembre de 2010 el fiscal presenta su escrito de acusación y acusa a los procesados por asesinato. El 24 de septiembre de 2010, el Juez dicta el Auto de llamamiento a juicio. En el acta consta la acusación fiscal, las afirmaciones de uno de los abogados defensores que manifiesta que en la justicia indígena se presentan “actos de salvajismo, actos aberrantes para la sociedad”. En el acta consta la prueba fundamental y también un hecho que destaca el juez, que confirma su creencia de culpabilidad: la versión policial y el hecho de ser los acusados rockeros. En cuanto a la versión policial: “versión que resulta verosímil y convincente, al tratarse de un miembro activo de la Policía Nacional y que se encontraba precisamente actuando como agente investigador, lo cual le asigna y le atribuye un alto grado de credibilidad.” En lo de ser rockeros, el juez destaca que hubo un detalle que le llamó la atención: en la cédula de identidad de uno de ellos consta en la firma la palabra “metalrock O”. Acepta la petición del fiscal y llama a audiencia de juicio por asesinato.

En el mes de Diciembre 2010, las personas procesadas cambian de abogados, quienes sostienen que el Tribunal no puede juzgar porque ya lo fueron por la justicia indígena. El Tribunal suspende el juicio y envía a consulta a la Corte Constitucional, que no ha resuelto aún al momento de escribir esta investigación.

6. ¿La cárcel o la reparación? Esa es la cuestión

La máxima autoridad de la Función Judicial en Ecuador ha declarado públicamente que el debate sobre la justicia indígena no es sobre cuál es la mejor justicia sino sobre cuál es la competencia de ambas justicias.⁸ La autoridad estatal asume que en ciertas infracciones hay un interés nacional y que hay mejores capacidades en la justicia ordinaria para conocer y resolver delitos graves y complejos. Sin embargo, en un estado intercultural, se trata precisamente de comparar. ¿Cuál sistema causa mayor daño individual y social?

La diferencia entre cárcel y las diferentes formas de sanción indígena no es menor, y este debate no se debe evadir. La cárcel para los acusados es como un túnel y genera un trauma psicológico que nunca se olvida, además te separa de la comunidad, aísla, hay violencia sexual y física, se come mal, no se duerme. En

⁸ Entrevista a Gustavo Jalkh, Presidente del Consejo de la Judicatura, 3 de junio de 2013, por Diego Oquendo, en Radio Visión.

suma, se padece de igual manera como describe Sykes. En la justicia indígena, el dolor es físico y se olvida en semanas, las comunidades perdonan y reintegran.

Como hemos visto en el caso de estudio, la cárcel no resuelve problema alguno sino que lo aumenta. Al final, la cárcel es violencia y a veces con peores efectos que el mismo delito. Tanto las personas procesadas y la víctima, como los miembros de la comunidad sostienen que “en la cárcel vienen peor, aprendiendo malas cosas, salen y vienen con más venganza a la comunidad” (César Taquiza).

En la comprensión indígena hay dos argumentos muy fuertes en contra de la justicia penal basada en la cárcel como sanción, basado en los principios de no mentir, *ama llulla*, y el no ser ocioso, *ama killa*. En lo de la mentira, una estrategia de la justicia penal es, por la presunción de inocencia y la carga de la prueba, no admitir responsabilidad. Según Tibán, “en la justicia ordinaria el abogado hasta el último dice “dile que no hiciste”. Claro, la persona termina creyendo que no lo hizo. Termina creyendo que lo que violó no era violación, que lo que mató no era matar.” El otro principio es el “no ser ocioso”, enfatiza Tibán, “es el fundamento para no mandar a la cárcel. Porque la cárcel es ociosidad.”

Lo más importante en la justicia indígena es el consejo y la reparación del daño. Tibán sostiene que “aconsejar, significa decirle con el alma lo que no te puedo dar con el chirlazo.” Junto al consejo, tal como afirma Braithwaite, está la vergüenza integradora. Sin duda, admitir responsabilidad ante una comunidad genera una vergüenza enorme. “No sé qué duele más –cuenta Tibán- o pasar 25 años en cárcel, o pasar la vergüenza pública, sea por dos horas, sea por dos días, sea por media hora, pero lo que es más, es eso de que le cura al ciudadano, ese dar la cara al público y decir “yo hice, y no lo volveré a hacer porque ha sido malo.”

En cuanto al tratamiento de las víctimas, en la justicia indígena se supone que el fiscal defiende los intereses de la sociedad y el estado. La víctima es prescindible, es una versión más y no se obtuvo beneficio alguno. En la justicia indígena el conflicto es de las partes y de la comunidad. La sanción en la justicia indígena no pudo ejecutarse por la intervención de la justicia penal, lo cual frustró a la víctima. Miembros de la comunidad destacan:

“Ellos –los victimarios- pueden robar y no les hacen nada, no les pagan nada. Toca ir donde un abogado, toca gastar donde la abogada y ahí quedan. No pueden hacer nada. Ahora vuelta aquí en las comunidades, si tienen que devolver, toca calcular cuánto valen los borregos. Eso le arreglan aquí.”
(Fabiola Chaluisa)

“Hay un ladrón de ganado, se va a la cárcel. El dueño del ganado tiene que coger abogado para hacer la denuncia. El ladrón tiene derecho al defensor público, y nadie le respalda al dueño del ganado. Aparte de que perdió el ganado tiene que pagar pasajes, escrito, abogado, hasta huevos para el abogado, gallinita, cebolla, cebada.... Nosotros tenemos justicia en la propia comunidad. Ahí sí es gratuita. Para mí es muy grave el tema violación y muerte. Y más difícil la violación. Porque el muerto está muerto, pero a la violada cómo le restituimos la integridad. ¿Mandando a la cárcel le restituimos la integridad?” (Lourdes Tibán)

“En una muerte en 1995 hicimos una indemnización a sus hijos, en una mesa pusimos el dinero y les entregamos, ahí fue la primera vez que yo participe en la justicia indígena, yo era secretario. La tercera parte del dinero se entregó a la familia, con la otra parte de dinero les dejamos comprando el terreno. Y a la persona que le mató se le expulsó de la comunidad por cinco años. Esta sentencia fue planteada por la asamblea no por nosotros los dirigentes. Después el señor que se fue regreso a los 5 años y pidió perdón y ahora es pastor y luego fue dirigente de aquí de la comuna, por lo que decimos que eso es un ejemplo.” (José Chaluisa)

El tiempo de solución del conflicto no es menor. En el caso estudiado la justicia indígena tardó semanas, en la justicia ordinaria años y aún no termina.

“En la ordinaria es solamente con abogado, se necesita mucha plata y también el tiempo. En la comunidad se soluciona no más que en dos días, un día y noche se arregla en la comunidad, pero en la justicia ordinaria no lo sabemos. Tampoco sabemos que es lo que está ocurriendo adentro, sale favorable a veces, no sale favorable. Es muy peligroso para nosotros, porque si tienen dinero pueden salir bien; los que no tienen, no pueden salir bien.” (Olga Pilalumbo)

La forma de investigación es una diferencia notable. En la justicia penal los acusados no entienden lo que hablan los abogados, a los que se considera que mienten, traicionan y son corruptos, que trabajan en un lado y castigan en otro lado. En cambio,

“Nosotros aplicamos la Justicia Indígena y realizamos averiguaciones en las casas de las familias afectadas. Los jueces y fiscales no suben a las comunidades a investigar los hechos sino que resuelven desde el escritorio los conflictos. La justicia estatal no funcionan, tardan 5, 10, 15 años en resolver un problema, mientras tanto las familiares, los animalitos, la casa la comunidad sufren.” (José Chaluisa)

En el lado de la reparación del daño, se cuentan varios testimonios. Tibán cuenta un caso resuelto por la justicia indígena, que sin duda se trata de un delito. Se trata de un hecho que la justicia penal denominaría “abandono de menor”, que es reprimido con 3 a 6 años de cárcel. En la justicia penal, la situación de la niña abandonada es importante en tanto es una prueba, pero su destino es indiferente. En cambio, en la justicia indígena, ese caso se resolvió en un día:

“Cuando una vez encontramos cinco de la mañana un guaguito llorando en la chacra, envolvimos a la guagua, llamamos al presidente de la comunidad, y ahora sí vamos a buscar a la mamá. Le buscamos y ahí estaba borracha. Esperemos que pase la chuma, seis de la tarde, se reúna la comunidad. Haber venga, qué está pasando. Le dan cuatro o cinco azote. Hoy es una señora muy respetada, va a las mingas, trabaja. Lo otro hubiera sido llamar a la policía mandarlo a Latacunga a la cárcel. ¿Y la cárcel? No mandarían también violando a la señora desde la cárcel” (Lourdes Tibán).

En los casos de robo, en la justicia penal las penas van de 1 a 5 años de cárcel. En la indígena es la reparación:

“Cogimos a ese que robo. Tiene que devolver todo lo que ha llevado. Tienen que devolver. Devuelven y quedan ya amigos como que no ha pasado nada. Pero siempre tienen que dar unos consejos serios, hay que poner serios compromisos, ya para otra vez no cometen los mismos errores. En la Justicia Ordinaria todos terminan peleados y en la cárcel aprenden a ser vagos.”
(Ricardo Chiquisá)

En estos caso, graves como la muerte o leves como el robo, se puede apreciar que el control social es comunitario. Los miembros de la comunidad juzgan, investigan, sancionan y solucionan las infracciones.

Hemos dicho que el encierro como medida para asegurar la presencia en el juzgamiento y para garantizar el cumplimiento de una pena, siempre ha existido. En las comunidades indígenas no es la excepción. Pero tiene ciertas características que le hace peculiar: su administración es comunitaria y se produce en el domicilio de un miembro de la comunidad.

“Aquí no existe cárcel en la comuna, sino es un prendario. Tiene que estar en una casa particular que nadie tiene que ver a ese. Entonces ahí tiene que estar bien protegido ese señor. Tenemos que pasar la comida, tenemos que pasar las cobijas y tenemos que sacar afuera, tienen que estar calentando.”
(Ricardo Chaluisa)

En el caso La Cocha 2002 la persona juzgada es actualmente un actor político. Hay múltiples testimonios en el sentido de que las personas sancionadas por la justicia indígena no vuelven a cometer la misma falta. En cambio, en la justicia penal la mayoría de la población carcelaria es reincidente por el factor de la criminalización analizado anteriormente. Pero el daño tiene relevancia en relación con el efecto de la sanción y el tratamiento a la víctima.

La consideración del hecho que causa el problema es abismal. Para la justicia penal es un delito, para la justicia indígena es considerado como tristeza o desgracia, *llaki* (Llasag 2012: 331). La persona es un delincuente en la una y en la otra es una persona que adolece de una enfermedad. El sujeto está “enflaquecido”, tiene que fortalecerse y sanarse, para superar su fragilidad. Los procedimientos por eso a veces son fuertes. Sánchez compara el latigazo, la ortiga o el baño con agua fría con los choques eléctricos o la quimioterapia, que resultan eventos traumáticos pero necesarios. Medicina y justicia están estrechamente vinculadas. La justicia previene y cura. Dado que el objetivo es sanarse e incorporarse a la comunidad, la justicia es breve y sumaria (2011: 30-33). En el acta del juzgamiento de La Cocha consta que “la ortiga es un remedio para evitar las enfermedades, el concejo es muy importante para el respeto de nuestra pacha Mama (sic).” La ortiga y el agua fría limpian, curan, dan fortaleza:

“Eso tiene que limpiar a la persona que ha hecho maldad, que ha tenido problema. Son plantas medicinales que dan energía a la persona. Nuestros papacitos han dicho “el cuerpo ya está con maldad y entonces la maldad tiene que sacar con unas plantas medicinales y con agua.” (Ricardo Chaluisa).

La sanción es un ritual. Cada elemento y acción tienen un significado. El agua que se usa, por ejemplo, tiene que ser de la conjunción de dos vertientes, que

proviene de las montañas. “No es cualquier agua. Es una agua sana, es una agua que da más energía positiva” (Jaime Cuhiparte en Sánchez: 26). De ahí que tenga sentido la *chikquhi yazca*, que es el proceso de limpieza o purificación, el arrepentimiento y la pedida de perdón público, y la recuperación del equilibrio que fue alterado por el sujeto en la colectividad (Sánchez 2011: 26). Mientras que en la justicia penal, de acuerdo con Sykes, lo que existe es un proceso de degradación.

¿Puede la justicia indígena juzgar delitos graves? Hemos escogido precisamente el caso La Cocha porque se trata de hechos de muerte. En estos casos se demuestran que para los indígenas todo hecho, por grave que fuere, tiene una solución. Para la justicia penal hay casos, como la muerte, que no tiene solución y por lo tanto procede la cárcel. No permitir juzgar estos problemas sería no solo usurpar el conflicto a las víctimas sino también usurpar el conflicto a las comunidades. No comprender este aspecto, de acuerdo con Sánchez, solo se explica “desde una visión racista y etnocéntrica contraria a los principios Constitucionales que rigen al Ecuador y a los derechos humanos de los pueblos indígenas” (Sánchez: 38). Los pueblos indígenas tienen, pues, derecho a aplicar justicia en todas las materias. Además, como sostiene Zaffaroni, frente al funcionamiento del sistema penal estatal, “no tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican” (2009: 110).

Los tradicionales argumentos en contra de la justicia indígena son que es impredecible, informal, inconsistente, injusta y desproporcional. Al analizar los casos de La Cocha podemos apreciar que hay ciertos patrones de procedimientos y sanciones, que, en general, coinciden con los parámetros de la justicia restaurativa. En ambos casos se siguen formalidades y procedimientos. Según Llasag la justicia indígena cumple con los siguientes pasos: *willachina* o ruego, *tupuykuna* o investigación, *nawichina* o contraste de información, *paktachina* o resolución, y *chikiyashka* o ejecución de la resolución (2010: 338). Esos mismos pasos constan en el acta analizada. En cuanto a la justicia, los procedimientos procuran conocer la verdad, declarar la culpabilidad y reparar. Sin embargo, los victimarios consideran que no hubo investigación suficiente y que fueron acusados injustamente.

La percepción de desproporcionalidad es provocada por los medios de comunicación y por los políticos, que consideran que linchamiento es sinónimo de justicia indígena. Más de una vez hemos visto en los medios de comunicación personas incineradas por robar una vaca, personas muertas a golpes por robo de electrodomésticos. El equívoco es doble. Por un lado, cuando sucede en zonas rurales aun cuando la población no es indígena, se comunica como si fuera justicia indígena. Por otro, el linchamiento no cumple con todos los requisitos para considerar justicia indígena: no es dirigido por una autoridad, no tiene procedimientos tampoco tiene sanciones encaminadas a recuperar la armonía. Tibán⁹, asambleísta indígena, ha sido enfática en considerar que en el linchamiento

⁹ Entrevista a Lourdes Tibán, asambleísta, lidereza indígena kichwa, originaria de la misma región donde se produjeron los hechos de la Cocha. De hecho, participó como secretaria en el juzgamiento del año 2002. La entrevista fue realizada por Diego Oquendo, transmitida por Radio Visión, el 31 de mayo de 2013.

“No hay diálogo, no hay control, hay brutalidad. En la justicia indígena se dialoga. Después de una gran asamblea, un día, dos días, diez horas, ahí se llega a una conclusión, y se dice, bueno, esto ha pasado y vamos a sancionar de esta manera, pero en un linchamiento lo que te cae es gasolina, lo que te cae es golpes, lo que te cae es fósforo.”

Un líder comunitario de la comunidad testifica que en 45 años ha habido un solo caso de linchamiento en La Cocha (Vicente Tibán en Sánchez: 40).

Los supuestos responsables manifiestan que son inocentes. En la justicia indígena dicen que les obligaron a reconocer y en la justicia ordinaria simplemente no les creen. Suponiendo que efectivamente son inocentes, la pregunta es ¿en cuál justicia el error judicial tiene peores impactos? Los acusados manifiestan que prefieren la justicia indígena comparando las sanciones en la comunidad con el año que estuvieron presos. Seguro, después de 16 años de cárcel, si les condenan, será mucho peor su percepción, y el error será absolutamente irremediable, considerando lo hemos afirmado sobre los efectos de la cárcel.

En el siguiente cuadro se sintetizan las diferencias entre las dos justicias:

	Justicia estatal	Justicia indígena
Fin de la pena	Retribución	Restauración
	Segregación punitiva	Paz/armonía
Resultado	Sentencia	Aconseja
Control social	Sistema penal represivo	Sistema comunitario
Concepción conflicto	Delito	Dolor/desgracia
	Falla individual	Armonía rota
Pena	Cárcel solución	Restitución/limpieza
	Adversarial	Problema comunitario
Efecto en el conflicto	Suspende y crea más problemas	Se intenta resolver el conflicto

Efecto en persona	Degrada	Sana
	Daño psicológico permanente	Dolor físico
Efecto en sociedad	Proceso de etiquetamiento	Proceso de sanamiento
Relación autoridad-actores conflicto	No hay vínculo con las autoridades	Proceso participativo. Juzgador parte de la comunidad
Procedimiento	Adversarial	Dialógico
	Burocrático	Comunitario

Del contraste entre las dos justicias, resulta claro que menos daño y mayores posibilidades de afrontar y solucionar el conflicto derivado del hecho delictivo, lo encontramos en la justicia indígena. Si a esto le agregamos la comparación entre los dos procedimientos, derivados del registro:

	Justicia penal	Justicia indígena
Tipo de registro	Expediente	Acta manuscrita
Número de páginas	2504 páginas (aún no terminado)	23 páginas
Objetivo	Condenar/ "rehabilitar"	Paz/armonía/curar
Hecho conflictivo	Asesinato	Desgracia
Publicidad	30 personas	6.000 personas
Autoridad juzgadora	Tribunal penal (tres personas)	Dirigentes de 24 comunas (24 personas)
Víctima	Irrelevante	Actor importante
Fiscal	Representa sociedad/acusador	Vigila respeto DDHH
Investigación	Policía Nacional y fiscalía	Comisión comunitaria

Prueba determinante	Informe policial	Testimonio de autoinculpación
Solución	Cárcel	23 alternativas discutidas
Garantes ejecución	Policía y guías penitenciarios	Juzgados y sus familiares
Duración	3 años (no termina)	14 días

Podemos concluir que la justicia indígena es rápida, accesible, eficaz.

Hay una pregunta más que quisiera intentar responder. ¿Se puede replicar el modelo en sociedades no comunitarias como las ciudades modernas? Se dice que la justicia indígena sólo podría funcionar en contextos donde existen vínculos comunitarios, en sociedades rurales y pequeñas, como es el caso de la Cocha.

Parecería que en sociedades comunitarias y con mayores responsabilidades tienen más seguridad. La vergüenza es efectiva en la justicia indígena, mientras que en la justicia penal el juicio no es moral ni tampoco hay consejos. La proclamación de libertad y la autonomía individual tiene como efecto la disolución simbólica de la comunidad. Por la libertad se tolera y se reprime. De ahí que las sociedades individualistas descansan en la idea de estados fuertes, con un aparato policial enorme. En las sociedades comunitarias en cambio no se requiere de policía y se sustenta en una comunidad integrada (Braithwaite: 171).

Efectivamente, la urbanización, la movilidad social en las grandes ciudades, la profesionalización, el individualismo y la secularización de la sociedad son un obstáculo, pero no insalvable. Las personas son seres sociales y no pueden subsistir solas. Se quiera o no, los seres humanos tenemos relaciones sociales de interdependencia y los lazos comunitarios aún subsisten. Las comunidades se construyen, se consolidan o desaparecen. La sociedad actual promueve el consumismo y el individualismo. ¿Podría promover otros valores? Braithwaite sostiene que lo que se debe hacer es acordar en ciertos valores centrales y realizar contratos comunitarios (1989: 154). Al final, las comunidades se imaginan y luego se realizan, como bien analiza Anderson en la construcción del estado nación. De igual modo, se pueden construir a nivel local, en la ciudad y en el mundo moderno.

El decidir si seguir fortaleciendo el sistema penal y la cárcel o aprender y practicar la justicia indígena es una opción política. ¿Dónde están las mayores índices de criminalidad y cuál sistema causa mayor daño individual y social? Las sociedades individualistas tienen mayor tasa de criminalidad que en las comunidades. Parecería, entonces, que sociedades comunitarias y con mayores responsabilidades tienen más seguridad. La vergüenza es efectiva en las segundas, mientras que en la primera simplemente no se juzga moralmente. La clave está en

realizar compromisos comunitarios/ciudadanos y reforzar los vínculos comunitarios en las ciudades (Braithwaite: 55). Se trata de pasar de una cultura represiva a una integradora.

Cambiar la cultura es alterar las formas de aprendizaje y de valores. Seguro podríamos aceptar formas reparadoras de solución de conflictos graves si, por ejemplo, el cuento de la Caperucita Roja tuviera otro final. En la tradición japonesa, donde se practica intensamente la justicia restauradora, el lobo feroz no acaba destripado después de sacarle a la abuela y a la Caperuza de sus entrañas, o huyendo temeroso de la sed de venganza del cazador. No. Al final, como nos cuenta Braithwaite (1989:62), el lobo cae a los pies de la caperucita, con lágrimas pide perdón y enmienda su error.

En los casos de La Cocha podemos encontrar elementos de la justicia restaurativa, descrita por Braithwaite y Ross. La justicia se logró mediante un proceso comunitario ritual de limpieza, la víctima fue compensada, se excluyó temporalmente de la comunidad a los victimarios, se recuperó la armonía comunitaria, aunque en La Cocha 2010 se interrumpió la ejecución de la resolución indígena por la intervención de la justicia penal. En ambos casos, de todos modos, nunca se pensó ni utilizó la cárcel como sanción. A pesar de los errores que tiene todo sistema de justicia, como señalan los actores en la Cocha, la justicia indígena es más “justa”. Insistimos, el decidir si seguir fortaleciendo el sistema penal o aprender y practicar la justicia indígena es una opción política y en el caso ecuatoriano un mandato constitucional.

Si la cárcel es un problema global, la justicia indígena, sin duda alguna, es una solución local.

Bibliografía

- Anderson B. (1991). *Imagined Communities*. New York: Verso.
- Arrigo B. and Milovanovic D. (2010) *Revolution in Penology. Rethinking the Society of Captives*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.
- Baratta A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI Editores.
- Beccaria C. (1995). *On Crimes and Punishments and Other Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bengoetxea J. (2013). Ultima Ratio and Judicial Application of Law. *Oñati Socio-legal Series*, 3(1), 107-124. <http://ssrn.com> (acceso:junio 2013).
- Bondenson U. (1994). *Alternatives to Imprisonment. Intentions and Reality*. Colorado: Westview Press.
- Bottoms A., et al. (2004). *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing.
- Braithwaite J. 1989. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Caselli, I. (2010). “Ecuador’s indigenous justice system on trial”, in *BBC News*, <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-10683003> (acceso: 11/2/2012).

- Comuna la Cocha (2010). Acta de solución de conflicto por muerte suscitado en la parroquia Zumbahua y Juzgado en la comuna "La Cocha". 16 de mayo de 2010 y 23 de mayo de 2010.
- Einat T. (2005). 'Soldiers', 'sausages' and 'deep sea diving': language, culture and coping in prisons. In: Liebling A. and Maruna S. *The Effects of Imprisonment*. USA: Willan Publishing.
- Ferrajoli L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Foucault M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- _____(1995). *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. New York: Vintage Books.
- Garland D. (2010). *Peculiar Institution. America's death penalty in an age of abolition*. New York: Oxford University Press.
- _____(2001) *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press.
- _____(1990). *Punishment and Modern Society*. Oxford: Clarendon Press.
- King S. (1982). *Rita Hayworth and The Shawshank Redemption*. Ebook in: <http://filmandliterature.edublogs.org/files/2010/08/Rita-Hayworth-And-The-Shawshank-Redemption2.pdf> (access February 2013)
- Lacey, N. (2008). *The Prisoners' Dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: University Press.
- Lewis C. (2004). "Trends in crime, victimization and punishment", in Bottoms A., et al. *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing.
- Liebling A. and Maruna S. (2005). Introduction: the effects of imprisonment revisited, in Liebling A. and Maruna, *The Effects of Imprisonment*. Oregon: Willan Publishing.
- Llasag R. (2012). Justicia Indígena. ¿Delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha. En Sosa B. y Grijalva A (editores) (2012). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo.
- Mathiesen, T. (2000). *Prison On Trial*. Winchester: Waterside Press.
- McIvor G. (2004). "Reparative and restorative approaches". In Bottoms A., et al. *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing.
- McMahon M. (1992). *The Persistent Prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform*. Toronto: University of Toronto Press.
- Melossi D. and Pavarini M. (1981). *The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*. London: The MacMillan Press.
- Nellis M. (2004). "Electronic monitoring and the community supervision of offenders". In Bottoms A., et al. *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing.
- Newman, Graeme (1985). *The Punishment Response*. Albany: Harrow and Heston.
- Peña J. (1997). "Antecedentes de la prisión como pena privativa de la libertad en Europa hasta el siglo XVII", en Carlos García Valdéz (Director), *Historia de la prisión. Teorías economicistas*. Madrid: Edisofer.
- Poveda C. (2010) "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades jurídicas*. Quito: Ediciones Legales.

- Raynor P. (2004). *Rehabilitative and reintegrative approaches*. In Bottoms A., et al. *Alternatives to prison. Options for an insecure society*. Oregon: Willan Publishing.
- Ross, R. (1992). *Dancing With a Ghost. Exploring Aboriginal Reality*. Canada: Penguin.
- Sánchez Botero Esther (2011). Peritaje en Antropología Jurídica. Presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Inédito.
- Santos B. (1995). *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge.
- Sykes G. (2007). *The society of Captives*. New Jersey: Princeton University.
- Thomas, M. S. (2009). *Legal pluralism and interlegality in Ecuador. The La Cocha murder case*. Amsterdam: CEDLA.
- Thomas, M. S., (2012) "Legal Pluralism and the Continuing Quest for Legal Certainty in Ecuador: A Case Study from the Andean Highlands. Oñati Sociolegal Series: <http://ssrn.com> (acceso 11/2/2012).
- Tribunal Penal de Cotopaxi (2010). Expediente N. 0143-2010.
- Vass A. (1990). *Alternatives to Prison. Punishment, Custody and the Community*. London: Sage Publications.
- Voltaire (2002), "Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias" (1766), in Beccaria C. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Wacquant L. (2009). *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*. USA: Duke University Press.
- Wacquant L. (1999). *Les prison de la misère*. Paris: Éditions Raisons D'agir.
- Walmsley R., 2011. *World Prison Population List (ninth edition)*. (online) Available: <http://www.prisonstudies.org/news/all/140-more-than-ten-million-prisoners-in-the-world,-new-report-shows.html> (Accessed 21 February 2013).
- Weitekamp, Elmar (1993). "Reparative justice. Toward a Victim Oriented System", in *European Journal in Criminal Policy and Reaserch*.
- Wolf Robert (2012). *Widening the Circle. Can Peacemakin Work Outside of Tribal Communities?* New York: Center For Court Innovation.
- Zaffaroni, Eugenio (2010). *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo.
- _____ (2009). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En Carlos Espinoza y Danilo Caicedo. *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: MJDH.