

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 175

*Interculturalidad,  
libertad  
y pena*

---

*Álvaro Román  
Márquez*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORA NACIONAL

# Interculturalidad

*Libertad y pena*

SERIE   
*Magister*  
VOLUMEN 175

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

Álvaro Román Márquez

**Interculturalidad**  
*Libertad y pena*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2015

**Interculturalidad**  
*Libertad y pena*  
Álvaro Román Márquez



Primera edición:  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, junio de 2015

Coordinación editorial:  
*Quinche Ortiz Crespo*  
Armado:

*Juan A. Manangón*

Impresión:  
*Editorial América Latina*  
*Bartolomé Aldes 623 y Pedro Cepero, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:  
978-9978-19-673-1

ISBN Corporación Editora Nacional:  
978-9978-84-853-1

Derechos de autor:  
Inscripción: 046310  
Depósito legal: 005276

---

Título original: *La libertad personal y la pena privativa de la libertad desde la interculturalidad: una aproximación a los fines de la pena desde la interculturalidad*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,  
con mención en Derecho Constitucional  
Programa de Maestría en Derecho, 2012

Autor: *Álvaro Román Márquez* (correo e.: [alvarofroman@hotmail.com](mailto:alvarofroman@hotmail.com))

Tutor: *Ramiro Ávila*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1095

---

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

# Índice

## **Introducción / 9**

### *Capítulo I*

#### **La libertad personal / 11**

La libertad personal en la filosofía occidental / 11

La libertad personal desde la filosofía andina / 17

### *Capítulo II*

#### **La pena privativa de libertad / 29**

La pena privativa de la libertad en la filosofía occidental / 29

¿Existe la pena privativa de la libertad personal en la filosofía andina? / 36

Principios del derecho indígena / 40

Normas que regulan los comportamientos en la comunidad indígena / 41

Principios que rigen la administración de justicia indígena / 43

Formas de reacción de la comunidad contra conductas contrarias a las normas de comportamientos en la comunidad indígena. ¿Existe o no la pena privativa de la libertad? / 44

¿Cuáles son las razones para justificar la no existencia de la privación de la libertad como pena? / 45

Formas que la comunidad indígena implementa contra las conductas que afectan la armonía / 49

### *Capítulo III*

#### **Algo sobre interculturalidad / 55**

La interculturalidad: el discurso excluyente y el discurso incluyente / 55

La interculturalidad: su contenido / 59

La interculturalidad como discurso interpretativo: criterios para el diálogo / 63

La hermenéutica diatópica para la interculturalidad del delito, el procedimiento y de la pena / 63

Una aproximación al delito, al proceso y a la pena desde la interculturalidad / 65

**Conclusiones / 79**

**Bibliografía / 81**

*Esta investigación la dedico a Milton Darío Román Abarca  
y Lupita de los Ángeles Márquez Zambrano, mis padres, gracias  
a su dedicación me he formado como ciudadano; con sabiduría  
me entregaron las herramientas necesarias para que siga en la vida.*

*Hoy, que no están conmigo, este es el mejor tributo.  
El eterno amor y agradecimiento que siento y siempre sentiré  
por ellos será el testimonio de su entrega.*

*Gracias por todo.*



# Introducción

La presente investigación trata temas sobre la interculturalidad, la libertad y la pena privativa de la libertad; en los dos primeros capítulos realiza una descripción y construcción, sobre qué es y cómo se entienden la libertad y la pena en las filosofías andina y occidental.

Al indagar sobre los temas en estudio nos encontramos con varias dificultades. Por una parte, no encontramos literatura –andina u occidental–, que se haya preocupado por este diálogo y, por otra, existen trabajos que perciben a las dos filosofías en una fase descriptiva.

Nos encontramos con abundantes datos en cuanto a la comprensión de la libertad en Occidente frente a lo escaso de esta reflexión en el mundo andino. Por ello, los argumentos que se plantean se sustentan en las interpretaciones de varios autores, algunos indígenas, como Raúl Ilaquiche, Lourdes Tíban Guala, Raúl Llasag, y otros mestizos como Catherine Walsh, Esther Sánchez Botero, Elisa Cruz y Joseph Estermann, quienes justifican la existencia de la comunidad, del derecho indígena, de los derechos colectivos, de la libertad, la administración de justicia, entre otros, y realizan enunciados de una interculturalidad crítica, mas no profundizan en cómo construir la misma.

Una vez descritos los temas, en el capítulo III, se realiza el diálogo intercultural. En todas las fuentes consultadas, ninguna explicaba cómo hacerlo, excepto el maestro Boaventura de Sousa Santos a través de la hermenéutica diatópica. Tomando sus explicaciones y ejemplos, se realizó un esfuerzo que todavía no llena nuestras expectativas, pero que se constituye en una breve aproximación al debate que significa el repensar nuestra forma de vivir, entender e interpretar el mundo en el cual vivimos con la presencia de varias culturas.

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



## CAPÍTULO I

# La libertad personal

### LA LIBERTAD PERSONAL EN LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL

Para iniciar esta investigación conceptualizaremos y analizaremos el concepto de la libertad. La libertad desde la filosofía es una realidad inmaterial, objeto de estudio y de desarrollo, desde varios enfoques del pensamiento humano. Su sentido; en consecuencia, su construcción ha llegado a una conceptualización filosófica, jurídica y sociológica.

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

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

De esta manera, el autor parte de dos significados de libertad que tienen relación con lo «permitido y obligatorio», sostiene que estas palabras son contradictorias, por lo mismo, lo permitido no es obligatorio y se estaría hablando de la libertad en un espacio no regulado por normas imperativas, es decir, que se actúa sin normas que puedan constreñirla desde el exterior. Es por ello que se amplía la esfera de la autodeterminación individual, restringiendo, en todo lo posible, la regulación de tipo colectivo. Esta sería la libertad liberal.

El segundo aspecto: «todo lo obligado no es permitido». En esta esfera la libertad se encuentra regulada por normas imperativas o de conductas que deben coincidir; además estas normas deben ser autónomas y no heterónomas.

1. Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009, 3a. ed., p. 113.

La libertad democrática es la que amplía la esfera de la autodeterminación colectiva, con ello, se eliminan las leyes que se pueden generar desde los individuos sin esa regulación, es decir, que uno mismo se autodetermine en seguir o no esas normas colectivas, esto hace que se presente el consentimiento tanto en la elaboración como en su obediencia.

Siguiendo con el mismo autor, este expresa que los Estados modernos hacen una integración gradual de ambas. Así, lo que una persona puede decidir por sí misma, se debe dejar a la libre determinación de su querer y, donde sea necesaria una decisión colectiva, que tome parte en ella, de modo que sea o aparezca también una libre determinación de su querer.

María Cristina Patiño, citando a Robert Alexy, dice «nadie puede impedir, obstaculizar determinadas acciones del titular del derecho, a que no se afecte determinadas situaciones del titular del derecho o a que no elimine determinadas posiciones jurídicas de este».<sup>2</sup>

Esta afirmación debemos comprenderla en la situación jurídica que tiene el titular del derecho frente a las intervenciones del Estado o de otro particular, por lo que debe ser considerada como derecho para ser tutelada ante cualquier restricción.

Una vez definida la libertad, la relacionaremos con la libertad personal, planteando a la libertad personal como un «derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima».<sup>3</sup>

Siendo un derecho reconocido o consagrado por la Constitución, en primer lugar debemos establecer si se trata de un derecho humano, de un derecho fundamental o solamente de un derecho constitucional. Debemos señalar que nuestra Constitución no realiza una diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales o derechos constitucionales, ya que «todos tienen la misma categoría conceptual».<sup>4</sup> Así lo sostiene Marco Aparicio Wilhelmi al comentar el art. 11 de la Constitución, cuando indica que las garantías se encargan de asegurar las condiciones de los derechos fijados por la carta suprema que son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual

2. Robert Alexy, citado por María Cristina Patiño, *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*, Bogotá, Ibañez-Academia Colombiana de Abogacía, 2007, p. 68.
3. Joaquín García Morillo, *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 42.
4. Juan Montaña Pinto, «Estudio introductorio», Boaventura de Souza Santos, en *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2010, p. 26.

jerarquía;<sup>5</sup> por eso, «los derechos se toman en serio, una seriedad que alcanza a todos los derechos, sin distinciones».<sup>6</sup>

Ramiro Ávila Santamaría explica el contenido de los derechos consagrados en la Constitución ecuatoriana, citando a Ferrajoli, quien hace la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales y concluye que las características de los primeros son las que precisamente ha establecido la Constitución.<sup>7</sup>

Los derechos constitucionales son tales, por cuanto todos los derechos deben ser tutelados por el Estado y las garantías, sean estas normativas,<sup>8</sup> de políticas públicas<sup>9</sup> o jurisdiccionales,<sup>10</sup> deben protegerlos sin discriminación alguna y, por lo mismo, tienen igual jerarquía.<sup>11</sup> Ferrajoli considera que el hecho de estar protegidos por rango constitucional no es una cualidad esencial sino solamente una técnica de tutela.<sup>12</sup>

Siguiendo la construcción de Ferrajoli, los derechos fundamentales «son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales».<sup>13</sup>

La primera parte del concepto se refiere a la libertad liberal. Nuestra Constitución determina que «ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley».<sup>14</sup> Bobbio, al respecto manifiesta, que aquello consiste en que lo permitido no es obligatorio y se estaría hablando de la libertad en un espacio no regulado por normas imperativas, es decir, que se actúa sin normas que puedan constreñirlas desde el exterior, por ello se ensancha la esfera de la autodeterminación individual, restringiendo, en todo lo posible, la regulación de tipo colectivo. Esta sería la libertad liberal.

La libertad personal es decidir desde la propia persona y determinar la propia voluntad y actuar, de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo,

5. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 11, num. 6, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
6. Marco Aparicio Wilhelmi, «Derechos: enunciación y principios de aplicación», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional, 2008, p. 21.
7. Ramiro Ávila Santamaría, «Los principios de aplicación de los derechos», en Juan Pablo Aguilar et al., *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p. 45.
8. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 84.
9. *Ibid.*, art. 85.
10. *Ibid.*, art. 86.
11. *Ibid.*, art. 11, num. 6. Todos los derechos tienen la misma jerarquía.
12. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, p. 688.
13. *Ibid.*, p. 685.
14. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 66, num. 29, literal d).

esta esfera es en la que podemos desenvolvemos y constituye la inmunidad. O como la entiende Alexy «es el derecho a una alternativa de acción, ya que, al poder actuar conforme a nuestra voluntad, podemos escoger entre varias alternativas, sean estas positivas como negativas».<sup>15</sup>

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

Desde la libertad negativa o la libertad liberal es la esfera de inmunidad,<sup>16</sup> es el espacio que tiene el hombre de estar parado con su persona física o de moverla en forma determinada, esto significa que la persona tiene el derecho a permanecer en un lugar con su cuerpo físico, conforme a su voluntad o realizar los movimientos físicos que haya decidido; por ejemplo: un niño o un adolescente, una persona que padezca de alguna enfermedad mental que a pesar de no tener la capacidad civil o penal, sí tiene el derecho constitucional, el niño puede elegir no moverse o el enfermo salir de un lugar que no estima estar por más tiempo, ambas son válidas.

Joaquín García Morillo para poder comprender mejor la libertad, realiza una diferencia entre la libertad personal o física con la libertad de tránsito o circulación, ya que considera a esta como la libertad de movilizarse de un lugar a otro. Expone los criterios siguientes:

1. Puede que goce de plena libertad personal pero que no tenga libertad de circulación o de residencia. 2. La libertad es más amplia, ya que requiere movilizarse de un lugar a otro, en cambio la libertad personal puede ejercerse estáticamente, precisamente no queriendo moverse. 3. La libertad de residencia tiene que ser concebible desde una relación externa, la libertad personal se refiere a la persona en sí y por sí considerada.<sup>17</sup>

15. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 23.
16. Rafael Alcácer Guirao, *Los fines del derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 156. Isaiah Berlín, divide en libertad negativa y libertad positiva. La libertad negativa, para este autor, citado por Rafael Alcácer Guirao, «es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas [...] Continúa refiriéndose a la libertad positiva «viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva, se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de por quién estoy gobernado o quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer».
17. J. García Morillo, *El derecho...*, p. 35.

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

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

¿Por qué se realiza esta distinción? Según el autor, al utilizar la técnica de positivizar los derechos en dos categorías autónomas, ha posibilitado que se pueda construir su contenido específico de cada uno de estos derechos con el objetivo de evitar violaciones o abusos. Asimismo, los ciudadanos tienen mejor conocimiento de estos derechos de libertad, evitando el tratamiento de la técnica en general como la utilizada en las Constituciones de EUA y de la Constitución alemana.<sup>18</sup>

Podemos concluir que la libertad personal o física es la que tenemos como seres transcendentales para permanecer en un sitio determinado sin ninguna restricción, eligiendo estar en movimiento corporal o en inacción; solo cuando exista una orden de la autoridad competente, y en observancia de las garantías penales y procesales, se nos puede obligar a permanecer en un sitio en contra de nuestra voluntad.

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

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

18. *Ibid.*, p. 37.

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

## Las restricciones y la libertad personal

En este sentido, cualquier restricción debe ser constitucionalmente prevista y desarrollada con reserva de ley, incluso en el derecho penal que constituye la violencia legitimada del poder punitivo del Estado, en aplicación de este principio el mismo debe prever en una ley orgánica, que respete la dignidad humana, la proporcionalidad de las penas, el principio de la culpabilidad, etc. Aquí se puede mencionar que esta reserva tiene, como hemos dicho, la finalidad de la racionalidad democrática de la ley para que tenga plena validez en su aplicación.

No cabría aplicar la Constitución en forma directa e inmediata, cuando se trata de restringir derechos, por ejemplo: en el caso de la imprescriptibilidad de los delitos y de la pena en los delitos de peculado, cohecho, etc. O en el caso que se explote zonas intangibles, se comete el delito del etnocidio, en ambos casos debe existir desarrollo legislativo, tomando en cuenta que se requiere de la ley para tipificar infracciones e imponer sanciones, es por ello que esta reserva se convierte en un deber ser que garantiza los derechos de libertad.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé ciertas restricciones<sup>19</sup> a la libertad personal, tales como la prisión preventiva; las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva; la aprehensión en delito flagrante; la privación por deudas de alimentos;<sup>20</sup> la pena privativa de libertad cuando se encuentre culpable de un delito;<sup>21</sup> las medidas socioeducativas y de privación de libertad de adolescentes.<sup>22</sup> Estas restricciones son las que pueden infringirse al ciudadano mediante un proceso con todas las garantías penales<sup>23</sup> y procesales.<sup>24</sup>

19. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 76, num. 3, 77, 1 y 11.

20. *Ibid.*, art. 66, num. 29, lit. d).

21. *Ibid.*, art. 76, num. 3, y art. 77, num. 12; Código de la Niñez y Adolescencia, art. 330, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Se prevé el internamiento provisional, cuando el adolescente mayor de 14 años es autor de violación, de plagio de personas, asesinato, robo con muerte.

22. Constitución de la República del Ecuador, art. 77, num. 12.

23. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. por Perfecto Ibáñez Terradillos, Madrid, Trotta, 2002, p. 93, 97, 98.

24. *Ibid.*

Las restricciones que a continuación constan en la Constitución, pueden ser infringidas al ser humano por el Estado o por particulares, constituyendo delitos, ya que las conductas propuestas son afectaciones a la libertad que ha generado la tipificación de esas conductas. En la Ley Penal estas son la desaparición forzosa de personas,<sup>25</sup> la privación de la libertad en la trata de personas,<sup>26</sup> por eso, su restricción no tiene un desarrollo procesal para justificarlas por ninguna naturaleza a diferencia de las que constan en el párrafo anterior.

En nuestra legislación existen restricciones que no tienen justificación constitucional, como la orden de detención con fines investigativos prevista en el Código de Procedimiento Penal, mediante la cual se puede detener al sospechoso por un lapso de 24 horas.

## LA LIBERTAD PERSONAL DESDE LA FILOSOFÍA ANDINA

Al iniciar este trabajo, nos preguntamos ¿Cómo se entiende la libertad personal y la privación de la libertad desde las dos culturas? En este punto debemos contestar y explicar cómo la filosofía andina entiende la libertad dentro de su realidad.

Para ello planteamos una propuesta que nos permita entender la relación de lo individual y de lo colectivo. Desde dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué es la comunidad indígena?, ¿cuáles son los principios éticos sociales que rigen a esa comunidad?, ¿qué son los derechos colectivos? y, por último, ¿cómo relacionamos los derechos colectivos con los derechos individuales? Es-timo necesario hacer esta introducción con la finalidad de poder determinar de mejor manera el tema expuesto.

### **La comunidad indígena como sujeto. Principios éticos sociales y comunitarios**

Considerar a la comunidad indígena como colectivo y sujeto de derechos colectivos<sup>27</sup> permite que reciba la protección del derecho internacional de

25. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 66, num. 3, lit. c).

26. *Ibid.*, art. 66, num. 29, lit. b).

27. Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, UNIJUS-Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 70, menciona que la recuperación de la cultura andina es la consecuencia de la lucha del movimiento indígena. En las décadas de los años 70 y 80, se generaron discusiones tanto en el ámbito interno como en el internacional que produjeron acuerdos y con ello una evolución normativa, la principal es considerar a los movimientos

derechos humanos y con ello nazca esta categoría que es la comunidad indígena<sup>28</sup> como sujeto de derechos colectivos. Pero, ¿qué significado tiene? Este interrogante es el que trataremos de responder en esta parte de la investigación.

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

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

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

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

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

Comuna indígena es sinónimo de comunidad indígena. La denominación de comuna fue adoptada al interior del mundo indígena, a raíz de la vigencia de la Ley de Comunas dictada en 1937.<sup>29</sup>

indígenas como sujetos de derecho. Asimismo, manifiesta que cuando se discutió la reforma del Convenio 107 de 1957, por el Convenio 169 de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo 181, la conceptualización de «pueblo» fue el punto de partida para lograr ya no solo que sea una realidad fáctica, sino el reconocimiento de los derechos fundamentales con titularidad de derechos colectivos como producto de sus propias creaciones culturales, sociales, económicas. *Ibid.*, p. 36. En el ámbito interno ecuatoriano, en 1996, el Congreso Nacional, reformó el art. 1, reconociendo la multiculturalidad. La Constitución de 1998 reconoció lo multiétnico, la pluriculturalidad y la plurinacionalidad, además, solo reconocía sujetos de derechos a los pueblos indígenas. En cambio, la de 2008 reconoce la interculturalidad y la plurinacionalidad, así como sujetos a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas.

28. Raúl Llasag Fernández, «La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad», en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009, p. 188.

29. *Ibid.*, p. 188; Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 57.

Esto nos ayuda en primer lugar a determinar el sentido de cada una con lo cual podemos darle su verdadero contenido en la exposición propuesta; en segundo lugar, nos permite comprender lo que la propia Constitución reconoce.

Realizada la distinción, debemos comprender cómo se desenvuelven sus integrantes en especial el individuo. María Mercedes Lema nos da su testimonio sobre la relación entre la comunidad como sujeto de derechos colectivos y el individuo:

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

Continúa explicando:

El ser colectivo sin embargo en el caso de los pueblos indígenas no responde como podría pensarse a la mera suma de individualidades, el ser colectivo está vinculado por las relaciones históricas, por una visión del mundo, códigos culturales y formas de expresión particulares. Es decir subjetividades y elementos visiblemente y diferenciadores como el idioma, códigos sociales y de comportamiento, inclusive la forma de vestir y nociones de bienestar; estas no se asocian únicamente al momento de reclamar un derecho, viven permanentemente articuladas constituyendo el sujeto colectivo [...] Eso precisamente se evidencia en el ejercicio de la administración de justicia, las transgresiones, cuando el comportamiento de un individuo altera o pone en peligro la permanencia de la comunidad. Cuando esta transgresión es corregida mediante el restablecimiento del orden social colectivo, este sujeto vigila que la situación individual de uno de sus integrantes quede resuelta de manera que su situación sea un referente para la permanencia de la comunidad.

Concluye la autora:

Lo que hace la diferencia entre el sujeto colectivo denominado Comunidad Indígena es ese sentimiento de ligazón y pertenencia cultural, como particular condición que portan los individuos indígenas que constituyen Pueblos y Nacionalidades contemporáneos resultado de su continuidad histórica y que mantienen rasgos culturales diferenciadores a pesar del enorme impacto negativo de las políticas estatales que atentado contra su vigencia.<sup>30</sup>

30. María Mercedes Lema, *Sistema del derecho indígena en el Ecuador*, Quito, Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 106.

Una vez definida y aclarada la relación del individuo con la comunidad indígena podemos observar que esta relación conforma una unidad entre comunidad e individuo, este último permite una referencia en el nosotros como fin de sus actuaciones, es por eso que dicha comunidad indígena debe sustentarse en criterios que puedan explicar esta colectividad, es por eso que para Joseph Estermann,

la comunidad, el ayllu es la célula de vida, pero también la base económica de subsistencia y de trueque interno. El runa se refiere a los miembros del ayllu por medio de la forma pronominal del sujeto exclusivo noqayku (nosotros), con lo que se denomina como sujeto colectivo, ya que su propia existencia depende de todos los demás criterios éticos, sociales y comunitarios.<sup>31</sup>

¿Cuáles son los criterios que fija? Estermann menciona que los principios éticos-sociales andinos tienen como punto de referencia los nexos naturales de la consanguinidad, del padrinazgo, del *ayllu*, definidos mediante las categorías andinas: reciprocidad, relacionalidad, complementariedad y correspondencia.<sup>32</sup>

¿Qué es la relacionalidad? Cuando el hombre o *runa* es considerado uno más en su relación con la naturaleza, cumple una función como colaborador cósmico con una determinada función o tarea en el conjunto de relaciones<sup>33</sup> con los demás seres; en ese sentido su comportamiento no es de dominación o sometimiento de los demás a su voluntad, sino que debe ser «el vínculo o interconexión entre todos los elementos que conforman la totalidad, los seres humanos que complementan, relacionan y autorregulan. Afirmar la convivencia integral con el cosmos y con todas las variables (afectivas, ecológicas, éticas, estéticas, productivas, espirituales e intelectuales, etc.) que forman parte de él».<sup>34</sup>

Verónica Yuquilema, sostiene sobre este principio

La vida para los andinos es entendida como una trama, todos estamos unidos en una red, estamos interconectados, de allí el kawsay que nos vincula con todo y con todos, el sujeto aislado no es posible de concebir. El runa andino es lo que es, desde el vínculo que le une a la naturaleza y a la comunidad, y es uno más

31. Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 83-85.

32. *Ibid.*, p. 24, 25; Patricio Morales P., *Los hijos del Sol: reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, Quito, CODENPE, 2007, p. 11-21; Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2009, p. 216-223.

33. J. Estermann, *op. cit.*, p. 79. En este punto el autor explica la función que debe cumplir para que el orden cósmico se mantenga en equilibrio. «En este sentido el ser humano no es un fin en sí mismo [...] porque siempre forma parte del fin que es el orden cósmico total». Parafraseando a Kant, el cosmos sin ser humano es ciego y el ser humano sin cosmos es vacío (un no ser).

34. C. Walsh, *op. cit.*, p. 217.

cuando participa de las reuniones, de los trabajos comunitarios, de los problemas que se suscitan en ella; además de lo señalado lo más importante de formar parte del ayllu es ser un ejemplo para la generación que está creciendo, por tanto estás frente al cumplimiento de principios éticos sociales, éstos principios nacen de los nexos de consanguinidad, de padrinzagos y compadrazgos y del ayllu. En estas relaciones es de donde parte la concepción de justicia y de equilibrio, ése último es la base de lo que podemos llamar Justicia dentro de las comunidades.<sup>35</sup>

Cuando el hombre está incluido en la comunidad, relacionado con todos los miembros, debe respetar sus derechos individuales y colectivos.

¿Qué es la *correspondencia*?<sup>36</sup>

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

Es por ello que en el momento en que existe algo que altera esta correspondencia o armonía, según el testimonio de Verónica Yuquilema, se conoce como el «llaki», o en su antónimo castellano «armonía», que nace de la relación cosmogónica entre el *runa* y la *pachamama*, precisamente de la convivencia perfecta de estos, es decir, que el uno le brinda lo que el otro necesita, esta comunicación implícita es el reflejo de lo que denominaríamos armonía. En el caso del *ayllu* análogamente es el equilibrio o *kawsay* con todos los seres de la comunidad, lo que implica también una aprobación de los actos u omisiones que este realice dentro de la comunidad.

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

35. Verónica Yuquilema, «Procedimientos para juzgar delitos penales en la comunidad de Puluocate, del cantón Colta, provincia de Chimborazo», p. 11, en <[www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf](http://www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf)>. Fecha de consulta: 18 de junio de 2014.

36. C. Walsh, *op. cit.*, p. 217.

una respuesta saludable tanto para todos los vinculados en el conflicto (incluida la comunidad).<sup>37</sup>

Con lo anotado, para esta autora es notoria la relación estrecha entre la Pachamama, el ser humano y la sociedad comunitaria y es de esta interrelación que surgen las siguientes preguntas: ¿Qué es entonces la justicia en el contexto andino? La justicia dentro de esta filosofía parte del concepto de equilibrio, es decir, el *runa* andino en su rol de *chakana* buscará siempre mantener el orden y armonía, tanto entre el *runakuna* como entre el *runa* y la *Pachamama*.

¿Qué es la *complementariedad*? Esta categoría da especificidad a los dos anteriores. «Este principio afirma que ningún ente, acción u acontecimiento existe aislado o por sí mismo, sino que coexiste con su complemento específico. Eso quiere decir que no hay entes ni acontecimientos completos en sí. «Cielo y tierra, sol y luna, claro oscuro, hombre y mujer»».<sup>38</sup>

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

Por último ¿Qué es la *reciprocidad o ayni*?<sup>39</sup> La autora al citar a Estermann dice: «este principio no solo compete a las interrelaciones humanas sino a todo tipo de interacción. La reciprocidad brota de la búsqueda de un equilibrio contradictorio entre identidad y diferencia, entre las fuerzas antagónicas de homogenización y de inclusión y exclusión».

Para Morales<sup>40</sup> esta reciprocidad

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

Con estos criterios, la comunidad es un todo en el cual el hombre nació y es una persona más de ese todo, donde debe relacionarse con los demás que hacen parte de su vida, tiene que respetarla, si no existiría un vacío, ya que, cada uno de ellos es importante para su existencia. Esto hace que su comportamiento

37. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 14.

38. C. Walsh, *op. cit.*, p. 217, 218.

39. *Ibid.*, p. 218.

40. P. Morales, *op. cit.*, p. 8.

forme una armonía con cada uno. Estas situaciones propias de la convivencia humana en comunidad, dan origen a códigos culturales y sociales que producen en los miembros de esa agrupación humana un sentido de pertenencia y de ligazón a esa comunidad.

Pero, vivir en comunidad no solo significa esa conexión con ella, sino que va más allá, esto es, su relación con los demás entes que forman su cosmos o mundo, como el Sol, la tierra, la naturaleza, el aire, los animales. Todos son importantes para vivir en comunidad, por ello también deben ser respetados y deben aprender a convivir con ellos como uno más, para encontrar la armonía entre el *runa* y su cosmos, en la búsqueda del buen vivir o *sumay kawsay*.

### Los derechos colectivos de las comunidades indígenas

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

Para Lourdes Tibán Guala<sup>41</sup> los derechos colectivos tienen anclaje en la diversidad lingüística, la pluralidad jurídica, la diversidad cósmica y cultural de los pueblos y nacionalidades y esto le brinda los elementos necesarios para constituir la construcción de los mismos. Tibán Guala cita a Will Kymlicka quien define los derechos colectivos como «los derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos –quizá conflictivos– con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad».<sup>42</sup> (Es decir que no son los derechos individuales sino los derechos ejercidos por las colectividades).

La CONAIE define a los derechos colectivos como:

El conjunto de principios jurídicos, normas, prácticas y procedimientos que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para su libre determinación, reivindicados por estos y reconocidos por el Estado; identificados y cohesionados entre sí, que tiene como característica fundamental el de ser pueblos milenarios asentados ancestralmente en una jurisdicción territorial geográfica determinada, que ejercen un sistema colectivo, social, económico, cultural, político, legal, religioso, idioma.<sup>43</sup>

41. Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Pacheco, 2010, p. 113.

42. Will Kymlicka, citado por L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 114.

43. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 114.

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

*Exenciones* a las leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales (por ejemplo el no sacarse el sombrero y cortarse el guango o la trenza para los hombres Otavalos). *Asistencia* para llevar una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. De pedir subvenciones para difundir sus festivales tradicionales, su lengua. *Autogobierno* en las cuales las propias comunidades eligen sus autoridades. En el Ecuador estas autoridades pueden ejercer jurisdicción en la justicia indígena.<sup>44</sup> *Reglas externas*, consisten en las restricciones de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. *Reglas internas* que buscan normas hacia dentro del grupo para controlar la conducta de sus miembros. *Reconocimiento-obligatoriedad* de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. *Representación*. Adecuada representación de las minorías en los grupos colegiados de la mayoría. *Demandas simbólicas* que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad.<sup>45</sup>

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

44. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 171.

45. Miguel Carbonell, *La Constitución en serio*, México DF, Porrúa / UNAM, 3a. ed., 2005, p. 102.

## Los derechos colectivos, su relación con los derechos individuales y en especial con la libertad personal

Una vez definidos los derechos colectivos, Lourdes Tibán Guala,<sup>46</sup> al tratar sobre los derechos individuales, explica que le pertenecen al individuo como persona, por ejemplo: el derecho a la vida; a la libertad; a la igualdad ante la ley; a la libertad de pensamiento; a la libertad de expresión. Son los derechos que constituyen derechos humanos básicos para toda persona, independiente de su género, lengua, etnia o religión. Menciona que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a la comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

La Dra. Tibán Guala, explica

que cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con «derecho a esos derechos» y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo los derechos colectivos.<sup>47</sup>

Este pensamiento tiene su lógica, ya que los autores citados pertenecen a la CONAIE. Para Catherine Walsh esta organización realiza un modelo de *interculturalidad crítica* (lo contrario de lo que propone la FENOCIN que efectúa una interculturalidad funcional), por cuanto, parte de la autodeterminación, de la participación democrática plurinacional y de la interculturalidad como pueblo y, por lo tanto, el respeto a su cultura, economía, sistema jurídico, etc., pero pide que cuando se realice el diálogo se tome en cuenta este respeto y se discutan los puntos en los cuales se encuentran las dificultades para ir eliminando los formas de colonización y no solamente las culturales.<sup>48</sup>

De acuerdo con lo manifestado por Tibán Guala, podemos concluir que los derechos individuales son reconocidos también por las comunidades, por cuanto ambos son importantes.

En opinión de la autora, primero los derechos colectivos deben fortalecer los individuales; por ejemplo, mi idioma materno es el kiwcha, si lo hablo solo no voy a ser oído, pero, al estar reconocido por la Constitución, como idioma para las relaciones interculturales, se fortalecen el derecho colectivo de la identidad cultural y del idioma y el derecho individual a la libertad de expresión en su propia lengua, y el reconocimiento que cualquier hecho de índole

46. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 116.

47. *Ibid.*, p. 117.

48. C. Walsh, *op. cit.*, p. 83-87.

penal debe ser informado en lengua materna, sino es nulo o debe ser excluido como prueba en cualquier proceso.

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

derechos individuales son reconocidos en su relación con la comunidad ya que esta es el ámbito físico de su ejercicio [...] pero es esta la unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad [...] El individuo es reconocido con derechos cuando cumple sus obligaciones frente a la comunidad a partir de normas –generalmente orales– conocidas y aceptadas pues emanan de acuerdo de asamblea y de la resolución de conflictos concretos.<sup>49</sup>

### **La libertad, la libertad personal en la filosofía andina**

Después de la revisión teórica planteamos el cómo entender la libertad y la libertad personal desde la filosofía andina.

La libertad existe como derecho, en primer lugar como el derecho que se deriva de la propia dignidad humana, tomando en cuenta que de la anterior exposición hemos podido recoger que el individuo puede tomar sus propias decisiones, dentro de la esfera que le hace parte y componente de la comunidad indígena, esto hace que la comunidad no pueda interferir en sus decisiones, siempre y cuando estas no afecten a la armonía comunitaria.

Es por ello que bajo los criterios de Estermann, se puede explicar esta coexistencia. Partiendo del criterio de la complementariedad, tanto los derechos individuales como los colectivos deben existir no como contrarios o peor aún como contradictorios, sino como reconocidos y complementarios entre sí, en la búsqueda de su armonía, por cuanto, si partimos de la dualidad complementaria, siempre existe un complemento para justificar su existencia, ya que por sí mismos estos derechos no están completos, no pueden existir.

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

49. Elisa Cruz Rueda, «Principios generales del derecho indígena», en Rudolf Huber *et al.*, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 39.

Debemos tomar en cuenta también la reciprocidad, esto es, si le doy mi libertad a una persona, esta me entrega su libertad como complementariedad y relacionalidad para poder sostener las relaciones comunitarias y sociales.

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

Como la libertad democrática tiene mayor interés en la filosofía andina, tomando en cuenta que las decisiones se hacen con la presencia de toda la comunidad, el trabajo es comunitario, la elección de las autoridades es por diálogo y consenso de toda la comunidad, es decir, todos participan como autores de las normas y decisiones y son destinatarios en el cumplimiento de las mismas.

Definida la libertad, debemos entender que la libertad personal la deben ejercer igualmente las personas integrantes de las colectividades, por ejemplo, permanecer o no en un determinado sitio; asimismo, conforme a las decisiones de la comunidad, deben cumplir con las actividades propias de ella, como el trabajo comunitario de las mingas o *minkas*, asistir a las asambleas de la comunidad, etcétera.

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

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



## CAPÍTULO II

# La pena privativa de libertad

### LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL

Una vez analizada la construcción de la libertad y en especial de la libertad personal desde las dos filosofías anotadas, en este capítulo nos proponemos investigar ¿Qué es la pena privativa de la libertad desde la filosofía occidental?, ¿existe o no pena privativa la libertad en la filosofía andina? Para responder a estas interrogantes tomaremos como elementos de nuestra explicación *al tiempo, al espacio y al trabajo*, como conceptos que podemos fijar en cada una de las dos culturas.

Durante el desarrollo explicaremos cómo se han justificado o si, desde la interculturalidad, pueden sustentarse en cada una de estas categorías.

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

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

La pena ha sido sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico, lo decisivo es que se trata de algo doloroso o desagradable tanto para quien recibe como para quien impone.<sup>50</sup>

En primer lugar, este concepto considera como elemento principal que la pena debe ser impuesta o aplicada por la autoridad estatal, con ello se eliminan las ideas privadas del delito y de las penas, como son la venganza y compensación entre las partes. La aparición estatal elimina la violencia privada

50. Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, IBdeF, 2007, p. 45, 46.

e instauro la violencia legitimada estatal, a través de las instituciones creadas para ese efecto, como son la Función Judicial, la Fiscalía y la Policía.

En esa lógica se infiere que el Estado debe regirse por el principio de estricta legalidad. Así, el primer axioma, *Nulla poena sine crimine*, se refiere al principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito, y el principio de legalidad amplio y estricto, corresponde al segundo axioma, *Nullum crimine sine lege*,<sup>51</sup> que tiene íntima relación con las normas constitucionales del debido proceso.<sup>52</sup>

Con estos axiomas y la formalización de la pena, se garantiza el respeto a la persona, eliminando toda pena infamante o controles sociales informales.<sup>53</sup> Para concluir, el Estado, en este marco, debe imponer una pena que guarde proporción con el hecho.

En segundo lugar, Feijoo Sánchez, sostiene que toda pena lleva implícita la retribución, ya que es una reacción que el Estado impone por una acción contraria a la norma penal y que es rechazada por la sociedad, es decir, que en la retribución «esa es su esencia»<sup>54</sup> o, que «Con la pena, un ente colectivo impone un mal a una persona que ha realizado un hecho que para ese colectivo resulta perturbador o negativo».<sup>55</sup>

En ese mismo sentido, este autor cita a Neumann quien sostiene que «el momento reactivo de la pena es constitutivo no solo para las teorías retributivas de la pena, sino para todas las construcciones que pretendan formular una teoría de la pena».<sup>56</sup>

En Ecuador, si revisamos las penas previstas en el Código Penal, veremos que unas son penas retributivas, otras privativas de libertad y privativas de derechos.<sup>57</sup> Los fines son determinados en la Constitución.<sup>58</sup>

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

la retribución es el elemento diferenciador de la pena con otras consecuencias o sanciones penales o consecuencias de tipo punitivo. La justificación de un mal por su conexión con un reproche o desvalor por un hecho que ha sucedido solo ocurre con la pena [...] Una teoría que no tenga en cuenta dicho contenido retributivo será una teoría sobre alguna forma de control social, pero no sobre la pena. La pena es un mal impuesto a un autor (sujeto pasivo) como retribución de su

51. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 93.

52. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 76, num. 2 y 3, y 132, num. 2.

53. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 340.

54. B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 48.

55. *Ibid.*, p. 49.

56. *Ibid.*

57. Código Penal, art. 51, Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2011.

58. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 201.

hecho. Ello solo se puede hacer en las sociedades modernas por parte del Estado (sujeto activo) mediante una condena a través de un procedimiento público.<sup>59</sup>

En lo que no está de acuerdo el maestro italiano es en la concepción de la retribución como medida, a la que Kant se refiere como la *Ley del Talión*,<sup>60</sup> ya que este autor considera que provoca la presencia del derecho penal máximo. Feijoo Sánchez expresa que aquí Ferrajoli<sup>61</sup> comete un error en la interpretación, por cuanto en esta ley hay una forma mecanicista o mágica de entender la retribución, pero Kant jamás pudo sostener que la retribución sea algo mágico, sino que se debe considerar como una medida de la pena que deber ser igual o equivalente al delito para ser justa.

El delincuente se merece el mismo mal que ha causado. Como punto de partida de la argumentación de Kant, es que la pena no puede ser vista desde la visión utilitarista, critica esta posición, por su propia máxima de que el ser humano no puede ser considerado como objeto o instrumento sino como un fin en sí mismo, ya que el delincuente tiene que ser encontrado digno de castigo, antes de que se piense que de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos, la ley penal es un imperativo categórico.<sup>62</sup>

Desde una visión sociológica la retribución de la pena es vista como comunicación. Ana Messuti considera que, «la pena es un ejemplo de mala conciencia [...] es natural que el hacer un mal al prójimo despierte un sentimiento de culpa, por lo tanto la necesidad de explicar por qué se actuó de ese modo». Esta autora cita a Benveniste y dice que «el origen de la pena en griego significa exactamente el significado de venganza, odio: la retribución destinada a compensar un crimen, la expiación de sangre, por ello se asemeja a venganza, se considera como retribución».<sup>63</sup>

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

responde a la estructura del intercambio, sin el cual la vida social no existiría. Cada prestación da lugar a una contraprestación. Si se acepta con la naturalidad que una prestación positiva de lugar a una contraprestación positiva, también se puede aceptar que una prestación negativa dé lugar a una contraprestación negativa [...] Dar y recibir se suceden armónicamente en la vida social y jurídica también, esta reciprocidad de las prestaciones es tan indisoluble de la vida

59. B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 50, 51.

60. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 388, 389.

61. *Ibid.*, p. 257, citado por B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 70, 71; L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 388.

62. B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 72, 73.

63. Ana Messuti, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Calle Campomanes, 2001, p. 15.

social que la misma palabra comunidad la comprende [...], se tiene un deber de dar en la medida que se recibe y los que participan en este dar y recibir forman parte de la comunidad.<sup>64</sup>

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

Existen varias clases de retribución, explica Bernardo Feijoo Sánchez, que se pueden interpretar dependiendo de la perspectiva que se adopte. Si es de la víctima (retribución subjetiva-venganza). Si es del autor (expiación). Si es desde la perspectiva intersubjetiva o social (retribución objetiva o jurídica).<sup>65</sup>

En tercer lugar, la pena comprende la *privación de derechos*. El cambio de la concepción en este proceso es comprender que la violencia extrema como castigo no se podía considerar como solución y, por ello, se creó nuevas formas para «humanizar la pena», como son las prisiones, el trabajo y el tiempo.

El cambio de la pena a la privación de derechos se produce, dice Luigi Ferrajoli al citar a Diderot,<sup>66</sup> cuando existe la crítica, negando la reacción natural de la pena y el delito; permite sostener que es el punto de partida de la concepción moderna de la pena<sup>67</sup> *como pena abstracta e igualitaria* y como tal cuantificable y medida. Es aquí cuando se formalizan y tipifican legalmente las penas, ya no son aflicciones físicas, sino que son consideradas privaciones de derechos; sin embargo, para Ferrajoli son penas de aflicción psicológicas, pero se convierten en un sistema de control social formal, no como había expresado el autor citado que era un sistema de control informal.

¿En qué consiste este control social formal? En primer lugar, en que es un sistema jerarquizado y de dominación por parte del Estado, actualmente, respetando los derechos y con garantías para el sujeto de derechos, tanto libre como privado de su libertad.<sup>68</sup> Este proceso de control social formal tiene, a más de lo explicado, lo que señala Foucault, que los suplicios había que eliminarlos e implementar un sistema que «No se opone ya lo atroz a lo atroz en una justa de poder; no es ya la simetría de la venganza, es la transparencia del signo a lo que significa; se quiere establecer, en el teatro de los castigos, una relación inmedia-

64. *Ibid.*, p.15.

65. B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 50.

66. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 390.

67. *Ibid.*, p. 396. El autor explica cuáles son los rasgos de la pena moderna: igualdad, legalidad y el carácter privativo.

68. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Puerto, 2006, p. 247-268.

tamente inteligible a los sentidos y que pueda dar lugar a un cálculo simple. Una especie de estética razonable de la pena».<sup>69</sup>

La finalidad de esta pena era crear una multitud de obreros nuevos que no le representen egresos al Estado. Al mismo tiempo, se conseguía que el pobre y perezoso se convierta en útil para él y para la sociedad, con ello se reducirían los delitos contra la propiedad y se redefine, para Foucault, el concepto de *homo* económico, ya que para penas breves no es necesario un castigo. Por qué no crear el espíritu del trabajo si la perpetuidad genera desesperación.<sup>70</sup>

Una vez definido qué es la pena y su reemplazo por la pena como privación de derechos, tomaremos los criterios propuestos al inicio de este capítulo en torno a la prisión, al espacio, al tiempo y al trabajo como categorías para explicar de mejor manera la construcción de la pena desde las dos filosofías.

### **El espacio. La prisión o exclusión del ser humano y la pena privativa de la libertad**

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

Por lo mismo, se construyen lugares que deben utilizar muros para cumplir con este alejamiento de la sociedad y provocar su incomunicación social. Para Ana Messuti los muros dividen el cosmos del caos. Con esa diferencia, el cosmos (orden natural) recupera su armonía al expulsar al caos, construido para quienes quieren vivir en ese desorden, pero con reglas más rigurosas que en el orden social. Esos muros separan a los inocentes de los que no son.<sup>71</sup> En el momento que el delincuente ha cometido el hecho delictivo, está interrumpiendo la comunicación social y, por lo mismo, hay que interrumpir la comunicación de este con la sociedad, así se justifica la existencia de la prisión.<sup>72</sup>

Otro motivo para la creación de las cárceles o prisiones es cuando se considera que la tolerancia en coexistir con la persona-delincuente podría interpretarse como una aceptación social del hecho,<sup>73</sup> que provocaría convertirse en una complicidad social con el sospechoso autor de esos actos. Es así como la historia humana hace que busquemos siempre alguien culpable y los

69. Michael Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México DF, Siglo XXI, 2005, p. 110.

70. *Ibid.*, p. 126, 127.

71. A. Messuti, *op.cit.*, p. 26.

72. *Ibid.*, p. 27.

73. *Ibid.*, p. 26.

excluyamos para no hacernos sentir cómplices de hechos en los que no nos consideramos autores, esto por la misma concepción individual de la sociedad y además por la intervención religiosa.

### **El tiempo y la pena privativa de la libertad personal**

En cuanto a la pena en relación con el tiempo, Ana Messuti, manifiesta, al citar a Foucault, que desde el punto de vista económico en las sociedades industriales en la que vivimos, aparece como una reparación al momento que la sociedad se apropia del tiempo del condenado.<sup>74</sup>

Se considera que el delincuente interrumpió el tiempo de la víctima y de la sociedad, es por ello que en la concepción de la filosofía occidental, el tiempo es lineal, progresivo y cuantificable,<sup>75</sup> es decir, que el tiempo transcurre y lo que ha pasado constituye ya no el presente sino el pasado de la vida en sociedad, los que se encuentran atrás deben igualarse con los que están adelante; es por ello, que esta interrupción provoca un quiebre, por lo mismo se debe apropiarse el tiempo del reo e inmovilizarlo con la pena cuando se aplica su privación de libertad personal y se lo excluye en la prisión.

Es por esto que Luigi Ferrajoli es crítico con la pena privativa de la libertad, en cuanto al lugar y tiempo en que se excluye al ser humano: primero, por su propia teoría garantista, desde su acepción normativa política y en esa lógica crítica, considera que la separación del individuo en la cárcel por tiempos prolongados, es

antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extrajudicial al menos en parte, lesiva en la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por ello propone una drástica reducción de la pena tanto mínima como máxima, de la pena de privación de la libertad, institución cada día más carente de sentido por cuanto produce altos costes de sufrimiento y de no beneficio para nadie.<sup>76</sup>

Por ello propone las medidas alternativas las cuales producen una reducción de las personas en las cárceles.

Segundo, por el fracaso de la cárcel como elemento de eficacia disuasoria y estigmatizante, no se compara con lo que producen en la sociedad actual los medios de comunicación social, el proceso penal y la condena pública.<sup>77</sup>

74. *Ibid.*, p. 21.

75. J. Estermann, *op.cit.*, p. 123.

76. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 413.

77. *Ibid.*, p. 414.

Propone como superación, la proporcionalidad de las penas que deben responder a la reducción de las penas y de los sufrimientos innecesarios que producen las penas privativas de libertad, cambiar por la flexibilización de las mismas, fomentando la sustitución con medidas alternativas, la eliminación de las penas pecuniarias y de las penas privativas de derechos.<sup>78</sup> Y además, que la pena deber ser preventiva de delitos. Por lo que este autor italiano pretende eliminar a la prisión pero no a la pena.

### La pena privativa de libertad y el trabajo

Michael Foucault sostiene que la cárcel fue creada para eliminar el delito y se transformó en una apropiación del individuo y de su trabajo, citando a Lacretelle, este sistema lo que pretendía era eliminar «el móvil que anima la representación del delito, quitarle toda fuerza al interés que lo ha hecho nacer: Tras los delitos de vagancia esta la pereza; esta es la que hay que combatir. Nada se logra al encerrar a los mendigos en prisiones que parecen cloacas, habrá que mejor hacerlos trabajar, utilizarlos es el mejor medio de castigarlos».<sup>79</sup>

Este cambio se produce cuando se considera que la «pena es un mecanismo de los signos, de los intereses y de la duración. Pero el culpable no es más que uno de los blancos del castigo»,<sup>80</sup> es así que se va cumpliendo este cambio reformador de la privación de derechos.

El maestro francés menciona que los reformadores habían explicado que, en el antiguo régimen, el rey se apropiaba del cuerpo del sentenciado; actualmente el cuerpo del sentenciado es un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil. *El trabajo* público quiere decir dos cosas: «interés colectivo en la pena del condenado y carácter visible, controlable del castigo. Así, el culpable paga dos veces: por el trabajo que suministra y por los signos que produce. En el corazón de la sociedad, en medio de las plazas públicas o el camino real, el condenado es un foco de provechos y de significados».<sup>81</sup>

Por tanto, la privación de libertad como brindar trabajo se transforma en un signo y un símbolo, esto hizo que la pena sea considerada en forma abstracta y que genere la igualdad entre las personas privadas de la libertad, ya que la creación de *las prisiones que incluía el trabajo*<sup>82</sup> provocaron que quie-

78. *Ibid.*, p. 414-417.

79. Pierre Louis de Lacretelle, citado por M. Foucault, *op. cit.*, p. 110.

80. M. Foucault, *op. cit.*, p. 112.

81. *Ibid.*, p.113.

82. Gustave de Beaumont y Alexis de Tocqueville, *El sistema penitenciario en Estados Unidos*, en Emilio Santoro, edit., *Cárcel y sociedad liberal*, Bogotá, Temis, 2008, p. 189.

nes estaban internados en ella sean tratados en forma igualitaria, sin tomar en cuenta su condición social, sino solo el delito cometido y además, abstracta, ya que era parte del supuesto de hecho que se generaba en la propia norma penal que prevenía el delito.

En cuanto a la creación de las prisiones, no debemos olvidar la concepción de cárcel en los EUA, bajo la orientación de la filosofía utilitarista de Jeremías Bentham se creó el sistema del panóptico,<sup>83</sup> en el cual con pocos recursos (menos costos), una sola persona podía vigilar a varios presos, lo que permitía tener mayores beneficios, la arquitectura de la época también contribuyó a consagrar el sistema,<sup>84</sup> pues fue diseñada sobre la base de esta ideología.

Además, esta «maquinaria de hacer experiencias, modificar el comportamiento, de encauzar o reeducar la conducta de los individuos».<sup>85</sup> Con ello ayudaron al perfeccionamiento del sistema reformador que hace que las prisiones para Foucault,<sup>86</sup> sean lugares que deben encargarse de todo lo del detenido, esto implica varios aspectos como: 1. Aislar al individuo de la sociedad y de los compañeros de prisión; 2. Al mismo tiempo existe el trabajo considerado como un acompañante necesario, ya que le dan hábitos de orden y obediencia, de diligencia, de reflexión, y 3. Debe ser un instrumento de modulación de la pena. La longitud de la pena no debe ser medida con el tiempo de la sentencia sino debe ajustarse a la transformación «útil» del recluso en el curso de su pena.

Con estos criterios hemos podido darle un contenido a la pena como privación de la libertad personal que se ha construido desde la filosofía occidental para su justificar su legitimidad.

## ¿EXISTE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA FILOSOFÍA ANDINA?

Cuando Ecuador se declaró como un Estado plurinacional e intercultural, hizo que se genere una nueva construcción en relación con la monocultura

83. M. Foucault, *op. cit.*, p. 199 y s. Ecuador adoptó este sistema en el Penal García Moreno.

84. Podemos mencionar que el utilitarismo supone que a menos costos invertidos, debo conseguir mayores beneficios, es decir, ser más eficiente con los recursos para que se logre la mayor satisfacción. Menciono la arquitectura como expresión de la época, por ejemplo: instalar luces en los lugares oscuros; poner al delincuente contra la ventana en la sala de juzgamiento para que pueda observar la luz de Dios; la creación del hemiciclo sea en las legislaturas o en clases universitarias, para que la persona pueda ser observada por todos; y el panóptico que era una bomba central donde se ubicaba una persona que podía observar los pabellones de la producción industrial de la época y que fue trasladado a las cárceles.

85. *Ibid.*, p. 207.

86. *Ibid.*, p. 233-260.

reflejada en todo el pensamiento existente en Ecuador antes de 1998. A partir de esa Constitución se reconoció la justicia indígena, como una forma de administrar justicia, que existía y que había sido excluida, habiéndose profundizado su reconocimiento en la actual Constitución de 2008.

Dentro de esta interculturalidad, la recuperación de la cultura, de la memoria y del derecho andino o ancestral, ha sido lo que ha provocado el repensar en todas las manifestaciones del pensamiento de la sociedad ecuatoriana, como lo sostiene Enrique Ayala Mora.<sup>87</sup>

Nuestro objeto de estudio será el derecho andino o ancestral, para lo cual nos planteamos las siguientes preguntas que serán contestadas en el desarrollo de este capítulo. ¿Dónde se origina el derecho andino o ancestral?, ¿qué es el derecho indígena? Y por último, ¿si en ese derecho existen o no penas privativas de libertad?

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

instituir un sistema de representaciones sociales que dé estabilidad y regularidad a sus propios comportamientos; y, puesto que estos comportamientos nunca están encaminados únicamente a la supervivencia física sino a la autoafirmación y por tanto a la salvaguarda y a la defensa de su propia identidad y de sus propios valores, el conjunto de las representaciones sociales que se acaba de mencionar es al mismo tiempo un sistema simbólico. Este último, de hecho, mientras ordena los comportamientos, les da al mismo tiempo un sentido o un significado en el que se puedan reconocerse como miembros del grupo. La transmisión de los modelos de comportamientos [...] en el mundo humano es en cambio de tipo cultural. Significados, valores, modelos de comportamientos y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad.<sup>88</sup>

En ese sentido Claudio Malo González al hablar de cultura dice que es «aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa

87. Enrique Ayala Mora, «Justicia indígena», en Judith Salgado, comp., *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2002, p. 106.

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

creación; lo que ha producido en todos sus dominios donde ejerce su creatividad; [...] el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirlas de otras».<sup>89</sup>

En consecuencia, en el caso ecuatoriano la cultura indígena o andina, se ha construido dentro de la comunidad indígena<sup>90</sup> donde se han realizado, en forma milenaria, actividades que la convirtieron en el núcleo o centro de las manifestaciones sociales, culturales, económicas y sujeto de derechos colectivos.

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

Esta cultura, es fruto de la recuperación de la memoria ancestral. Verónica Yuquilema manifiesta que ya existía desde hace más de 518 años; el padre Bartolomé de las Casas, en su doctrina menciona «Que los indios eran humanos y que por tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobiernos (y el derecho a estos) los cuales debían ser respetados por la corona española».<sup>91</sup>

Es por ello que Verónica Yuquilema considera que este ordenamiento o institución

sin pensar en que alguien reconozca esas prácticas, las comunidades siguen viviendo y reviviendo su vida a través de sus vivencias en diferentes espacios. Es por ello, que este derecho, no se limita a su reconocimiento Constitucional, pues mucho antes de la llegada de los españoles este derecho, se ponía en vigencia en los conflictos existentes dentro de la convivencia de los pueblos originarios, concepción que parte de la cosmovisión y filosofía andina que los pueblos y nacionalidades poseen.<sup>92</sup>

Por esa razón, la comunidad indígena al haber determinado su autonomía en sus prácticas culturales, hace que instituya y construya su propio orde-

89. Claudio Malo González, *Justicia indígena, cultura e interculturalidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2002, p. 18 y 19.

90. «Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia». R. Llasag Fernández, *op. cit.*, p. 181.

91. ECUARUNARI-CONAIE, *Estructura legal de los sistemas jurídicos de los pueblos y nacionalidades kichwa del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2008, p. 11, citado por V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 25.

92. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 25.

namiento jurídico, creando representaciones sociales para mantener su orden social y normas jurídicas para regular los comportamientos sociales, que al ser violentadas tienen coacción, por cuanto son impuestas por autoridades propias de sus comunas.

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

cuando hablamos de derecho, o sea de normas propiamente jurídicas presuponemos que en el universo cultural de una determinada sociedad se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Las normas jurídicas propiamente dichas son solo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no está confiada genéricamente al control social (o al remordimiento de la conciencia o acaso post mortem a la justicia divina) sino a una autoridad pública reconocida y reconocible.<sup>93</sup>

Esther Sánchez Botero, expresa que en este derecho andino,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con estos principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos<sup>94</sup> [...] se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en «epidemias» que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.<sup>95</sup>

Carlos Pérez Guartambel dice que derecho indígena es «el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en las cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social».<sup>96</sup>

93. F. Ciarrelli, *op. cit.*, p. 27. Este autor en su obra explica que se puede hablar de derecho como regla, como decisión y como ordenamiento o institución.

94. E. Sánchez Botero, «Principios generales del...», p. 119.

95. *Ibid.*, p. 121.

96. Carlos Pérez Guartambel, *Justicia indígena*, Cuenca, CONAIE / ECUARUNARI, 2a. ed., 2010, p. 210.

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

## PRINCIPIOS DEL DERECHO INDÍGENA

Para construir qué es el derecho indígena debemos partir mencionando en forma muy breve cuáles son los principios que rigen e identifican a este derecho. En primer lugar las propuestas por la ECUARUNARI:

1. Milenaria: Viene al igual de la existencia de las propias colectividades, podemos decir que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos. 2. Colectiva: No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación peor a autoridad alguna, pertenece a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana, no es derecho u obligación individual, su ejercicio y aplicación es responsabilidad comunitaria. 3. Es ágil, oportuna y dinámica: al ser un quehacer colectivo transgeneracional y que repara antes que reprime, optimiza, prioriza y utiliza al tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en un tiempo relativamente corto. Junto a la agilidad se une la oportunidad estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena. No ya burocracia. 4. Está en permanente proceso de perfeccionamiento: al venir de generación en generación le permite estar en proceso de perfeccionamiento sin alcanzar a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento. 5. Trascendencia: El sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo a los modos de vida de cada pueblo indígena.<sup>97</sup>

Para Raúl Ilaquiche, los principios son: «solidaridad, reciprocidad y colectividad»,<sup>98</sup> no obstante, no elabora ninguna explicación sobre aquellos, por lo que la aproximación la haremos nosotros.

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

97. ECUARUNARI-CONAIE, *op. cit.*, p. 44.

98. Raúl Ilaquiche, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador*, Quito, CONAIE, 2004, p. 30, citado por V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 30.

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

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

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

1. Que la conducta humana esté de acuerdo con el orden social y natural.
2. Que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (por ejemplo el respeto a la autoridad y a la comunidad, y 3. Esas conductas ayuden a lograr la reproducción y la convivencia armónica (como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración). Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad el prestigio (que no necesariamente es económico).<sup>99</sup>

## NORMAS QUE REGULAN LOS COMPORTAMIENTOS EN LA COMUNIDAD INDÍGENA

Estas normas tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos kichwas de Ecuador, como son «ama killa, ama llulla, ama shua», que quiere decir: no ser ocioso, no mentir y no robar.

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

Cuando se es ocioso, esto implica que no se cumple con las normas de solidaridad con la comunidad, además, se rompe la complementariedad y la

99. E. Cruz Rueda, *op. cit.*, p. 40. La numeración es mía.

correspondencia de la armonía social, ya que no se cumple con los actos que la comunidad requiere para su sostén como tal.

Peor aún, cuando se roba se altera la armonía del orden social y esa conducta igualmente altera el orden social y no se respeta a la comunidad, «es la falta de reciprocidad en el intercambio de bienes».<sup>100</sup>

En consecuencia, estas normas tienen fuerza vinculante dentro de la comunidad y se ha elevado a rango constitucional.<sup>101</sup> Estos términos para Lourdes Tibán Guala «tiene contenidos, esencia y espíritu más amplios y profundos. Así el vocablo <AMA> implica prohibición de no hacer».<sup>102</sup> Por ello dice

que la vida requiere de acción y movimiento [...] no parar es no cumplir con nuestra condición de seres humanos con vocación de servicio; no robar implica que no se debe tomar de la naturaleza mas allá de lo necesario porque la acumulación innecesaria de bienes que nos lleva a la falsa creencia de que mientras más tenemos somos más; no mentir quiere decir también, que debemos ser auténticos y no engañarnos a nosotros mismos creyéndonos más de lo que somos. Estos tres principios, así concebidos, constituyen la base de las normas de comportamiento de los pueblos indígenas que son obligatorias como cualquier ley.<sup>103</sup>

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

Verónica Yuquilema indica que:

surge a raíz de la colonización, pues, a los españoles les convenía que los indios sean, primero, honrados, no roben y no alcen la cabeza; segundo, que sean trabajadores, no sean ociosos y sigan trabajando en largas jornadas, se enriquecían a merced de ellos; y, tercero, que sean sinceros y no mientan ya que si lo hacían Dios los iba a castigar, viéndolo desde ese punto de vista no resulta del todo descabellado; pero, sin perjuicio de éstas consideraciones, el runa siempre ha estado guiado de sinceridad, de valerosidad, de respeto a los demás.<sup>104</sup>

Por su propia concepción de la vida, en forma comunitaria, es posible que esos valores éticos, sociales-comunitarios, sean aplicados por las autoridades de las comunidades en los eventos que existan conductas que produzcan el *llaki*.

100. J. Estermann, *op. cit.*, p.181.

101. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 83, num. 2.

102. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 125.

103. *Ibid.*

104. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 19-20.

## PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

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

*El principio de reciprocidad:* es el dar y recibir, en las comunidades se ve reflejado en el Ayni, cuando alguien muere en la comunidad cada familia nuclear lleva algo para ayudar en la comida, en éstos tiempos también dan dinero, porque llevan algo siempre. Pues es una respuesta simple y que quizá no responda nada, simplemente porque nace de su corazón solidario y saben que en algún rato ellos también recibirán el mismo Yanapay o como popularmente se dice «una prestadita de mano».<sup>105</sup>

*Principio de minga:* Verónica Yuquilema explica que para el compañero saraguro Martín Cango, minga «es una acción concreta comunitaria, donde hay la participación voluntaria de parte de todos los comuneros».

La minga está relacionada con el principio de colectividad propuesto por Raúl Ilaquiche, que es el punto de partida para saber el por qué, al resolver conflictos en una comunidad, son partícipes todos y cada uno de sus miembros, quienes ayudan dando sus puntos de vista, en otros casos, sus soluciones o, en el caso de las mujeres, lamentado la desarmonía que ello encubre, porque en su sentir el «ayllu» está siendo afectado, el «llaki» atañe a todos y cada uno de los miembros de la comunidad, pues el cometimiento de un «delito» constituye un mal ejemplo para la nueva generación y desequilibra el orden.<sup>106</sup>

*Principio de oralidad:* que se transmite a través de la sabiduría popular, a veces sobre la memoria, mitos, tradiciones o refranes, es decir que se transmiten por herencia social, por ejemplo en el Perú el «ayni» y el «ayllu» a pesar de ser instituciones prepizarrianas de organización jurídica social y política, en la actualidad son prácticas vigentes en muchas comunidades campesinas.<sup>107</sup>

El *principio del debido proceso*, también existe en este ordenamiento. Se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que son el Cabildo y la Asamblea; la investigación es realizada por una comisión investigadora, que pide al sospechoso que diga la verdad, que no mienta y que aporte prueba (el derecho

105. *Ibid.*, p. 20.

106. *Ibid.*

107. *Ibid.*, p. 21.

a la defensa),<sup>108</sup> si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.<sup>109</sup>

Todos estos principios se constituyen en normas jurídicas prescriptivas, pero más que eso, forman parte del derecho indígena que vinculan a la comunidad indígena como expresión de su cultura; además, cumplen la función de mantener el orden social, así como su armonía y, de ser necesario, se aplicaran estas normas procesales para juzgar a los miembros de la comunidad que hayan contrariado el orden social comunitario, para que sea una expresión de un juicio justo.

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

#### FORMAS DE REACCIÓN DE LA COMUNIDAD CONTRA CONDUCTAS CONTRARIAS A LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTOS EN LA COMUNIDAD INDÍGENA. ¿EXISTE O NO LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD?

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

Para Lourdes Tibán Guala, cuando se violan las normas «las sanciones impuestas al incumplimiento de estos principios no se consideran castigos, sino, formas de mantener el equilibrio y la armonía social de la comunidad. Así, más que sanciones constituían la restitución de la espiritualidad, el resarcimiento del daño y la expulsión de los malos espíritus».<sup>110</sup>

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

En cuanto, al criterio del espacio, que en la cultura occidental es la cárcel, en la andina, la privación de la libertad personal en la cultura indígena

108. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 76; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, Quito, Procuraduría General Estado, 2009.

109. E. Sánchez Botero, «Principios generales...», p. 129.

110. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 125.

como pena no tiene sentido, peor aún, existencia, según las opiniones de Elisa Cruz Rueda y Lourdes Tibán Guala.

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

el mismo objeto de forma distinta y den como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Es suficiente si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió el error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión.<sup>111</sup>

Para Lourdes Tibán Guala, «Desde la cosmovisión indígena la cárcel no está aceptada dentro de su cultura porque viola su principio de *ama killa* (no ser ocioso) y aplican otras sanciones que visto desde lo occidental puede ser violatorio de derechos».<sup>112</sup>

## ¿CUÁLES SON LAS RAZONES PARA JUSTIFICAR LA NO EXISTENCIA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO PENA?

1. El pensamiento andino y los criterios éticos sociales comunitarios de Joseph Estermann, consideran al ser humano o *runa*, como uno más dentro del mundo o *pacha*, es decir, que todos los seres animados como inanimados son importantes para que se desarrolle y produzca la armonía dentro de él.<sup>113</sup>

Además, el *runa* o ser humano, también cumple una función de relacionador o puente entre el Sol, la Luna y lluvia con la Pachamama.<sup>114</sup>

Si se produce la exclusión de la persona privada de su libertad, en ese momento se rompe la armonía, no existiría el principio de la complementariedad que pueda servir para la fecundación de la Pachamama, de los animales y seres humanos. Por lo que no se produciría el intercambio económico de su producción y ayuda solidaria. No existiría la reciprocidad, por cuanto no podría

111. E. Cruz Rueda, «Principios generales...», p. 37.

112. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 127.

113. J. Estermann, *op. cit.*, p. 153, 154. Estos criterios son la complementariedad, reciprocidad, relacionalidad y correspondencia.

114. J. Estermann, *op. cit.*, p. 80, 82.

ayudar a la Pachamama a brindarle sus frutos y él no podría cultivarla y cuidarla.

2. Es importante para la comunidad indígena que el *runa* ayude en la toma de decisiones, sea parte de la productividad económica, participe en las reuniones sociales como agradecimiento por todos los beneficios que recibe la comunidad, que participe de las manifestaciones culturales y en el ejercicio de cargos que son necesarios para su desempeño.

Si se produce la privación de libertad, existe una ruptura de la armonía y equilibrio de la comunidad, ya que el *runa* en cada una de estas actividades es importante y también es necesaria su ayuda, su presencia llena a la comunidad. Solo no es nadie en la comunidad y estaría afectada en su continuidad, ya que su exclusión deja de fortalecer a la misma. Como decía E. Cruz Rueda, las conductas deben ayudar a lograr la reproducción y convivencia armónica de la misma. A pesar de que pudo cometer alguna acción contraria a las normas comunitarias, no es el fin de la comunidad el que salga de dicha comunidad si puede ayudar a restablecer lo perdido.

3. Lourdes Tibán Guala, sostiene que tiene relación, pues afecta el principio de *ama killa* (no ser ocioso). ¿Qué es lo que quiere decir esta autora? Que al tener encerrada a una persona por un delito cometido, sin que pueda realizar ninguna actividad económica, social o cultural, se está violentando los principios de complementariedad, relacionalidad y reciprocidad.

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

4. Tendría relación con la propuesta de Elisa Cruz Rueda,<sup>115</sup> cuando menciona que no tiene como fin hacer justicia ni es un medio, como sucede en la sociedad occidental, ya que la prisión preventiva se ordena en dos presupuestos: para asegurar la comparecencia del procesado y para asegurar el cumplimiento de la pena.

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

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

115. E. Cruz Rueda, «Principios generales...», p. 37, 38.

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

6. Tiene que ver con la concepción del tiempo, siempre se busca la memoria ancestral, siendo esta cíclica.<sup>116</sup> ¿Qué se entiende? En primer lugar, que en el mundo andino no hay un concepto de tiempo y espacio, que todo es lo mismo se vive el presente y el pasado al mismo tiempo, como lo indica Estermann

el pasado no está realmente pasado, sino que interfiere, se penetra e influye en lo que pasa aquí y ahora. Muchos ritos andinos tiene el significado de hacer presentes hechos del pasado, es decir, de representar y a presentar simbólica y celebrativamente acontecimientos míticos, históricos y legendarios de un supuesto pasado [...] el tiempo no avanza de un estado inicial a un estado final, en una sola dirección, sino que puede progresar también en la dirección opuesta.<sup>117</sup>

Nos sigue explicando que

no hay continuidad lineal ininterrumpida entre diferentes ciclos o épocas, el tiempo andino es radicalmente discontinuo y procede a maneras de saltos o revoluciones cósmicas. La idea occidental choca de progreso en el sentido de avance diacrónico hacia lo mejor, superior y más desarrollado choca fundamentalmente con la concepción cíclica andina de regreso a un estado más perfecto y ordenado [...] la idea occidental de desarrollo se basa principalmente en la idea de la acumulación y del perfeccionamiento moral [...] para el *runa* el verdadero desarrollo consiste en restablecer el orden cósmico equilibrado, regido por los principios de complementariedad, correspondencia y reciprocidad.<sup>118</sup>

Con lo anterior, se confirma una vez más por qué no existe la pena privativa de la libertad personal. En primer lugar, la acción que altera la armonía de convivencia de la comunidad no está interrumpiendo ningún tiempo ya que la concepción de este en la filosofía andina no es lineal sino circular, es por ello que no le interesa la captura del cuerpo como castigo, sino la armonía o restablecer el orden cósmico.

116. J. Estermann, *op. cit.*, p. 125, 126.

117. *Ibid.*, p. 126, 127.

118. *Ibid.*, p. 129, 130.

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

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

7. Al existir una reacción ante una conducta contraria a las normas y haber una imposición de una comunidad por la acción negativa, podemos decir que ambas consideran que la pena implica retribución.

8. Lo que cambia es la finalidad que encierra, es por eso que podemos concluir, al hacer una comparación con el fin de la pena en cuanto al trabajo que tuvo y tiene en la filosofía occidental, que el fin es eliminar el móvil que causa el delito; la apropiación del cuerpo y tiempo por parte de la sociedad; que represente un signo y símbolo como mensaje para los otros y se convierta en una nueva fuerza laboral que no represente egresos al Estado.

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

En cambio, en la filosofía andina, el trabajo no tiene como propósito dar ningún mensaje; tampoco existe la apropiación del cuerpo, ni del tiempo, ni del trabajo del sentenciado; no tiene el fin de humillación social de hacerlo en plazas públicas o caminos reales, sino en la *llacta*, lugar en el cual tiene que reparar para cumplir con la complementariedad y la reciprocidad que sostiene a la comunidad indígena y con ello restablecer la armonía comunitaria. Además, en la filosofía occidental, el encierro tiene como finalidad, eliminar al ente peligroso, lo cual no sucede en la andina. En consecuencia, el derecho indígena no tiene previsto esta forma de pena en su estructura como ordenamiento jurídico.

No obstante, habíamos mencionado que existen otras formas para el restablecimiento de la armonía de la comunidad, estas son: el uso de agua fría, la ortiga y la vara o látigo.

## FORMAS QUE LA COMUNIDAD INDÍGENA IMPLEMENTA CONTRA LAS CONDUCTAS QUE AFECTAN LA ARMONÍA

Tomaremos las reflexiones propias de Verónica Yuquilema<sup>119</sup> en su condición de indígena kiwcha de la comunidad de Pulucate, provincia de Chimborazo y su investigación de campo, la recopilación de testimonios le permitieron construir el significado que tiene cada una de estas formas para luego hacer un diálogo, como fin de esta investigación.

### a) Agua fría

¿Qué significado tiene el agua fría dentro del derecho indígena? Debemos iniciar esta explicación partiendo de que el *runa* es uno más en el sistema, por ello

es necesario dar a conocer que dentro del mundo andino existen cuatro elementos o más bien apuks<sup>120</sup> importantes y son: yakuMama (agua), nina (fuego), wayra (viento) y allpamama (tierra). Cada uno representan seres con quienes interactuamos en cada oportunidad y que nos brindan su energía desde sus posibilidades. Éstos cuatro elementos que para el *runa* son respetados, para el mundo occidental no son más que recursos que deben ser aprovechados para obtener riqueza, sin importar cuáles son las repercusiones.<sup>121</sup>

En el mundo occidental, una de las graves preocupaciones de hoy es justamente pasar de la economía de la extracción a la economía del desarrollo sustentable y economía verde. Los pueblos indígenas no necesitan de esto, por cuanto ellos respetan a la naturaleza, desde que nacen y crecen en la propia comunidad, siendo un elemento más en la integración del mundo tanto comunitario como interrelacionado con la naturaleza y los otros seres tanto vivos como inanimados, por lo que la lucha es tratar de eliminar las ideas de dominio y jerarquización colonial que existe en la relación económica occidental.

Lo anterior, significa complementariedad como expone el *mashi* Carlos Yamberla, perteneciente al pueblo kichwa Otavalo, citado por Verónica Yuquilema, Yamberla dice que los *runas* se desarrollan bajo dos órdenes:

1. El orden social que es en el que se desarrolla las relaciones interpersonales, pero considerando el orden natural, y 2. El orden natural que es el respeto que tenemos y la sabiduría que nos brinda la Pachamama. Estos dos órdenes

119. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 38.

120. Deidad.

121. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 38.

mencionan, que existe una relación de complementariedad y reciprocidad entre ellos, es decir que van de la mano.<sup>122</sup>

Pero ¿Cómo se entiende el significado del agua? para el «Tayta Manuel Allauca, citado por Yuquilema: el «*agüita es vida*»»,<sup>123</sup> al principio se puede esperar alguna respuesta compleja, pero se puede decir que la simpleza es la mejor de las réplicas, ya que solo reflexionamos: cuando nos servimos un vaso de agua en el cansancio físico o cuando tomamos una ducha de baño de agua fría o caliente, el agua hace que nos recuperemos y tengamos una sensación de placer y de revitalizar nuestras fuerzas interiores y podemos continuar en nuestra labor, esta comprensión que hacemos en este instante es lo que a veces, los que tenemos pensamiento occidental, no tenemos el tiempo de responder en forma simple sino buscar respuestas complejas producto de un pensamiento en el que buscamos explicaciones mediante las ciencias del conocimiento que pensamos que son las únicas que pueden explicarnos.

Si el agua es vida cabe la pregunta ¿Por qué es vida? ¿Qué representa el agua en la vida del *runa* andino?

Para responder la primera interrogante, debemos remitirnos a lo manifestado precisamente por el Tayta Manuel citado por Yuquilema, quien dice que cuando tenemos contacto con él o ella (agua) liberamos energías y dejamos de lado lo que nos hace daño, es decir su vida vuelve. Según él con el baño equilibramos nuestro yo interior, nos reencontramos y volvemos al equilibrio.<sup>124</sup>

Ya que la comunidad comprende que «El agua es un ser vivo, proveedor de vida y de animación del universo. Con el agua se dialoga, se le trata con cariño, se le cría».<sup>125</sup>

Culmina manifestando:

Esta es la percepción del agua, es un hermano más dentro del ayllu, es quien a través de sus poderes nos ayuda a recobrar el equilibrio de nuestra vida.<sup>126</sup>

El agua no es un simple líquido, es verdaderamente fuente de vida, según el *mashi* Carlos Yamberla es el iniciador de la vida, y por tanto es el hilo conductor de la vida, señala también, que esta continuidad se manifiesta en forma pragmática en las prácticas culturales que se realiza en respeto a este ser.<sup>127</sup>

122. *Ibid.*

123. *Ibid.*

124. *Ibid.*, p. 39.

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*

127. *Ibid.*, p. 40.

¿Cómo ayuda el agua para solucionar el problema existente en la comunidad? En este momento debemos volver a lo «manifestado por el mashi Carlos Yamberla «el agua es el hilo de continuidad de la vida» y que esta continuidad se «refleja en las prácticas culturales», pues nos lleva a concluir la relevancia del acompañamiento de agua en la solución de conflicto suscitado en la comunidad».<sup>128</sup>

Las prácticas culturales que se realizan con el *ApukYaku* son varias, según estos testimonios:

El Tayta Manuel haciendo referencia al baño dice que, hay baños que se hacen por costumbre, otros que se lo hacen para purificarse, otros para el florecimiento; de igual forma el mashi Carlos Yamberla, señala que existen baños que se lo hacen cotidianamente, para fiestas, para ceremonias, y dentro de estas ceremonias existen baños de inicio de ceremonia, de purificación, de sanación y de reciprocación con la YakuMama.<sup>129</sup>

Verónica Yuquilema concluye que «estamos frente al baño que se lo hace con el fin de la purificación de aquel *runa* que por tener un desequilibrio en su interior ha sido capaz de cometer una falta que constituye un *llaki* para toda la comunidad, pero tiene que ser con agua fría».<sup>130</sup>

### **b) Ortiga**

Debemos construir y explicar el significado de la ortiga en este proceso de reacción,

Las plantas son fuente de vida, el Tayta Manuel Allauca son quienes limpian nuestras dolencias no solo físicas sino espirituales, y las plantitas que nacen en la misma allpamamita son las que nos devuelven el equilibrio si algún mal nos aqueja, el muy sabiamente dice que «la medicina para el ser humano está en la chakra que ha sido cultivada por nosotros mismos» y yo respetuosamente complementaria con lo que los Taytakuna Laurita Santillán y Fernando Chimba, dijeron en alguna ocasión «las plantitas que se conocen como silvestres (las que nacen en donde quieren) son sembradas por la misma Pachamamita», tal es el caso de la ortiga que la encontramos en cualquier lugar.<sup>131</sup>

En ese mismo sentido Carlos Pérez Guartambel al hablar de la ortiga señala que «Es característico de esta planta el poseer unos pelos urticantes que

128. *Ibid.*

129. *Ibid.*, p. 40.

130. *Ibid.*, p. 41.

131. *Ibid.*

tienen la forma de pequeñísimas ampollas llenas de un líquido irritante que al contactar con la piel vierten su contenido [...] sobre ella, provocando ronchas, escozor y prurito».<sup>132</sup>

Es una planta que por su característica produce cierto ardor, calienta el cuerpo de quien está siendo frotado con ella.<sup>133</sup> «Esta planta al provocar ardor al contacto con el cuerpo, logra producir un efecto contrario pero complementario al que realiza el agua helada, es decir al unir el frío con el calor llega a un punto de equilibrio de energías. Hasta ahora no conozco de otra planta que tenga este poder».<sup>134</sup>

Concluye Yuquilema:

Debo mencionar que la ortiga no es usada como tal, a efectos de producir dolor o sufrimiento, que es la percepción que se tiene, sino que ayuda a que el runa equilibre sus energías. Se habla de equilibrio porque existe «un algo» que no está bien que le incita a realizar una falta, entonces lo que la ortiga en unión con el agua es ayudar a volver a su estado normal al runa.<sup>135</sup>

### c) Agua y ortiga

¿Cómo funciona la mezcla de estos dos elementos con los principios éticos sociales de la comunidad indígena? Explica Verónica Yuquilema que

El mashi Luis Ángel Saavedra, originario del pueblo Cayambi, al conversar sobre el tema del agua, la ortiga y el runa en la justicia indígena, muy acertadamente señalo que: «Primero, si la persona comete una falta es porque está enferma, es decir no hay un equilibrio de energías, entonces en función del principio de complementariedad existente en el caso del sol y la luna, del hombre y la mujer, en esta ocasión también existe tal relación entre el agua y la ortiga con el fin de ayudar a la persona. El cuerpo de la persona está inquieta, caliente y necesita de algo que en un primer momento lo estabilice e interviene el agua fría, que hace que se calme; luego dado que ya de cierta forma el cuerpo se ha estabilizado un poco, requiere de la acción de otro elemento más que coadyuve a que no se quede en ese estado de cierto modo de congelamiento, pues interviene la ortiga, que provoca calor y ardor. Cuando el agua y la ortiga se unen están complementándose para ayudar a que la persona equilibre sus energías y deje de lado las que no necesitaba».<sup>136</sup>

132. C. Pérez Guartambel, *op. cit.*, p. 236.

133. V. Yuquilema, *op. cit.*, p. 42.

134. *Ibid.*

135. *Ibid.*, p. 42.

136. *Ibid.*, p. 43.

En igual sentido, el tayta Manuel Allauca manifestó que «El agua purifica y la planta corrige porque el cuerpo está caliente para hacer el daño».<sup>137</sup>

Estos dos puntos de vista hacen relucir la relevancia del principio de complementariedad en la que se basa el mundo andino, que es la base fundamental para comprender las demás interacciones que existen.

#### *d) Látigo*

Verónica Yuquilema indica:

No deseo ahondar en este tema, únicamente quiero manifestar que respecto al uso de látigos luego de realizar la purificación con los dos elementos anteriormente señalados, se encuentra no solo fuera de contexto sino más allá de eso, fuera de la realidad misma de las comunidades. Es decir que considera que el mismo «es un rezago de los instrumentos que eran usados por los españoles durante su dominación a los pueblos originarios para hacer que los negros e <indios> los obedezcan».<sup>138</sup>

Sin embargo, entrando a considerar la validez o no del uso del látigo, el Dr. Pérez Guartambel, narrando la realidad del pueblo cañari, enfatiza, si bien el látigo no fue usado durante la historia antes de los españoles por los pueblos andinos, sí se usaba una vara «es decir un pequeño tallo de chakra, retama o chilca que no provoca lesión».<sup>139</sup> En este sentido el Dr. Pérez, se refiere de este modo «El látigo en determinadas comunidades indígenas se conocen como el rayo porque cae con fuerza, energía, y desde arriba del Hana Pacha para despertar las buenas energías que están adormecidas y que han sido soslayadas por las energías malignas provocando el desequilibrio de los miembros de la comunidad social».<sup>140</sup>

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

139. C. Pérez Guartambel, *op. cit.*, p. 237.

140. *Ibid.*



## CAPÍTULO III

# Algo sobre interculturalidad

### LA INTERCULTURALIDAD: EL DISCURSO EXCLUYENTE Y EL DISCURSO INCLUYENTE

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

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

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

objeto de colonización primaria por parte de España y Portugal, que impuso un control represivo interno funcional a su colonialismo y basado o justificado mediante una ideología según la cual la población india y el africano importado eran inferiores. Hemos visto que cuando estas potencias pierden la hegemonía, que pasa a los europeos del centro-norte de Europa, el poder central produce un cambio cualitativo y nos margina del poder, estableciendo su control social por medio de minorías criollas proconsulares que ideológicamente seguían afirmando nuestra inferioridad, aunque a esta ya no solo la hacían depender de la de los indios y negros, sino también de nuestros colonizadores primarios (latinos).

A su vez Hegel, que fue el más autorizado y fino teórico del dominio universal europeo, asignaba a América un futuro –al tiempo que le negaba historia– como receptáculo de la población sobrante de Europa, lo cual, medio siglo más tarde tuvo lugar masivamente en el sur de América. La propia masa transportada por los europeos, ya sea en la primera colonización o en el siglo XIX al sur, estaba configurada por personas que en su inmensa mayoría pertenecían

a las clases más desprovistas. En la colonización española hubo predominio de desplazados con gran afluencia del sur de la Península, de clara marca cultural musulmana. También vinieron muchos «cristiano nuevos», es decir, judíos, que para nada se sentían seguros en la Península.<sup>141</sup>

Asimismo, el maestro argentino demuestra que el pensamiento de Hegel, prestigioso ideólogo del centralismo nórdico europeo, sigue justificando el discurso excluyente, considerando que no tenemos un pasado histórico, porque

nuestra población se ha integrado con la acumulación histórica de indios inferiores en todo y sin historia, de negros en estado de naturaleza, por ende, sin moral, de árabes, mestizos o a culturados musulmanes, fanáticos, decadentes y sensuales sin límite, de judíos cuya religión les impide alcanzar su auténtica libertad, ya que están sumergidos en el pensamiento del «servicio riguroso», de latinos que nunca alcanzaron «el período del mundo germánico», ese «estadio del espíritu que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí y de algunos asiáticos, que apenas están un poco más avanzados que los negros».<sup>142</sup>

Continúa Zaffaroni en esta explicación en cuanto la exclusión histórica social, que las clases proletarias o pobres volvieron a la historia con Marx, pero los latinoamericanos seguimos excluidos de la misma. Seguimos marginados. En Latinoamérica llamamos «historia» a una sucesión anecdótica de luchas políticas que parece no tener ningún sentido y mientras «eso» sea «nuestra» historia, será imposible hacer de «América Latina» una idea operativa, es decir, una idea que nos aproxime a la realidad de sus estructuras de poder y de control.<sup>143</sup>

Estas verificaciones realizadas por el maestro argentino, corroboran este distanciamiento que hemos propuesto entre la realidad y el conocimiento; han justificado la exclusión, en razón de ella los indígenas y afros han sido y son tratados como inferiores y carentes de historia.

Esta situación de exclusión se reflejó desde la conquista y continuó en la república, considerando que existía una sola nación,<sup>144</sup> cultura, filosofía, derecho, sin reconocer que había otras formas de agrupaciones humanas pertene-

141. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1998, p. 72.

142. *Ibid.*, p. 72.

143. *Ibid.*, p. 75.

144. Enrique Ayala Mora, citado por Catherine Walsh, «Estado, interculturalidad y multiculturalismo», en Pablo Ospina, Olaf Kaltmeier, *Christian Büschges*, edit., en *Los Andes en movimientos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Universidad de Bielefeld / Corporación Editora Nacional, 2009, p. 217. En este artículo la autora cita al historiador ecuatoriano quien explica que en Ecuador jamás se produjo un verdadero concepto de Estado Nación, tomando en cuenta que jamás se conformó sobre la base de las culturas, pueblos y nacionalidades existentes en lo que hoy es Ecuador.

cientes a otras nacionalidades diferentes de la estatal, con diversa cultura y que estuvieron antes que los conquistadores invadieran estas tierras de *Abya Yala*.

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

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

El mapa filosófico hecho por Occidente sigue hoy día –salvo pocas excepciones– este eurocentrismo cultural y epistemológico, expresado explícitamente en la cartografía ortodoxa [...] la filosofía es griega [...] abarca todavía prácticamente todos los territorios anteriormente colonizados por los distintos imperios europeos de turno. Una simple vista a los currículos de estudios filosóficos en universidades, institutos y seminarios de América Latina, África, Asia [...] demuestra claramente que se enseña en primer lugar la tradición occidental, y que las «filosofía contextuales» solo se enseñan como un curso suplementario opcional.<sup>145</sup>

En ese mismo sentido, Boaventura de Souza Santos, desde el punto de vista sociológico, nos explica la exclusión, indicando que existen dos sociologías: de ausencia y de emergencia. Entiende la primera como «la investigación que tiene como objetivos mostrar [que] lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe. Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales».<sup>146</sup>

Además, entrega cinco criterios para dar sustento a sus explicaciones que son: «mono cultura del saber y del rigor del saber; mono cultura del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; lógica productivista capitalista».<sup>147</sup>

La segunda, la sociología de emergencia, para el maestro portugués, consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas, es decir, que amplía el presente uniendo a lo real las posibilidades y expectativas futuras que conlleva. Esta ampliación de saberes, de prácticas y agentes,<sup>148</sup> hace que la interculturalidad sea la forma de expresión de esta sociología, ya que la misma amplía la realidad, es decir, nuestro

145. J. Estermann, *op. cit.*, p. 93.

146. Boaventura de Souza Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 47.

147. *Ibid.*, p. 46-51.

148. *Ibid.*, p. 53-55.

objeto de conocimiento en contraposición del discurso dominante y excluyente en nuestro país.

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

Por ello, una vez visibilizados los indígenas en esa nueva dimensión, se ocupan de la recuperación de su historia, de sus ancestros y de toda eliminación de colonialismo, esto *no significa* que viven en el pasado o quieren volver al pasado —como han sido las críticas—, sino que al haberles negado su historia, su estudio es justamente recuperar la memoria de sus costumbres, sus antepasados, su comportamientos sociales, etc.; los afros igualmente se ocupan de recuperar sus raíces, su identidad, sus tradiciones y memoria histórica como la eliminación de formas de trabajo de la esclavitud.

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

Pero siguió considerando como cultura dominante a la mestiza, es así como se utilizó el término de multiculturalismo o pluriculturalismo como forma de reconocimiento de ciertos grupos diferentes.

Camilo Borrero García<sup>149</sup> explica la diferencia entre el multiculturalismo y el interculturalismo

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

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

149. Camilo Borrero García, «¿Multiculturalismo o interculturalidad?», en Diana Carrillo y Santiago Patarroyo Rengifo, edit., *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 67.

En la Constitución de 2008, si partimos desde la sociología de emergencia, podemos observar, en las diversas normas de rango constitucional, que se construye un nuevo concepto que es la interculturalidad, que es la recuperación y el emerger de la cultura que estuvo olvidada y sometida al poder de otras culturas, con el fin de superar el espacio perdido durante los cinco siglos de dominación de esta estructura de pensamiento.

Para Joseph Estermann, nace la recuperación de la filosofía andina y tenemos un modelo explicativo, la propuesta de una filosofía intercultural<sup>150</sup> o traducción intercultural<sup>151</sup> que permita el intercambio de estas dos filosofías o de las dos culturas para armonizar y relacionar sus conocimientos, costumbres, derecho que existe en nuestro país.

Con esta propuesta, Ecuador en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente, hizo que se genere esta transformación epistemológica, política, económica, cultural sustentada en la filosofía intercultural o traducción intercultural, eso se refleja en nuestra Constitución, en el instante que existen los derechos de la cultura occidental como son los derechos de libertad (negativa y positiva) y seguridad jurídica, sustentos de la Revolución francesa. En complemento se introdujo el «buen vivir como nueva forma de organizar la economía<sup>152</sup> como fin de la construcción de toda nuestra constitución», el respeto a la Pachamama, la educación bilingüe intercultural, la justicia indígena, la propiedad comunitaria, los derechos colectivos y la economía comunitaria, la complementariedad entre hombre y mujer, los derechos de la naturaleza.

## LA INTERCULTURALIDAD: SU CONTENIDO

Una vez descrita en forma breve la crítica al modelo de la exclusión, la propuesta a este sería el modelo explicativo de la interculturalidad, Enrique Ayala Mora,<sup>153</sup> nos invita a dar una construcción a este modelo que no debe ser un

añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole

150. J. Estermann, *op. cit.*, p. 96, 97.

151. B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, p. 61.

152. Boaventura de Sousa Santos, «Paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad», en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., en *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 26.

153. E. Ayala Mora, «Justicia indígena», p. 106.

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

En razón de aquello debemos preguntarnos ¿Qué es la interculturalidad? Para Catherine Walsh, es el modelo que surge como una insurgencia,<sup>154</sup> para reivindicar a las culturas que han sido olvidadas o no existentes o culturas reconocidas pero subordinadas a la cultura dominante.

Esta insurgencia tiene como objetivo la desaparición de toda forma de poder de colonialidad<sup>155</sup> o decolonial como sostiene Catherine Walsh.<sup>156</sup> Esto implica la superación de las construcciones del saber, cultura, historia, economía, política; eliminando el racismo, la desigualdad, la negación del otro, el etnocentrismo, el género, el etnocidio, el trabajo que produzca esclavitud, la etnofagia, el patriarcalismo, el sexismo, el machismo y el carácter uninacional y monocultural del Estado.

La *interculturalidad* ha provocado repensar la visión monocultural de la sociedad dominante<sup>157</sup> de corte cultural occidental con rasgos europeizantes o anglosajones;<sup>158</sup> que excluye a otras maneras de pensar que no considera filosofías, ya que caen en ser cosmovisiones sin que puedan ayudar a explicar la realidad existente.

En ese sentido y como paliativo, en un primer momento apareció un nuevo concepto que es la *multiculturalidad*, como una forma de contener el descontento social aunque manteniendo el espacio de dominación. Para C. Walsh esto fue provocado por el Banco Mundial<sup>159</sup> ante los levantamientos de los movimientos indígenas en la década de 1980, por ello, en la década de 1990, en Ecuador se implementó «la política indígena» con la creación del concepto de multiculturalidad que se refleja en la Constitución de 1998. Es por eso que estos

154. Patricio Guerrero Arias, «Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica», en Ariruma Kowii Maldonado, *Interculturalidad y diversidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2011, p. 73.

155. *Ibid.*, p. 74; C. Walsh, *Interculturalidad...*, p. 28.

156. C. Walsh, *op. cit.*, p. 153.

157. R. Llasag Fernández, *op. cit.*, p. 179.

158. J. Estermann, *op. cit.*, p. 44, 45, 52-54.

159. C. Walsh, *op. cit.*, p. 72-74.

autores, al igual que Borrero García, sostienen que la interculturalidad es una superación de la pluriculturalidad o multiculturalismo.

Además, esta insurgencia que provoca la interculturalidad, es

1. Para Boaventura de Sousa Santos, la eliminación del universalismo de ciertas instituciones jurídicas como son los derechos humanos, la eliminación de la «monocultura del saber y del rigor del saber; monocultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; la lógica productivista capitalista»<sup>160</sup> que se han constituido, como dice el autor, en *topoi*<sup>161</sup> fuertes que deben ser reconstruidos frente a la interculturalidad.<sup>162</sup>
2. La eliminación del poder colonial de la economía, reflejada en la lógica productivista capitalista, es la economía de acumulación de capital, el mercado como la única forma de desarrollo de los países, la economía de extracción sin pensar en la naturaleza y en los demás seres humanos que vendrán, esto hace que la interculturalidad, con la recuperación de la nueva forma de ver la economía comunitaria, solidaria y de armonía con los demás miembros de este mundo incluyendo la naturaleza, se vea reforzada.
3. La reconstrucción de la noción del tiempo lineal que no se lo puede recuperar (por ej.: si se está atrasado hay que igualarse) y, de la apropiación del tiempo, en el caso de las labores bajo régimen capitalista, frente a un tiempo incluyente, circular, con la posibilidad de ver el pasado, el presente y el futuro al mismo tiempo.
4. Para Enrique Ayala Mora, la reinterpretación de considerar que existe una sola forma de nación ecuatoriana. Ya que en Ecuador no existe en forma clara, dicha conformación, debido a la exclusión de otras formas existentes al momento de la conquista y luego en la república, es por ello que el primer concepto en ser reconstruido fue la nación y surge el de la plurinacionalidad como reconocimiento de la existencia de otras nacionalidades existentes en Ecuador desde tiempos ancestrales.
5. Para Raúl Llasag, cuando cita a Catherine Walsh, manifiesta que la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre las

160. B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, p. 46-51.

161. Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, 2012, p. 158. Para el autor *topoi* significa «lugares comunes retóricos ampliamente entendido de una determinada cultura, autoevidentes, y por lo tanto, no son objetos de debate. Finalmente como premisas para la argumentación, posibilitando de esta manera la producción e intercambio de argumentos. Los *topoi* fuertes se vuelven sumamente vulnerables y problemáticos cuando se los utiliza en una cultura diferente. Lo mejor que les puede ocurrir es que son «degradados» de premisas de argumentación a argumentos».

162. *Ibid.*, p. 157, 158.

diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos.<sup>163</sup>

6. La reconstrucción de las formas de organización política que tenemos, como las formas de gobierno, de participación ciudadana, de inclusión social. Surge lo comunitario con una participación social mayor en la toma de decisiones del poder público y una concepción de que la comunidad es un todo compuesto por todos los seres que conforman la realidad, tanto la Pachamama, los humanos y los animales.
7. Por último, la construcción de los derechos humanos como una producción exclusivamente individual a cambio de la visión de derechos colectivos.

Es decir, esta propuesta de repensar estas categorías o *topoi* fuertes, ha provocado que la interculturalidad se convierta en el nuevo modelo que se transforme, como lo dice Catherine Walsh en

un marco para un proyecto activo y dinámico de la interculturalización; proyecto que asume la decolonialidad como requisito y obligación, impulsando un cambio profundo hacia la creación de un Estado y sociedad que operan a partir de articulaciones, coordinaciones e interrelaciones entre estas lógicas, racionalidades, conceptos, prácticas, pueblos y nacionalidades diferentes.<sup>164</sup>

Para la CONAIE la interculturalidad, es

la relación armónica e igualitaria entre las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades, hacia no indígenas respetando las diversas expresiones culturales (lengua, cosmovisión, costumbres, tradiciones, autodeterminación, epistemologías, etc.) reconociendo y respetando las diferencias y diversidades [...] no significa que se viva pacíficamente uno al lado del otro no más, sino una convivencia con interacción, intercambio y aprendizaje mutuo.<sup>165</sup>

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

no se trata de una deconstrucción de la tradición occidental dominante, sino de una actitud filosófica alternativa, de una crítica del mismo quehacer filosófico, de sus presupuestos y métodos, de sus sujetos y de su institucionalidad [...] la

163. Catherine Walsh, citada por R. Llasag «La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad», en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009, p. 185.

164. C. Walsh, *op. cit.*, p. 153.

165. L. Tibán Guala, *op. cit.*, p. 105.

crítica intercultural de paradigmas mono-culturales como para la elaboración y promoción de filosofías culturalmente situadas y contextualizadas. La crítica se dirige a cada filosofía que se considera «universal» en sentido a priori, es decir, que se concibe a sí misma y se reproduce como meta-cultural. Es la recuperación y rehabilitación de tradiciones no occidentales como formas alternativas de racionalidad y praxis.<sup>166</sup>

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

en lo que atañe al mundo normativo, la interculturalidad supondría un presupuesto de partida: el respeto a la autonomía de las formas de derecho propio de cada cultura. Autonomía que solo podría tener como límites los provenientes de un eventual consenso de las culturas involucradas, nunca la imposición en torno a valores que no necesariamente son compartidos con la misma fuerza o voluntad.<sup>167</sup>

## LA INTERCULTURALIDAD COMO DISCURSO INTERPRETATIVO: CRITERIOS PARA EL DIÁLOGO

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

## LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA PARA LA INTERCULTURALIDAD DEL DELITO, EL PROCEDIMIENTO Y DE LA PENA

El criterio que nos servirá para la operatividad como herramienta y con ello construir la interculturalidad, es la propuesta de Boaventura de Souza Santos, «la hermenéutica<sup>168</sup> diatópica».

166. J. Estermann, *op. cit.*, p. 96, 97.

167. C. Borrero García, *op. cit.*, p. 68.

168. Kelly Susane Alflen da Silva, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Bogotá, Temis, 2006, p. 7. La autora menciona que «la hermenéutica es hacer comprender el sentido del asunto [...] que permite seguir tres reglas: expresar, interpretar y traducir para diferenciar de

¿Qué es la hermenéutica diatópica? Este autor, en primer lugar sostiene<sup>169</sup> que con el discurso excluyente en aplicación de la sociología de la ausencia, se construyó la exclusión de grupos como los indígenas, los afros, los inmigrantes sin papeles, los gays, las mujeres.

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

La inclusión de las comunidades indígenas ha sido normativa, desde el reconocimiento como sujetos de derechos colectivos, de su cultura, idioma, organización social política, educación, saberes ancestrales, lo que ha producido, como consecuencia, que exista esta nueva alternativa de ver el mundo; por ello se ha generado la construcción de la interculturalidad como algo posible.

En ese sentido la traducción intercultural para este autor es

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

El trabajo de traducción incide tanto sobre los saberes como sobre las prácticas (y sus agentes). La traducción entre saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica [...] consiste en el trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar las preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan.<sup>170</sup> En esa lógica considera que «cuanto más iguales sean las relaciones de poder entre las culturas, más probable será que tal *mestizaje* suceda».<sup>171</sup>

La hermenéutica diatópica busca dialogar, identificando los temas que son parte del conflicto y que deben ceder su posición de premisas de la argumentación para que puedan motivar al mismo, pero como hemos sostenido en relación a la interculturalidad, siempre y cuando tengan una igualdad de poder, si no es así, existirá superioridad o jerarquía en las soluciones que se puedan tomar sobre los objetos tratados, como son los casos expuestos en el apartado anterior de la transición de la democracia.

la interpretación. La expresión hermenéutica es, entonces, la constante traducción del pensamiento en el alma».

169. B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, p. 57-60.

170. *Ibid.*, p. 61, 62.

171. B. de Sousa Santos, *Derecho*, p. 154.

En el caso ecuatoriano, debemos identificar esos temas que preocupan a cada una de las culturas (occidental y andina) que son *topoi* fuertes, que según el autor constituyen premisas que sirven para la argumentación y que debemos degradarlos más bien en argumentos,<sup>172</sup> ya que, los mismos vistos en otra cultura son de difícil entendimiento, sino son algo imposible. En el punto siguiente haremos una aproximación a los temas del delito, procedimiento y pena.

## UNA APROXIMACIÓN AL DELITO, AL PROCESO Y A LA PENA DESDE LA INTERCULTURALIDAD

### **El comportamiento humano antijurídico desde la interculturalidad**

Desde la visión occidental podemos explicar el delito de dos maneras: 1. La formal, que es la conducta contraria al ordenamiento jurídico (Estado de derecho), y 2. La material, en cuanto afectación a bienes jurídicos (Estado constitucional de derechos).

En el caso de la primera, significa que, para su formación debe existir una fase prelegislativa<sup>173</sup> en la cual se determina la disfuncionalidad social que se genera, según Diez Ripollés, entre la realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica que concluye con la presentación de un proyecto de ley; luego viene la fase legislativa que es la deliberación democrática en la que se expresan las razones para poder solucionar la disfuncionalidad social con la participación de todas las personas que pueden ser afectadas por la ley penal, al ser aprobada y publicada; y, por último, la poslegislativa que sería la crítica desde la sociedad o grupos relevantes de la misma, y si refleja o no la realidad social o económica que pretende regular.

Sobre la otra forma de entender al delito, es que la sociedad a través del poder constituyente y derivado, elaboró la Constitución en la cual los derechos marcan los límites al poder estatal y ofrecen garantías a los ciudadanos frente al mismo, estos se constituyen en fundamentales y por ello dignos de protección del sistema normativo y en especial del derecho penal, estos son los bienes jurídicos que deben ser tutelados por las normas jurídicas penales que prohíben u ordenan conductas humanas que puedan afectarlos.

Con ello el derecho penal cumple su función de regular conductas humanas que puedan afectar los bienes jurídicos penales que se consideran

172. *Ibid.*, p. 158.

173. José Luis Díaz Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 20-40.

fundamentales para la sociedad. Cuando hablamos de los bienes jurídicos se entiende el concepto del delito desde la parte material o sustancial.<sup>174</sup> Estas son en realidad, creaciones positivas de una regulación jurídica o, en la medida que el derecho crea y configura de una manera determinada objetos y valores de la relación social (bienes jurídicos), posibilita y encauza las relaciones sociales de los hombres.<sup>175</sup>

Como consecuencia y, en la lógica del garantismo, el poder punitivo debe ser de mínima intervención, esto significa que el derecho penal debe ser utilizado en primer lugar, en forma subsidiaria, o cuando con las otras ramas del derecho no fuera posible solucionar el conflicto social y, en segundo lugar, de forma fragmentaria, solamente debe ser utilizado cuando las conductas humanas afecten bienes jurídicos.

En la lógica anterior, el delito cumple con su elemento esencial de estar descrito en la ley penal, (ley escrita o principio de legalidad: art. 76, num. 3 de la Constitución) que fue la principal conquista en el Estado liberal: la protección al delincuente contra la imprevisibilidad que se generaba en el antiguo régimen de la producción de leyes y de las decisiones de los jueces. Actualmente, en el Estado democrático constitucional, la tutela de los derechos reconocidos por la Constitución es uno de los deberes esenciales de esa organización política. De esta manera, la ley reúne los elementos de ser general, universal y abstracta.

Para que se promulgue la ley tipificando la conducta prohibida, esta se construye, desde la sociología y criminología, por cuanto las disfuncionalidades que se dan en la sociedad y producen un malestar social, generan discusiones para la toma de decisiones políticas, por lo que la implementación de la misma, constituye una acción política

Estas disfuncionalidades son también producto del derecho penal estatal, tomando en cuenta que se convierte en un elemento de control social de las conductas desviadas que se generan, desde el punto de vista del discurso criminológico, en alteraciones sociales en donde se producen las anomias en esa parte de la sociedad, según sostienen Durkheim<sup>176</sup> y Merton.<sup>177</sup>

Estos autores en sus construcciones como sociólogos, integracionista el primero y funcionalista el segundo, buscan protección de la comunidad y la integración social como una forma de que los hombres de la época se integren a la sociedad, en especial el segundo a la sociedad norteamericana. Merton considera que «los desviados no son enfermos sino que actúan normalmente

174. Juan Terradillos Basoco, *Sistema penal y Estado de derecho*, Lima, ARA, 2010, p. 22; Luis Gracia Martín, *Fundamentos del sistema de derecho penal*, Quito, Ed. Cevallos, 2011, p. 43.

175. *Ibid.*, p. 45.

176. G. I. Anitua, *op. cit.*, p. 268-275.

177. *Ibid.*, p. 290, 291.

ante la presión de la estructura social [...] la desviación proviene de una contradicción entre la estructura social y la estructura cultural». <sup>178</sup> El mismo criterio tiene el sociólogo francés al decir que se tratan de conductas normales, critica la institución del delito natural, considerando que cada sociedad debe generar su propia construcción de delito.

Zafaronni sostiene que el derecho penal lo que hace es elegir personas que reúnan ciertos estereotipos fijados por el discurso dominante y que se encuentran en estado de vulnerabilidad frente al sistema social, por lo que se constituyen en excluidos y, por lo mismo, en personas que deben ser olvidadas en el submundo de las prisiones. No deben ser integrados a la sociedad, ya que se constituyen en enemigos de la sociedad. <sup>179</sup>

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

El derecho positivo y el control social examinado desde este referente, constituye lo que desde Gramsci, se denomina hegemonía. En efecto, tiene hegemonía quien consigue dirigir la sociedad, y dirigir no es otra cosa que lograr que otros produzcan las conductas y la ideología deseadas por quien detenta esa hegemonía. La eficacia de las normas constituye un índice de hegemonía política por parte de quien consigue la eficacia de su discurso. <sup>180</sup>

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

En el caso de la filosofía andina existen prohibiciones que la comunidad fija para mantener la integración y armonía. Así lo sostiene Gabriel Ignacio Anitua, citando a Malinowski (1884-1942), quien desestimó los prejuicios que existían sobre las culturas primitivas; la existencia de estas culturas se sustenta en el principio de la reciprocidad social y sostiene que esta reciprocidad hace que se generen derechos y obligaciones sociales, por cuanto los nativos tienen el interés social que esto funcione, por lo mismo, se obligan a dar y tomar, por lo que el derecho, para este autor las comunidades cumplen una función integradora. <sup>181</sup>

178. *Ibid.*, p. 291, 292.

179. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 7-13.

180. E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos...*, p. 136.

181. Bronislaw Malinowski, citado por G. I. Anitua, *op. cit.*, p. 277.

En razón de lo anterior cada comunidad tiene su derecho propio. E. Sánchez Botero<sup>182</sup> nos dice en qué consiste este derecho,

cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con éste principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos [...] se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlás, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en «epidemias» que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.<sup>183</sup>

En cuanto a la relación que tienen las comunidades con el derecho andino o ancestral, las prohibiciones, las conductas transgresoras o antijurídicas, Sánchez Botero expone que

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

La prohibición en las sociedades de origen prehispánico está relacionada directamente con una acción, por una parte, y está íntimamente ligada a la idea de efecto, por otra parte. Se veda, se impide, se prohíbe, pero todo ello trae un efecto. Esta es su dialéctica [...] Esta prohibición y veda, al ser transgredida, inicialmente traerá un efecto individual y social, que será leído e interpretado y, consecuentemente, conducirá a ser sufrido directamente por él o los transgresores.<sup>184</sup>

Para Sánchez Botero, este derecho no pretende utilizar los dispositivos<sup>185</sup> que usa el derecho occidental de etiquetar, vigilar, medir y determinar, sino que apunta a no ser explícitos ni obvios, ni están necesariamente relacionados con funcionarios especializados.

Sostiene la autora colombiana «mediante sutiles y claros mecanismos de socialización se contribuye al conocimientos de pautas ocultas o implícitas de la cultura. Es decir, a las regularidades del comportamiento, de las cuales

182. E. Sánchez Botero, «Principios generales...», p. 119.

183. *Ibid.*, p. 121.

184. E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos...*, p. 133, 134.

185. G. I. Anitua, *op. cit.*, p. 400. Anitua, citando a Foucault, menciona que este autor es quien creó el término «dispositivos», como crítica al derecho, pues realiza diagramas de poder en el cuerpo de los humanos con ciertas técnicas, en ciertos dispositivos como son los hospitales, cárceles, escuelas, ejército.

los miembros de una sociedad pueden ser poco conscientes, pero que no obstante están ampliamente configurados».<sup>186</sup>

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

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

Basados en una concepción de dignidad humana propia y por el reconocimiento de la existencia de un devenir en personas, los pueblos indígenas leen los signos convencionales con que se representan las líneas al pensamiento, los «sellos» o «marcas», que son emblemas misteriosos y cifradamente resumidos en códigos o discursos de pocas palabras, que se reconocen limitadamente solo al interior de la etnia. Este reconocimiento cultural y social permite predecir los comportamientos, por lo que las transgresiones definidas en términos negativos que desencadenan consecuencias temibles no están precisamente detalladas.<sup>187</sup>

Como habíamos manifestado en líneas anteriores, esos códigos de pocas palabras tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos kichwas de Ecuador, como son «Ama killa, ama llulla, ama shua».

Podemos concluir, como expresa la antropóloga colombiana, que no existe control social en el derecho amerindio o prehispánico como sucede en el derecho occidental, por cuanto en el derecho indígena no existe quien «detecte esa hegemonía».<sup>188</sup> Además, la comunidad es entendida como ese todo y nosotros como integrantes de esa comunidad somos los que tenemos esos códigos que se encuentran ocultos, pero presentes en la memoria, ya que cualquier actuación contraria afectaría la armonía comunitaria.

Una vez que hemos descrito cómo se ven las conductas humanas que afectan a normas, que para la cultura occidental son delitos y para la cultura andina son comportamientos que trasgreden las normas comunitarias, debemos retomar el criterio del maestro Boaventura de Souza Santos, en el sentido de degradar a estas construcciones de su calidad de premisas a simples argumentos para poder hacer una aproximación a la interculturalidad en estas construcciones.

Con las construcciones expuestas, tenemos diversas formas de comprender este tema propuesto:

186. E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos...*, p. 134, 135.

187. *Ibid.*, p. 136.

188. *Ibid.*

1. En la cultura occidental, desde un punto de vista filosófico-dogmático, su construcción se genera en la regulación de conductas que pueden afectar a bienes jurídicos por lo que se expresa en la ley y, una segunda construcción que es la sociológica-criminológica, en la cual a través del control social se utilizan dispositivos estigmatizadores con la criminalización tanto primaria como secundaria.<sup>189</sup>

Es decir, que al momento de realizar el diálogo no podemos guiarnos por la primera, que es formal y no tiene una construcción similar en el derecho indígena, ya que partiendo de que la ley debe ser escrita y cumplir con un procedimiento de reserva legal y de discusión formal, en lo andino esto no sucede porque es dinámico y consuetudinario. Es por ese motivo que considero que la segunda, esto es la sociológica-criminológica, si nos puede ayudar en esta nueva propuesta, ya que, tanto la andina como la sociológica observa a la sociedad como objeto de estudio y las conductas humanas indeseables deben ser castigadas por la propia comunidad para que no afecte la armonía de la vida comunitaria.

Por ello debemos comprender qué es vivir en comunidad con libertades. En ese momento podremos ejercer una *democracia comunitaria* en la toma de decisiones, es decir, participando en los espacios de decisión pública como en la elaboración de leyes, asambleas de barrios, en busca de conocernos con los vecinos y hacer vida de comunidad coexistiendo con nuestras libertades liberales.

Esta comprensión de vivir en comunidad nos ayudará a construir el respeto a la dignidad que tienen las personas que viven en la comunidad sin utilizar formas de exclusión por haber cometido un delito. En la actualidad, tenemos políticas de seguridad ciudadana implementadas por el gobierno nacional, como son el programa de los «más buscados» en donde se exponen sus rostros en afiches en la televisión y además se ofrecen recompensas. Asimismo, cuando se detiene a personas se les viste una camiseta de rayas horizontales color anaranjado, con el pretexto de diferenciarlos de los policías y se los exhibe en rondas o ruedas de prensa informativas de la Policía Nacional, con lo cual se violenta el derecho al estado de inocencia.

2. Las conductas que son contrarias a los principios comunitarios o normas jurídicas prescriptivas en la cultura andina no tratan que todas las conductas sean previstas por las normas comunitarias y sometidas a juicio, sino solo las graves que provocan afectación a la armonía social.

En cambio, en la cultura occidental, en pretexto de la seguridad ciudadana o que vivimos en una sociedad de riesgos industriales-tecnológicos, debemos tipificar conductas que no requieren producir resultado material sino solo for-

189. E. Raúl Zaffaroni, *Derecho penal...*, p. 6-8.

mal, constituyendo delitos de peligro abstracto como una forma de implementación de una política para combatir la inseguridad ciudadana provocada por personas peligrosas e indeseables, produciendo el aislamiento de las personas que por su naturaleza son eminentemente sociales.

¿Cuál sería la propuesta en la construcción de esta interculturalidad?, que ante las conductas leves, la propia comunidad debe determinar las responsabilidades sociales y con ello interiorizar el vivir en comunidad sin que se afecte con conductas que alteren ese orden social.

En cambio, en el caso de las conductas graves que se pueden generar en las comunidades y que tienen relación con el crimen organizado, debemos concluir que estas deben ser tipificadas en la ley penal estatal, cediendo en este punto, ya que la propia estructura social de la comunidad, así como la relación con otras comunidades y otros Estados no la ejercen.

Lo importante en esta propuesta sería la no estigmatización y creación de dispositivos de control social que tengan el significado de excluir a quienes hayan afectado con su conducta a la sociedad, sino más bien debemos tomar en cuenta la reciprocidad, la complementariedad de vivir en comunidad.

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

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

## **El proceso desde la interculturalidad**

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

El primer caso, desde lo epistemológico, se refiere a dos tipos de procesos penales: garantista y decisionista. El primero se justifica en cómo se debe construir la verdad, si la verdad es relativa o aproximativa o procesal y, el se-

gundo, tiene que ver con la verdad real o histórica. Tomando en cuenta lo anterior, podremos determinar el rol que tiene el juez. Lo anterior se constituye en el fundamento de este modelo.

¿Cómo debemos entender esto? El maestro italiano Ferrajoli, sostiene que a *más conocimiento hay menos poder*, esto implica, en primer lugar, el principio acusatorio (no el sistema acusatorio) que es la división de la decisión y de la acusación, la primera la ejerce el juez, la segunda está en manos de la fiscalía que tiene el poder de investigar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona acusada; en segundo lugar, el juez al no tener el poder de investigación, no se forma juicios previos de los hechos y de sus responsables. Como consecuencia, el Juez mantiene un papel neutral frente a los sujetos, sin que pueda activar la producción de pruebas. En tercer lugar, el conocimiento lo adquiere de la contradicción que se produce entre la fiscalía y el acusado, el primero en su afán de verificar la existencia del hecho y el segundo en su afán de refutar la prueba.

Es en ese instante que el juez se convierte en garantista y evita el abuso del poder de sancionar, cumpliendo un proceso con todas las garantías penales y procesales.<sup>190</sup>

Desde el punto de vista político, esto tiene relación con la toma de decisiones sobre la política criminal, se constituye en la premisa: *menos violencia más libertad*, esto se refleja en la utilización del poder de sancionar que tiene el Estado; además, se utiliza el derecho penal, que es la expresión violenta del derecho y debe ser mínima y solo actuar a partir de: a) la determinación de los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b) la descripción de las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c) se fijen las penas formalizadas y proporcionadas para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos, y d) debe existir un proceso penal que cumpla con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Nuestra Constitución ha definido en forma clara privilegiar la libertad del ciudadano, por una parte, cuando ha determinado la ética laica<sup>191</sup> como sustento filosófico político y jurídico del Estado ecuatoriano, consecuentemente el deber jurídico lo tienen las autoridades al momento de la toma de cualquier decisión que pueda afectarla;<sup>192</sup> y, por otra parte, en el caso de afectar la libertad, ha previsto derechos y garantías para maximizar la libertad y minimizar la violencia.<sup>193</sup>

190. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 537.

191. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 3, num. 4.

192. *Ibid.*, art. 3, num. 1 y 84.

193. *Ibid.*, art. 76, 77, num. 1, y 86. Código de Procedimiento Penal, art. 160. En esta norma se encuentran las medidas alternativas a la prisión preventiva; no se determina todavía penas alternativas a la privación de la libertad, solo en la Ley de Tránsito existen las mismas.

¿Cómo se considera el proceso en el derecho indígena? Este se sustenta en el principio de la *reciprocidad*, que permite que en los miembros de la comunidad se generen derechos y deberes sociales, lo cual redundaría en el interés social para que esta justicia funcione; por lo mismo se obligan a dar y tomar, por lo que el derecho en las comunidades cumple una función integradora.<sup>194</sup>

Otro de los principios es la *oralidad* ya que al no ser derecho escrito, su cultura se sustenta en la transmisión de sus saberes ancestrales mediante el lenguaje. En esa lógica el proceso tiene como punto esencial la oralidad en todo el proceso, en especial al momento de dar a conocer el hecho, la presentación de las pruebas y la toma de decisiones en asamblea de toda la comunidad.

Finalmente, el principio del *debido proceso* también existe en este ordenamiento, el cual se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad ante las autoridades de la comunidad que son el Cabildo y la Asamblea; se realiza la investigación por una comisión investigadora, solicitan al sospechoso que diga la verdad, que no mienta y que aporte pruebas (el derecho a la defensa);<sup>195</sup> si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.<sup>196</sup>

Todos estos principios se constituyen en normas jurídicas prescriptivas. Pero más que eso, forman parte del derecho indígena y se vinculan a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura; cumpliendo su función de mantener el orden social, así como su armonía; es por eso que sirven para que en el momento que se presenten conductas que puedan afectar la armonía de la comunidad, se apliquen los principios procesales para configurar un proceso justo con lo cual la reacción tendrá legitimidad en su aplicación.

Una vez precisados los principios en cada uno de los sistemas jurídicos, tanto en el occidental como en el andino, podemos analizar desde el punto de vista del proceso. Debemos partir que este *debe ser un proceso justo*, ya que tienen elementos que le dan esta categoría, tales como: a) Se conocen los hechos que se acusan por parte de la parte acusadora; b) Se deben investigar los hechos que, en el caso occidental son falsos, y en el caso andino, son oscuros; c) En ese instante existe el derecho a la defensa y la posibilidad de participar en forma amplia y democrática con la presentación de las pruebas; d) Existe un proceso democrático, por cuanto hay participación en el derecho a la defensa; la autoridad puede tomar una decisión ya que se ha generado el conocimiento a partir de la contradicción de las pruebas y, e) Asimismo, existe la motivación de la decisión, con el objeto, según Habermas, de explicar las razones por las

194. B. Malinowski, citado por G. I. Anitua, *op. cit.*, p. 277.

195. Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 76; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.

196. E. Sánchez Botero, «Principios generales...», p. 129.

cuales se toma la decisión para convencer de que, dentro del proceso justo, se actuaron pruebas suficientes que llevaron a la verdad y, por lo mismo, justifican la toma de la decisión sea a favor o en contra del procesado.

Con la propuesta intercultural se debe partir de:

1. El proceso occidental debe complementarse en la etapa de juicio con la visión indígena. En qué consiste esto. Debe procurar ser más participativo y comunitario. Cómo se consigue aquello. En la visión andina toda la comunidad participa en la toma de la decisión, frente a ello, en el proceso occidental debe participar toda la comunidad, y se conseguirá esta interculturalidad, con la implementación de jurados que estarán integrados por ciudadanos que se consideran nuestros pares, así se demostraría una democratización del proceso y en el caso de los ciudadanos su participación en la toma de decisiones de los poderes públicos.
2. Las garantías procesales como el derecho al silencio y a la no autoincriminación. Debemos interiorizar el principio de la cultura andina de no mentir, ya que con ello lograremos, por una parte, el respeto a los jueces o autoridades en los niveles de la sociedad ecuatoriana hasta llegar a la familia; y, por otra, asumir la responsabilidad de nuestros actos permite que con la participación en la misma comunidad se genere la paz o la armonía quebrantada por nuestra conducta. Esto es comprender que al tener libertad tenemos responsabilidad frente a la comunidad y responder por lo que hacemos.
3. En el caso de la comunidad andina, si a pesar de la petición para que diga la verdad y contribuya a descubrir el hecho oscuro, la persona no colabora, no se usen métodos como engaños, torturas físicas o psicológicas que puedan afectar la libertad que tiene de decir o no la verdad.

En ese sentido, Borrero García<sup>197</sup> hace una referencia a la sentencia C359 de 1996, de la Corte Constitucional de Colombia, siendo ponente el doctor Carlos Gaviria, al mencionar sobre los únicos límites que debe tener la jurisdicción especial indígena, expresados como prohibiciones o límites: el imponer la pena de muerte, la esclavitud y la tortura. Añade el autor que también se seguiría el debido proceso de acuerdo con las modalidades propias de cada comunidad.

Si tomamos en cuenta que nos rige un estado constitucional de derechos, los derechos sean individuales y colectivos, reconocidos por la Constitución, deben ser respetados y tutelados, por esta razón hay que lograr el diálogo de la interculturalidad y no solamente imponer un lenguaje metaético para destruir la horizontalidad y volver a la dominación y jerarquización de las culturas por la vía de los derechos humanos individuales.

197. C. Borrero García, *op. cit.*, p. 68.

Como hemos sostenido en los capítulos anteriores, los derechos se encuentran vigentes igualmente en la comunidad indígena, sus miembros tienen el ejercicio de los mismos respondiendo poniendo límites a la intervención de la autoridad indígena, por lo tanto, no existirá dicha jerarquización mientras se respeten los derechos colectivos e individuales. Además, lo importante es implementar los argumentos que se desarrollaron en este punto y que serán la expresión del proceso justo que se busca en la toma de decisiones judiciales.

4. El uso de la prisión preventiva como medida cautelar, como lo manifestó Ferrajoli, debe ser restringido para casos graves, debe buscarse medidas alternativas, aprender del caso andino que no tiene esta medida, ya que implica eliminar o suspender a quien sufre esta pena y afectar su vida en comunidad. Además, no se priva de la libertad al autor de un delito, sino que se lo deja en libertad dentro de la comunidad para que no se sienta solo y pueda reparar a la víctima, a sus familiares y a la comunidad. Lo que se pretende con esta propuesta es que la prisión preventiva sea eliminada y se busque formas de reparación integral y no solo la sanción, con lo cual se volverá a la armonía social.
5. El proceso indígena tiene como fin la reconciliación de las dos partes, es decir, brindarse perdón mutuo, de ser el caso, o el perdón que brinda el transgresor al ofendido y este actúa perdonándolo «es actuar de manera honorable».<sup>198</sup>

Debemos buscar espacios para que se genere el diálogo y como consecuencia la conciliación en los delitos de penas leves, para que pueda existir esa reconciliación o perdón y no someterse al derecho penal, con ello cumplimos el principio de la mínima intervención.

El proceso penal occidental se está transformando de una justicia retributiva y de control social a una justicia reparatoria y garantista (mínima intervención). ¿Esto qué implica? Que en la justicia retributiva, se considera al delito como violación de la norma; en el caso de la justicia reparatoria, el delito es un conflicto social, es decir que en este se pasa al diálogo entre víctima y victimario, se deja de lado al Estado, como consecuencia se soluciona el conflicto.

En el proceso andino vemos cómo la sociedad soluciona el conflicto social y la alteración de la armonía comunitaria, por ello participa toda la comunidad en la toma de la decisión, se repara a la víctima y se reacciona contra quien actúa violentando las normas comunitarias, lo cual significa que si am-

198. Akuavi Adonon Viveros, «La conciliación ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?, en Rudolf Huber», Juan Martínez, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 91.

bos tienen esta filosofía de eliminar el conflicto social, se constituiría en uno de los puntos de unión en este diálogo intercultural.

### **Los fines de la pena. Una aproximación desde la interculturalidad**

En el capítulo II de esta investigación expusimos qué es la pena. Tomamos las construcciones de Bernardo Feijoo Sánchez, Ana Messuti y Luigi Ferrajoli «La pena ha sido sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico, lo decisivo es que se trata de algo doloroso o desagradable tanto para quien recibe como para quien impone».<sup>199</sup>

Como se expresó, los fines de la pena en el sistema occidental se dan desde dos puntos de vista: desde la retribución y desde la prevención. Dependiendo la construcción que se tenga se irá estableciendo los fines de la misma.

En cuanto, a la cultura indígena la persona transgresora de las normas o principios de la comunidad produce con su acción un daño, es decir, «quien lo echa a perder», está identificado como animal ya que no comprende o no puede seguir principios y reglas trazadas por la cultura. Representa el incumplimiento de un pacto de origen, donde lo calculado y previsto para desarrollar el horizonte de bienestar es irrespetado.<sup>200</sup>

El fin de las formas de reacción tiene varios objetivos: a) Restablecer la armonía comunitaria que provocó el *llaki*. b) Devolverle el equilibrio interior del transgresor mediante el agua fría, la ortiga o la vara, con ello se cumple que la conducta indebida no se vuelva a repetir. c) La reparación, tomando en cuenta la reciprocidad y la complementariedad que debe existir en la comunidad. d) Si la conducta es grave, conlleva la expulsión de la comunidad como castigo para que esta conducta no vaya a ser una forma de contaminación a las otras personas miembros de la comunidad y con ello se sigue viviendo en armonía.

¿Cómo establecer un diálogo sobre los fines de la pena desde la interculturalidad? El derecho occidental en esta parte debe aprender y complementarse del derecho indígena en cuanto a crear formas alternativas a la pena privativa de libertad.

Construir un concepto de la pena desde la interculturalidad es una reacción que tiene la sociedad o la comunidad frente a una conducta o comportamiento antijurídico en contra de las normas que la rigen, no se debe buscar la exclusión de sus integrantes, sino buscar las formas para que se integren a

199. B. Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 45, 46.

200. E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas...*, p. 136, 137.

la vida de la comunidad en forma solidaria, en busca de la reparación del daño causado, tanto a la comunidad como a la víctima que son quienes se pueden ver afectados con la ruptura de la armonía social, sin buscar que sea un ejemplo para la comunidad ni para el mismo, sino tomar a la pena solamente como retribución.

¿Cómo conseguimos lo anterior?: 1. Buscar que la persona comprenda lo que es vivir en comunidad, con ello el fin de la pena sería que interiorice su capacidad de comprender los principios que rigen a esa comunidad para evitar que se altere y se produzca la incertidumbre; 2. Buscar no excluir a la persona ni en forma provisional ni definitiva de la sociedad o de la vida en comunidad. Cuando se trate de conductas leves, debería realizar trabajos comunitarios, o ingresar a cursos de aprendizaje de proyectos comunitarios; 3. Buscar la reconciliación de las partes en el proceso para que no exista un proceso penal con fines sancionatorios y con ello tratar de que vuelva la armonía comunitaria; 4. Que como medida comunitaria realice trabajos de reparación en favor de la víctima u ofendido con el fin de que comprenda la complementariedad y reciprocidad comunitaria.

En casos graves, como los de organización criminal, la comunidad indígena debe ceder el juzgamiento y la sanción, ya que estos delitos abarcan procesos sociales de desequilibrio que dentro de su propia criminalización son transnacionales, por lo mismo, no todos son miembros de la comunidad ya que la propia naturaleza de la organización criminal puede abarcar miembros de diversas nacionalidades y culturas que son integrantes de otros Estados, lo que provocaría una distorsión en el manejo comunitario que se puede dar al aplicar la pena, tomando en cuenta que son personas que no conviven con nuestra construcción intercultural y que en el cometimiento de esos delitos solo buscan el lucro. Asimismo, son delitos que afectan gravemente a la convivencia no solo del Ecuador sino de la humanidad.



# Conclusiones

Cuando Ecuador se declaró país plurinacional e intercultural el discurso se volvió incluyente, al visibilizar las culturas existentes en nuestro país que hasta ese momento habían sido excluidas.

La interculturalidad no solamente es un adjetivo para calificar al Estado, sino que tiene un gran contenido que implica el respeto a cada una de las culturas, otorgándoles el mismo poder en sus instituciones.

El reconocimiento de los derechos colectivos es un gran avance en las construcciones de los derechos humanos; esto implica que debemos repensar en nuestra forma de interpretar la realidad ya no de una forma individual egoísta, abstracta, predeterminada o hipotética.

No debemos reconstruir los conceptos de contrato social como una construcción hipotética, sino explicar el mismo como un proceso de acuerdos que faciliten el diálogo en la búsqueda de consensos culturales.

La reconstrucción de la libertad, para ser entendida dentro de los derechos colectivos como la reafirmación de la identidad cultural, debe ser un compromiso para poder lograr la interculturalidad.

Debemos seguir construyendo la hermenéutica diatópica para conseguir la interculturalidad, comprendiendo que las culturas son incompletas y que necesitan de su complemento que es la otra cultura, no como sumisión sino desde el intercambio que permita el diálogo en igualdad de condiciones.

El reto de construir la interculturalidad ecuatoriana es una de las mayores propuestas que están en el debate del constitucionalismo y pensamiento jurídico, por ello debemos aceptar y comprometernos para volverla una realidad, tanto teórica como práctica, para evitar que no pase de ser una simple declaración.

En la filosofía indígena, la pena privativa de la libertad, no tiene su aceptación cultural, por cuanto dentro de los derechos colectivos, no tienen ninguna justificación, lo cual puede ayudar a la occidental en el sentido que no se saca nada con excluir a la otra persona.

La superación y reconstrucción del discurso que propone la interculturalidad debe ayudarnos a todos los ciudadanos para cambiar y ser democráticos en nuestros comportamientos y discusiones.

La democracia es uno de los criterios que todavía, en Ecuador, no se comprende en qué consiste, es por ello que debemos seguir en esta construcción sin desfallecer a pesar de los miles de obstáculos que se presenten.

La construcción será dura y larga, ojalá Ayala Mora no sea profético y dure 100 años como la construcción del Estado laico.

Debemos seguir creando herramientas y literatura para entender esta interculturalidad.

# Bibliografía

- Adonon Viveros, Akuavi, «La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?», en Rudolf Huber *et al.*, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales, reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, p. 87-114, 2008.
- Alcácer Guirao, Rafael, *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Alexy, Robert, y Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Alflen da Silva, Kelly Susan, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, Bogotá, Temis, 2006.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Puerto, 2006.
- Ansuátegui Roig, Francisco J., *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Aparicio Wilhelmi, Marco, «Derechos: enunciación y principios de aplicación», en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos / Tribunal Constitucional, p. 19-39, 2008.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la constitución del 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011.
- «Los principios de aplicación de los derechos», en Juan Pablo Aguilar *et al.*, *Nuevas instituciones del derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, p. 27-58, 2009.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 3a. ed., 2009.
- *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 7a. reimpr., 1999.
- Borrero García, Camilo, «Multiculturalismo o interculturalidad?», en Diana Carrillo y Santiago Patarroyo Rengifo, edit., *Derecho, interculturalidad y resistencia étnica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 67-75, 2009.
- Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, México DF, Porrúa / UNAM, 3a. ed., 2005.

- Ciaramelli, Fabio, *Instituciones y normas, sociedad global y filosofía del derecho*, trad. por Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2009.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2010.
- Código de Procedimiento Penal, Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2010.
- Código Penal, Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2011.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Convención Americana de Derechos Humanos, Quito, Procuraduría General Estado, 2009.
- Cruz Rueda, Elisa, «Principios generales del derecho indígena», en Rudolf Huber *et al.*, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, p. 119-147, 2008.
- De Beaumont, Gustave, y Alexis de Tocqueville, «El sistema penitenciario en Estados Unidos», en Emilio Santoro, edit., *Cárcel y sociedad liberal*, Bogotá, Temis, p. 189-214, 2008.
- De Cabo, Carlos, «La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones», en Miguel Carbonell, comp., *La teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México DF, Porrúa / UNAM, 45-67, 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, 2011.
- «Paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad», en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 21-62, 2009.
- *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala, 2011.
- Díaz Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Estermann, Josef, *Si el Sur fuera el Norte*, Quito, Abya-Yala, 2008.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, IBdF, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. por Perfecto Ibañez *et al.*, *La democracia constitucional*, Valencia, Trotta, 2008.
- *Derecho y razón*, trad., por Perfecto Ibañez Terradillos, Madrid, Trotta, 2002.
- *Principia Iuris, teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- Foucault, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México DF, Siglo XXI, 2005.
- García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- Gozainí, Oswaldo Alfredo, *El debido proceso, derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Gracia Martín, Luis, *Fundamentos del sistema derecho penal*, Quito, Ed. Cevallos, 2011.
- Guerrero Arias, Patricio, «Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica», en Ariruma Kowii Mal-

- donado, coord., *Interculturalidad y diversidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 73-100, 2011.
- Guastini, Nicolás, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico», en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Barcelona, Trotta, 4a. ed., p. 40-75, 2009.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. por Manuel Jiménez Redondo, Valencia, Trotta, 3a. ed., 2001.
- Hernández, Héctor, dir., *Fines de la pena, abolicionismo, impunidad*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2010.
- Huber, Rudolph, et al., coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, «Sobre la prueba y motivación, el estado actual de las ciencias penales», en Armando Calle Calderón, comp., *El estado actual de las ciencias penales*, Medellín, p. 331-352, 2009.
- Ilaquiche, Raul, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador*, Quito, CONAIE, 2004.
- Laurati, Carina, *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.
- Lema, María Mercedes, *Sistema del derecho indígena en el Ecuador*, Quito, Corte Suprema de Justicia / Consejo de la Judicatura, 2007.
- Llasag Fernández, Raúl, «La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad», en Santiago Andrade U., Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 179-209, 2009.
- Macas, Luis, «Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena en el Ecuador», en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp., *Paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, Quito, Abya-Yala, 2009.
- Malo González, Claudio, *Justicia indígena, cultura e interculturalidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2002.
- Melkevik, Bajarne, *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*, trad. por Claudia Cáceres, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Messuti, Ana, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, Calle Campomanes, 2001.
- Montaña Pinto, Juan, «Estudio introductorio», en Boaventura de Souza Santos, *Derecho y emancipación*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2010.
- Morales P., Patricio, *Los hijos del Sol: reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, Quito, CODENPE, 2007.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Patiño, María Cristina, *Libertad personal, habeas corpus y estados excepcionales*, Bogotá, Ibañez-Academia Colombiana de Abogacía, 2007.
- Pérez Guartambel, Carlos, *Justicia indígena*, Cuenca, CONAIE / ECUARUNARI, 2a. ed., 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, y Carlos Alarcón Cabrera, *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 7a. ed., 2008.

- Perogaro, José, y Gabriel Ignacio Anitua, anotaciones sobre derecho penal en clases de maestría en derecho penal, Quito, Universidad Central del Ecuador, 2008.
- Sánchez Botero, Esther, «Principios generales del derecho indígena», en Rudolf Huber *et al.*, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Colombia, 2008.
- *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, UNIJUS / Universidad Nacional de Colombia, 2a. ed., 2004.
- Tale, Camilo, *Fines de la pena, abolicionismo impunidad*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2010.
- Terradillos Basoco, Juan, *Sistema penal y Estado de derecho*, Lima, ARA, 2010.
- Tibán Guala, Lourdes, *Estado intercultural plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Pacheco, 2010.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2009.
- «Estado e interculturalidad: reflexiones críticas desde la coyuntura andina», en Pablo Ospina, Olaf Kaltmeier, Christian Büschges, edit., *Los Andes en movimiento. Identidad y poder en el nuevo paisaje político*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional / Universidad de Bielefeld, p. 217-248, 2009.
- «Justicia indígena», en Judith Salgado, comp., *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2002.
- Yuquilema, Verónica, «Justicia indígena en la comunidad de Pulucate», en <[www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf](http://www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf)>. Fecha de consulta: 18 de junio de 2014.
- «Procedimientos para juzgar delitos penales en la comunidad de Pulucate, del cantón Colta, provincia de Chimborazo», en <[www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf](http://www.udla.edu.ec/repositorio/derecho/UDLA-EC-TAB-2012-39.pdf)>. Fecha de consulta: 18 de junio de 2014.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1998.
- *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Zagrebel'sky, Gustavo, «La Constitución y sus normas», en Miguel Carbonell, comp., *La teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México DF, Porrúa / UNAM, 2008.

# Universidad Andina Simón Bolívar

## Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

## Últimos títulos de la Serie Magíster

### Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 160** Diego Mogrovejo, LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN: el control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista
- 161** Rex Sosa, EL ESCUDO DE ARMAS DEL ECUADOR Y EL PROYECTO NACIONAL
- 162** Ángel Emilio Hidalgo, SOCIABILIDAD LETRADA Y MODERNIDAD EN GUAYAQUIL (1895-1920)
- 163** Isabel Paredes Ortiz, REPRESENTACIONES EN TENSIÓN: el cuerpo joven en los medios, la educación y el Estado
- 164** Astrid Muñoz, INFORMANTES Y COOPERANTES, ¿UNA ALTERNATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA EN COLOMBIA?
- 165** Danilo Caicedo, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y VIOLACIONES DE DERECHOS: la actuación de la Comisión de la Verdad Ecuador
- 166** Ana Jimena Bautista Revelo, LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA: ¿realidad o ficción?
- 167** Carlos Baldeón, LA NORMALIZACIÓN COMO PILAR INNOVADOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
- 168** Viviana Olave, JOSÉ FÉLIX DE RESTREPO Y LA FILOSOFÍA ÚTIL EN LA NUEVA GRANADA, 1773-1791
- 169** Jesús Pérez de Ciriza, APRENDER A CONVIVIR DESDE LA ESCUELA
- 170** Edwin Colcha, EL RECARGO TRIBUTARIO: ¿naturaleza recaudatoria o sancionatoria?
- 171** Sandra Yépez Ríos, PARA ENTENDER A DELFÍN QUISHPE: reflexiones sobre estéticas populares e identidad
- 172** Viviane Monteiro, ENFERMEDAD MENTAL, CRIMEN Y DIGNIDAD HUMANA: un estudio sobre la «medida de seguridad» en Brasil
- 173** Vladimir Bazante Pita, EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
- 174** Susy Garbay, LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN: análisis del proyecto minero Mirador
- 175** Álvaro Román Márquez, INTERCULTURALIDAD: libertad y pena

Desde 2008, año en que entró en vigencia la nueva Constitución del Ecuador, el tema de la interculturalidad se ha colocado en el centro de las preocupaciones no solo de académicos y políticos, sino del ciudadano común, pues la construcción del Estado intercultural, que debe darse en todas las dimensiones de la realidad social del país, se convierte en un desafío para todos los ecuatorianos.

En este libro se pone a consideración del lector una aproximación a dos temas sensibles: la libertad personal y la pena, para explorar las diferencias y semejanzas que existen en su realidad, conceptualización y tratamiento normativo tanto en la filosofía occidental como en la andina. Para lograr el objetivo, el autor realizó un análisis recabando información doctrinaria, en cuanto a la primera, y testimonial y doctrinaria, en relación a la segunda, utilizando el método de la hermenéutica diatópica, propuesto por Boaventura de Sousa Santos, con el fin de contar con elementos para determinar qué conceptos o categorías de las dos filosofías deben ser utilizados como argumentos para construir una sociedad intercultural basada en el respeto de la dignidad de todos los pueblos que constituyen nuestro país.



*Álvaro Román Márquez (Quito, 1965) Doctor y Abogado (1991) y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal (2013) por la Universidad Central del Ecuador, Quito (UCE); Magíster en Derecho, con mención en Constitucional (2012) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E). Abogado en libre ejercicio de la profesión. Es docente de la UCE y de la UASB-E en los programas de Especialización Superior en Derecho Penal y en Derecho Procesal. Ha sido conjuex de la Corte Superior y de la Corte Provincial de las Salas Penales de Pichincha (2008-2010). Autor de varios artículos en temas penales y constitucionales publicados en las revistas Novedades Jurídicas y Iuris Dicto.*

ISBN: 978-9978-84-853-1



9789978848531