

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

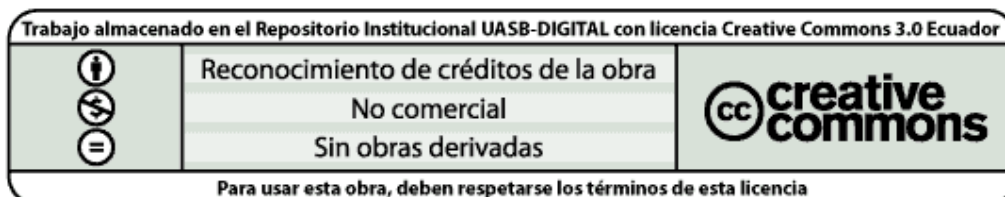
Programa de Maestría en Derecho Penal

**La justicia indígena: la reincidencia en los delitos contra la
propiedad**

Autor: Jaime Raúl Chávez Vargas

Tutor: Raúl Llasag Fernández

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Jaime Raúl Chávez Vargas, autor de la tesis intitulada *La reincidencia en la justicia indígena en los delitos de robo, hurto, estafa y abigeato, en las comunidades de La Calera y Camuendo*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir como uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

En el Ecuador, el tema de la justicia indígena ha sido tratado desde varias tendencias y pensamientos, tanto desde el punto de vista del reconocimiento de la jurisdicción indígena, como por su aplicación y consumación en las comunidades indígenas de la sierra central y del norte del país. En un tan país diverso, es importante analizar, entender y profundizar este paradigma de justicia, debido a que, como lo proclama la Constitución, Ecuador es un Estado de derechos y de justicia, intercultural y plurinacional, con un pluralismo jurídico que garantiza vivir plenamente la diversidad.

En esta investigación, se abordó el tema de la reincidencia en la justicia indígena desde la óptica de la justicia restaurativa. Para ello, se definieron conceptos desde la visión occidental y desde la cosmovisión indígena; además, se hizo un análisis de la responsabilidad penal que difiere en la solución del conflicto y, por otro lado, se estudió la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo. Este marco conceptual permitió tener puntos de soporte para responder a la hipótesis que está encaminada a saber si existe reincidencia en la justicia indígena.

Con este fin, se efectuó una investigación de campo en las comunidades indígenas de Camuendo y La Calera, pertenecientes a la provincia de Imbabura. Se buscó investigar y estudiar los delitos contra el derecho a la propiedad y la reincidencia, por medio de entrevistas a profundidad. Para realizar la sistematización de los datos, se delimitó el espacio para la investigación, las comunidades ya mencionadas, y el período de tiempo, los casos ocurridos entre los años 2013 a 2015.

Finalmente, a partir de los datos obtenidos en las comunidades, se realizó un análisis comparativo entre la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo y la justicia indígena como justicia restaurativa; para, posteriormente, llegar a las conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave: Derecho penal; reincidencia; justicia indígena; poder punitivo justicia restaurativa.

Agradecimiento

Mis agradecimientos sinceros al Dr. Raúl Llasag Fernández, tutor de esta investigación, quien supo trasmitirme los conocimientos y a la vez me guio con sus consejos y observaciones a lo largo de estos meses en la elaboración de esta tesis.

También agradezco a mi madre, quien me dio la fuerza para continuar; a Rocío, quien me entregó paciencia y sabiduría a lo largo de este trabajo; y a mi familia y amigos, quienes aportaron con sus comentarios para lograr y alcanzar la meta.

Tabla de contenidos

Introducción	7
Marco teórico	8
1. Antecedentes histórico-jurídicos del término reincidencia.....	8
1.1. Teorías jurídicas sobre la reincidencia.....	12
2. La reincidencia como instrumento jurídico del poder punitivo	13
2.1. El poder punitivo en Ecuador	24
3. La reincidencia en el campo jurídico ecuatoriano	28
4. La reincidencia en el contexto de la justicia indígena	33
5. La armonía social indígena como resultado efectivo de la aplicación de los preceptos de la justicia indígena	42
Capítulo dos Sistematización de la investigación en las comunidades de la Calera y Camuendo de la provincia de Imbabura	51
1. Introducción	51
2. Datos generales de la comunidad de la Calera	55
3. Entrevista con Fernando Villagómez, ex presidente de la comunidad de La Calera	56
4. Sistematización de la investigación en la comunidad de Camuendo- San Pablo, Cantón Otavalo	59
5. Datos generales de la comunidad de Camuendo	60
6. Entrevista con Alberto Santillán expresidente de la comunidad de Camuendo	61
7. Sistematización de los delitos contra el derecho a la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en las comunidades de La Calera y de Camuendo	63
7.1. Cuadro de los delitos contra la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en las comunidades de La Calera y de Camuendo, 2013 hasta 2015.....	65
7.2. Análisis de casos de la no reincidencia en los delitos contra la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en las comunidades de Camuendo y de La Calera	66

8. Sistematización de los delitos contra el derecho a la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en la Unidad Judicial con sede en el Cantón Otavalo-Imbabura.....	68
8.1. Cuadro estadístico de los delitos contra el derecho a la propiedad en la justicia ordinaria año 2014	70
8.2. Cuadro estadístico de reincidencia en el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura año 2014	72
8.3. Cuadros estadísticos de casos de delitos contra el derecho a la propiedad en la justicia ordinaria año 2015.....	73
8.4. Cuadros estadísticos de reincidencia en la justicia ordinaria en los delitos contra la propiedad año 2015.....	74
8.5. Análisis comparativo entre algunos conceptos propios de la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo y la justicia indígena como proceso restaurativo	75
8.6. Análisis comparativo entre la justicia indígena y justicia restaurativa.....	76
Conclusiones.....	79
Bibliografía	81

Introducción

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis sobre “La Justicia Indígena: La Reincidencia en los Delitos Contra la Propiedad”, a partir de un estudio de caso en dos comunidades indígenas: Camuendo y la Calera pertenecientes a la Provincia de Imbabura; y en la Unidad Judicial, con sede en el Cantón Otavalo.

En esta investigación de campo se hace un análisis comparativo sobre la reincidencia en la justicia indígena y la justicia ordinaria, por un lado la justicia ordinaria desde la perspectiva del poder punitivo, con varios tratadistas que son parte del pensamiento de la criminología crítica, quienes con sus aportes teóricos demuestran a lo largo del primer capítulo que el Estado con sus agencias de control como el carcelario, el judicial y policial están lejos de dar una verdadera solución al conflicto y evitar la reincidencia en los infractores.

En contraposición se analizara la justicia indígena, sus formas, sus principios, su derecho propio, para la solución al conflicto desde la perspectiva de la justicia restaurativa que permite encontrar nuevas alternativas hacia la búsqueda de la armonía de la comunidad.

En el segundo capítulo se abordará la sistematización de la investigación en las dos comunidades, objeto de nuestro estudio, estas dos comunidades son representativas en la parte norte del Ecuador, en cuanto, en el pasado ya han tenido conflictos y se han dado a conocer a nivel local como nacional sobre el tema de juzgamientos de justicia indígena, y también la sistematización de la investigación en la Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo y su reincidencia.

Además se realizara un análisis comparativo entre la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo y la justicia indígena como justicia restaurativa, así como una comparación entre justicia indígena y restaurativa, para finalmente llegar a las conclusiones que servirán de aporte para la búsqueda de nuevas alternativas para la solución de conflictos desde la aplicación de un modelo horizontal comunitario hacia la justicia estatal, y que a la vez estos incidan de una manera positiva a evitar la reincidencia en el sistema de justicia ordinaria.

Capítulo uno

Marco teórico

1. Antecedentes histórico-jurídicos del término reincidencia

Se juzgaba a un hombre acusado de cinco violaciones y seis tentativas de violación, hechos intercalados entre febrero y junio de 1975 en París, el acusado permanecía callado. El Presidente le preguntó: ¿ha tratado usted de reflexionar sobre su caso?

Silencio.

¿Por qué con veintidós años se desencadena en usted esta violencia? Tiene que hacer usted un esfuerzo de análisis. Es usted quien tiene las claves de usted mismo. Explíqueme.

Silencio.

¿Por qué reincidiría usted?

Silencio.

Un miembro del jurado, toma entonces la palabra y exclama:

“Pero bueno, defiéndase usted”.¹

¿Por qué reincidiría usted? Estas palabras, en el ejemplo anterior, son premisas que llevan a pensar y analizar qué es la reincidencia. Permiten hacer un cuestionamiento de por qué un sujeto que ha cumplido ya una condena vuelve a reincidir o reiterar en su falta. Este es un tema que abre un gran debate y lleva a tratar de entender, a través de varios estudiosos del tema, qué es la reincidencia y articular un marco conceptual que aclare el panorama jurídico de este controversial tema.

Para hacer el primer acercamiento a este concepto, se puede citar a Tantaleón Odar, quien explica que la “Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley. [...] diremos que es la ‘recaída en el delito’ ”.² Como se puede observar se trata de la repetición de un nuevo delito por el mismo agente.

Para Martínez de Zamora, la reincidencia “es un fenómeno social [...], es el de la pluralidad de estos hechos [...] realizados por un mismo sujeto. Con independencia del número y gravedad de dichos delitos de relevancia jurídica y [...] bajo el nombre genérico de reiteración criminal”.³ Este autor añade un elemento más a la definición

¹ Michel Foucault, “La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del siglo XX”, en *Estética, ética y hermenéutica* (Barcelona: Paidós Ibérica, S.A, 1999), 37, <<http://es.slideshare.net/doctorcienciasgerenciales/foucault-michel-estetica-etica-y-hermeneutica/>>.

²Ibíd.

³ Antonio Martínez de Zamora, “La Reincidencia”, *Revistas científicas de la Universidad de Murcia* (2015): 11, <revistas.um.es/analesumderecho/article/download/104371/99291/>.

de los otros estudiosos: es un fenómeno social. En efecto, la reincidencia forma parte de la realidad social de un Estado y, casi siempre, el poder judicial lo ha tenido en cuenta como motivo para una más rigurosa reacción punitiva; además, la reincidencia supone un rigor penal mayor. Martínez agrega que “el derecho penal no es solo instrumento de defensa social contra determinadas acciones sino que debe tender, ante todo, a una retribución justa, para lo cual es imprescindible considerar tanto la gravedad del delito cuanto la personalidad de su autor”.⁴

El mismo autor señala que: “En Roma se tenía en cuenta, sobre todo, la reincidencia específica, especialmente limitada a la hipótesis de identidad de delitos. La reincidencia genérica era, como máximo y solo para los delitos en los que ello fuera posible, un criterio de agravación atribuido al arbitrio del Juez”.⁵ También agrega que: “No existía una exacta distinción entre reincidencia, reiteración y concurso de delitos; no había, por tanto, un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante, ni una norma fija de agravación”.⁶

En relación con este tema, siguiendo a este autor, se puede establecer que, si bien en los pueblos antiguos desconocían sobre este fenómeno de la reincidencia, lograron identificar a los infractores a través de marcas o mutilaciones corporales. Al hacer una comparación con la actualidad, esto se convertiría en los antecedentes penales que conserva la policía.

Martínez de Zamora se acerca al tema de la reincidencia, como ya se ha podido observar en los párrafos anteriores, desde un enfoque histórico para tratar de determinar cuándo se originó y cómo funcionaba este término dentro del derecho:

No obstante, desde casi los comienzos de la historia la reincidencia ha sido prevista y sancionada en sentido muy semejante al actual. Conocidísima es la disposición de Manú en el Manava Dharma Sástia indio: “El rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa, finalmente con la pena corporal”.⁷[...] “Cuando tampoco con castigos corporales el rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez” [...]. Especialmente para el hurto se decretaba el corte de dos dedos la primera vez, la amputación de un pie y de una mano la segunda, la tercera vez la muerte [...].⁸

También se presentaba en China:

[...] una vez mitigada la primitiva severidad penal que hacía imposible físicamente la repetición delictiva, se conoció la reincidencia [...] el emperador Sciun

⁴Ibíd., 14.

⁵Ibíd., 18.

⁶Ibíd.

⁷ Ibíd.

⁸ Ibíd., 17.

(2285 a. de C.) conminaba la pena de muerte para los delitos premeditados y para los cometidos en reincidencia, aunque después esta solo tuvo virtualidad respecto a los delitos contra la propiedad. [...] ⁹ Igualmente los persas [...], tenían en cuenta los antecedentes penales del reo para la graduación de la pena. [...] En el derecho hebreo los delitos punibles con azotes se castigaban, en caso de reincidencia, con una especie de cadena perpetua tan dura que era en realidad una muerte indirecta. ¹⁰

Este tratadista continúa su análisis mencionando la regulación de la reincidencia en el derecho romano. Establece que este puede resumirse, señalando sus notas características más importantes, del siguiente modo:

3. No existía una exacta distinción entre reincidencia, reiteración y concurso de delitos; 4. No había, por tanto, un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante, ni una norma fija de agravación; 5. Según Puglia, se justificaba el aumento de pena para el reincidente en la insuficiencia de la pena anterior y la mayor perversidad del culpable; 6. La existencia de condena anterior a cargo del culpable se reconocía mediante señales marcadas en la cara (hasta Constantino), brazos y piernas. ¹¹

En esta cita se puede observar un aspecto importante: el aumento de la pena para el reincidente pero unido al tema de la perversidad del delincuente. Esta característica del derecho romano prevalecerá hasta nuestros tiempos sobre la base de la protección de la sociedad y su armonía.

En Francia, el concepto de reincidencia fue conocido a partir del siglo XIII; entre los documentos que hablan de la reincidencia, “distinguen ya entre reincidentes y reiterantes”. ¹² Además, se aumentaba la sanción por la repetición del mismo delito “y solía excluirse a los reincidentes de la gracia”. ¹³ Con la llegada del Código Penal francés de 1810, “se inspiraran posteriormente casi todos los Códigos penales del siglo XIX, que admite la reincidencia como circunstancia agravante de carácter general, es decir, aplicable, salvo disposición contraria, a toda clase de delitos”. ¹⁴

Para Martínez de Zamora, también es importante mencionar la aportación italiana a la teoría jurídica de la reincidencia, pues ha sido notable y lo sigue siendo hasta la actualidad: “Aparte del hecho de que la institución en examen fue regulada, sobre todo respecto a los delitos patrimoniales, en numerosos estatutos medievales de aquel país, correspondió a los Glosadores Prácticos italianos el honor de elaborar por

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*, 18.

¹² *Ibíd.*, 19.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

primera vez una verdadera teoría científica de la reincidencia”.¹⁵ La doctrina de Farinacio, sin duda la más completa en esta materia, puede resumirse así:

1. Toma en consideración principalmente la reincidencia específica. 2. Era requisito de la reincidencia la condena y la punición precedentes. 3. Para algunos delitos se excluía la reincidencia una vez pasados tres años. 4. Distinguía entre “consuetudo delinquendis”, circunstancia agravante, y aquella que no podía considerarse como tal.¹⁶

Asimismo, en España la reincidencia posee una antigua tradición. De modo expreso estaba regulada en leyes medievales, de las que se citarán solo las más interesantes: “[...] disposiciones, que se transcriben, son verdaderamente significativas respecto a la importancia atribuida a la reincidencia o a un tipo de ella, delitos en los que suele tener virtualidad, cuantía o clase del aumento de pena que provoca”.¹⁷

Un ejemplo de esto sería en el Fuero de Navarra, donde se evidencia el castigo mayor para quienes repiten un delito: “por razón del hurto no deben los juzgadores matar ni cortar miembro alguno. Solo en ciertos casos como cuando se trate de ladrón conocido que manifiestamente tuviese caminos debe aplicarse la pena de muerte”.¹⁸ De igual forma, en el Fuero Real de España, se puede encontrar: “...e si no hubiere de que lo pechar, pierda lo que hubiere y córtenle las orejas; y esto sea por el primer hurto; e si hurta otra vez muera por ello”.¹⁹ Se puede concluir que en el Fuero Real de España y el de Navarra, cuando se era reincidente, se aplicaba la pena capital, no había otro tipo de tratamiento para el infractor.

Para finalizar este acápite, se debe citar a Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en relación con la complejidad de la definición de la reincidencia, sostiene lo siguiente: “Es DIFÍCIL proporcionar un concepto satisfactorio de «reincidencia» a nivel internacional, dado que [...] los intereses científicos de los juristas y de los criminólogos no suelen coincidir en esta materia, por lo cual los objetos que focalizan son diferentes y, por ello, las delimitaciones conceptuales resultan dispares”.²⁰

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*, 21.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*, 20.

²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal* (Caracas: Monte Ávila Editores, 1992), 1, <<https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/12/reincidencia-e-zaffaroni/>>.

1.1. Teorías jurídicas sobre la reincidencia

Para efectos de la presente investigación, la definición de reincidencia que se usará será la que consta en la legislación ecuatoriana²¹, porque precisamente en ella se recoge gran parte de la historia jurídica de dicha institución.

En la actualidad hay varias teorías al respecto; Martínez De Zamora sostiene que existen tres teorías que interpretan la reincidencia desde diferentes concepciones jurídicas, a saber:

1. *Teoría de la mayor alarma social*

Esta teoría viene formulada en la Relación Ministerial sobre el proyecto de Código italiano de 1887 (n. LXIII) del siguiente modo: “Se disputa entre los juristas si la circunstancia de la Reincidencia debe referirse a la imputabilidad o bien a la pena. Pero es fácil convencerse de que la reincidencia agrava el delito en su elemento político. Fundamento de ella es la mayor alarma que provoca aquel que ha delinquido varias veces y que, por ello, se demuestra más peligroso [...] El mal del delito no es solo físico, sino también social y político [...]”²².

2. *Teoría de la lesión de un bien jurídico diverso o de la lesión más profunda del mismo bien jurídico.*

Según Dell'Andro, Manzini adopta una postura netamente objetivista respecto a la reincidencia al afirmar, más o menos explícitamente, que el delito del reincidente lesiona un interés diverso o el mismo interés en mayor grado que la infracción del delincuente primario. Tal interés estaría constituido por el “derecho general de seguridad correspondiente a todo ciudadano. Otras aseveraciones de Manzini (la repetición del delito tras la condena muestra, además, en el reincidente una extraordinaria resistencia a aquel motivo de inhibición que es suficiente para la mayoría de los que ya cayeron en delito, [...])”²³

3. *Teorías que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad (sic, por culpabilidad)*

Son muy numerosos los penalistas que encuentran el fundamento de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad que concurre en el delito del reincidente, o mejor, del ya reo. [...]

Dejando aparte el examen del distinto alcance que posee la inclusión de la reincidencia en el concepto de culpabilidad según la noción que sobre esta se tenga, y el del significado del hecho, frecuente y paradójico, de fundamentar la reincidencia conjuntamente sobre la culpabilidad y otras instituciones del derecho penal, como por ejemplo, la peligrosidad, observemos que, normalmente, los autores que siguen este criterio admiten que la reincidencia se refiere al sujeto, aunque sienten, al mismo tiempo, el imperioso impulso de enlazar la personalidad del sujeto o su situación con el hecho por él realizado [...].²⁴

²¹ Art.57 COIP: “Reincidencia.- Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio”.

²² Antonio Martínez De Zamora, *la Reincidencia*, “Consideración Doctrinal, Teorías que justifican la reincidencia sobre el segundo delito del reincidente”, 50, <<http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104371/99291>>.

²³ *Ibíd.*, 51.

²⁴ *Ibíd.*, 55.

En resumen, estas tres teorías no hacen más que dimensionar el escenario jurídico-político en el que la reincidencia es tratada como un delito penal que debe ser sancionado con la aplicación de la ley para dar una señal clara a la sociedad de que el derecho protege la seguridad ciudadana. Sin embargo, se olvida que el delincuente también es parte de esa sociedad a la que el Estado declara proteger. El escenario es claro: estamos frente a un poder punitivo que prioriza la sanción y reclusión del delincuente antes que una eficaz y verdadera rehabilitación del mismo.

2. La reincidencia como instrumento jurídico del poder punitivo

“La prisión es el único lugar en el que el poder puede manifestarse de forma desnuda, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral”.

Michel Foucault

Una vez analizada la reincidencia desde la parte conceptual, es importante centrar el estudio en el alcance y consecuencias que dicha institución tiene desde el ámbito penal ordinario. Uno de los temas más controversiales en la legislación penal tiene que ver con la reincidencia, que para algunos tratadistas contradice inclusive el verdadero interés de toda sociedad de vivir en armonía.

Desde la justicia ordinaria, se ha establecido toda una normativa que sanciona la reincidencia de modo implacable. La reincidencia se ha convertido en el instrumento más contundente del denominado poder punitivo; el cual es, para Zaffaroni, “la facultad que tiene el estado para penar a quien comete un crimen”.²⁵ Esta facultad para castigar, que se conoce como el *Ius puniendi*, es un elemento muy importante en la configuración del poder estatal. El Estado tiene la capacidad coercitiva y sancionadora, asume el monopolio para resolver conflictos y tiene el control social frente a los ciudadanos.

En las tres últimas décadas, el debate jurídico se ha centrado sobre el impacto que ha tenido la aplicación de la reincidencia como medida para atenuar la repetición del delito. Así surge el llamado poder punitivo, que a criterio de Zaffaroni:

En momentos en que prima un Derecho penal en expansión, de carácter claramente autoritario, avalado por una creciente “alarma social” amparada bajo la acción de los medios de comunicación, pareciera que cualquier medida es adecuada en el llamado combate a la delincuencia, incluso aquellas que niegan los principios garantistas básicos de un Estado de Derecho. Es en este contexto que en muchos países se pretende copiar el modelo norteamericano denominado “three strikes and you’re

²⁵Zaffaroni, citado por María Bertoni, “El poder punitivo según Zaffaroni”, <<https://espectadores.wordpress.com/2011/06/17/el-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>.

out” [...]. En los hechos esto se traduce en una mayor “mano dura” con los delincuentes reincidentes, a quienes se le niega todo Derecho en los casos en que han sido condenados por más de un delito.²⁶

Por otra parte, Hulsman señala que “el temor al delito puede ser creado como resultado de cierta vinculación entre el sistema penal y los medios masivos de comunicación”²⁷, afectando a grupos marginales, que “pueden resultar segregados”.²⁸ Boaventura de Sousa Santos²⁹ coincide en esto cuando escribe que el poder punitivo es un modelo excluyente, parte del pensamiento abismal, a través de la lógica de la apropiación/violencia; es un concepto exacto del derecho moderno. Por su parte, para Bustos Ramírez, afirma que “la justicia es una justicia de clases y que consecuentemente las leyes penales son expresión del poder de una clase y por tanto, no puede recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida [...]”³⁰.

Otro aspecto del poder punitivo son las agencias de control policiales, “a través de un poder configurado, disciplinario, normalizador o verticalizante”.³¹ Este poder configurado, según Zaffaroni, es la principal función del sistema penal, para sostener la ilusión protectora de este tipo de sistema; esta ilusión de tutela “que justifica el verdadero o principal ejercicio de poder del sistema penal, se apuntala con el pequeñísimo número de personas seleccionadas y criminalizadas por el sistema penal formal latinoamericano [...] que es el que pasa por las instancias jurisdiccionales y carcelaria”.³²

En cuanto a la función de tutela, se podría señalar que no podía estar exenta de críticas endógenas y exógenas respecto del papel que cumple en la sociedad. Para unos, el Derecho es la herramienta necesaria del Estado para el control social; para otros, es la base para lograr el acuerdo de las diferencias en aras de la armonía.

Para Zaffaroni, existen dos formas de coerción en el poder punitivo: la primera detiene un proceso eminente y la otra es la coerción reparadora. Este autor explica que

²⁶Zaffaroni, “Reincidencia”, <<https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/12/reincidencia-e-zaffaroni/>>.

²⁷ Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social, 1, El poder punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993), 87.

²⁸Ibíd.

²⁹Boaventura de Sousa Santos, “Más allá del pensamiento Abismal: de la líneas Globales a una Ecología de Saberes”, en *Para descolonizar Occidente, Más allá del pensamiento Abismal* (Buenos Aires: Clacso/ Prometeo Libros, 2010), 48.

³⁰ Juan Bustos Ramírez, “La Cuestión criminal, Criminología Crítica y Derecho Penal”, en *Control Social y Otros Cambios, Volumen IV*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 10.

³¹Zaffaroni, “Reincidencia”, <<https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/12/reincidencia-e-zaffaroni/>>.

³²Ibíd.

cuando “en la coerción reparadora alguien que manda ‘dice el lesionado soy yo’, y aparta al que realmente sufrió la lesión, allí surge el poder punitivo”.³³

Por lo tanto, en la coerción reparadora se puede distinguir que efectivamente el Estado asume el rol de víctima: desplaza e invisibiliza a la verdadera víctima. Lo que hace es sencillamente mantener, por una parte, su autoridad violada y, por otra, su autoridad jerárquica. En ese orden de ideas, Nils Christie sostiene un enfoque donde “los conflictos pueden ser visualizados como una propiedad, que el sistema penal y otros sistemas profesionales ‘roban’ a las personas a las que realmente les pertenecen”.³⁴

También Barbero Santos “explica que el sistema penitenciario basado en la resocialización y en la rehabilitación, apenas ofrece resultados apreciables en la prevención de la reincidencia [...]”.³⁵ Por su parte, Foucault escribe que “la prisión conducía a un resultado opuesto, que era más bien una escuela de delincuencia, y que los más finos métodos de los aparatos policial y judicial, lejos de asegurar una mayor protección contra el crimen, llevaban a lo contrario, a un reforzamiento del medio criminal, por mediación de prisión”.³⁶

En consecuencia, se puede afirmar que “el poder punitivo no rehabilita, y lo que es más no resuelve el conflicto”.³⁷ En otras palabras, el sistema carcelario no es la solución al problema de reinserción y de rehabilitación del infractor. El castigo y la perversidad del sistema carcelario nos permiten creer que este sistema de control aún es parte de un modelo retrógrado, porque “en ese seno nació la cárcel para purgar la pena como castigo, recibiendo después el favor de la Iglesia católica [...] afirmándose como pena perpetua o temporal, solamente en los siglos XVII y XVIII”.³⁸

No es necesario tomar ejemplos regionales sobre el problema del sistema carcelario y su alta reincidencia en los infractores; en Ecuador, se ha evidenciado este

³³Ibíd.

³⁴ Nils Christie, “Conflicts as Property”, en Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social 1, El poder punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993), 87.

³⁵ Barbero Santos, citado por Nicolás García Rivera, *El Poder en el Estado Democrático* (Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996), 38, <<http://bit.ly/2cXCoXc>>.

³⁶ Michel Foucault, “La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del siglo XX”, 51.

³⁷ Zaffaroni, citado por María Bertoni, “El poder punitivo según Zaffaroni”, <<https://espectadores.wordpress.com/2011/06/17/el-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>.

³⁸ Juan Pablo Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo” (2012), 2, <<http://virtualia.eol.org.ar/024/Estudios/pdf/Restricciones-del-psicoanalisis-ante-el-poder-punitivo.pdf>>.

problema. Los medios de comunicación del país presentan en los noticieros esta problemática: describen una creciente inseguridad. Por esta razón, en el actual Código Orgánico Integral Penal, se han implantado políticas severas de endurecimiento de penas que van hasta 40 años de encarcelamiento. En otras palabras, el sistema carcelario sigue siendo primitivo en nuestro país y está pensado como una solución para aislar al infractor.

Parafraseando a Oré Sosa, no se puede saber si verdaderamente contribuye a aislar al infractor en cuatro paredes para evitar el delito o si la prisión juega un papel de prevención en el delito, no hay nada concreto sobre el resultado. En palabras de este autor: “la reincidencia puede mostrar las fallas del sistema social y de las propias agencias de ejecución penal”.³⁹

Para Ferrajoli, la cárcel fue una invención moderna, dada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a las penas corporales y demás horrores del derecho penal moderno: “con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuró como pena igualitaria, [...] privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación con la gravedad [...] de los delitos castigados”.⁴⁰

A partir de lo ya señalado, se logra hallar la contradicción fundamental que se da dentro del Estado. La declaratoria de igualdad ante la ley está simplemente escrita; a nombre de la sanción al reincidente, se cometen grandes atropellos a la dignidad humana, lo que es una clara violación de principios constitucionales. El reincidente es recluido en las cárceles construidas con recursos de aquellos que consideran que la prioridad es mostrar una sociedad sin delito, sin crimen, justificando desde la esfera gubernamental la aplicación de la ley. A través de sus gobiernos, el Estado asume el papel de víctima y se vuelve victimario con el reincidente.

Para Garland, en los años 70, “la prisión se reinventó como dispositivo de seguridad pública contra los individuos peligrosos; además como una solución penal, al nuevo problema de la exclusión social y la desigualdad económica. Así, el giro punitivo basado en el encarcelamiento masivo [...] reemplazó al ideal de rehabilitación

³⁹ Eduardo Oré Sosa, “Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y habitualidad. A propósito de las Modificaciones operadas por la Ley 30076”, Instituto de Ciencia Procesal Penal, <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf>.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli, *Garantismo Penal*, (México: Universidad Autónoma de México, 2006), <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Garantismo_y_derecho_penal.__Completo_.pd>.

y de reconstrucción social”.⁴¹ Según este mismo autor, a través el discurso jurídico-penal y por la implantación de políticas criminales —“cuya decisión es qué tipo de conductas y qué clase de individuos conviene criminalizar”—, el poder punitivo ya opera como dispositivo de contención de individuos sospechosos, con el pretexto de la prevención y la seguridad. [...] (La policía, el procedimiento judicial y la prisión) están vacíos de todo contenido ético”⁴².

Por ejemplo, en nuestro país, con la creación de las Unidades de Flagrancia y con el apoyo de los medios de comunicación que generaron un discurso propagandístico sobre el control al crimen o más severidad para los infractores, se fortaleció un discurso represivo por parte de las agencias de control policiales y jurisdiccionales. Frente a una sociedad que espera más represión, el encarcelamiento y la prisión preventiva se convierten en una práctica común.

Por otra parte, los sistemas penales latinoamericanos surgen según Zaffaroni⁴³ como producto del colonialismo, como un poder de control. Este control vertical, jerarquizante, compuesto por sociedad de castas, es atribuido como herencia del Imperio Romano. Además, el mismo autor menciona que el control social fue siempre ejercido por los ejércitos a través el servicio militar obligatorio⁴⁴; esto último fue dirigido principalmente hacia los jóvenes en América Latina.

El poder punitivo y su agencia de control, el sistema carcelario, son explícitos: castigan, criminalizan, seleccionan a grupos marginales o periféricos, y segregan. Para Mollo: “La selectividad estructural del sistema penal, selecciona a los mismos candidatos [...] es la más elemental demostración de la falsedad de la igualdad y legitimidad proclamada por el discurso jurídico-penal”.⁴⁵

Esta selectividad y criminalización de sectores desfavorecidos ya es reconocida igualmente por Bustos Ramírez, cuando señala que “la principal actividad de la policía esté también dirigida a hacia esos sectores y que, consecuentemente ellos sean el objeto fundamental de la administración de justicia”.⁴⁶ Además Radbruch, escribe que “el derecho penal por esencia y origen coloca a los infractores del derecho en un estrato

⁴¹ Garland citado por Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, 2.

⁴² *Ibíd.*, 5.

⁴³ Eugenio Zaffaroni, y otros, *Criminología Crítica y Control Social 1, El Poder Punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993), 66.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, 2.

⁴⁶ Bustos Ramírez, “Criminología Crítica y Derecho Penal”, 11.

del pueblo considerado inferior”⁴⁷ En efecto, las cárceles en nuestro país se encuentran repletas de gente que provienen de sectores desfavorecidos y marginados del país, y por otra parte se ve el alcance del poder punitivo y de sus agencia de control policial y judicial sobre esto chivos expiatorios que sirve para justificar el poder punitivo del Estado. Bien lo señala Bustos Ramírez que “el derecho penal no está al servicio de las grandes mayorías, sino de las minorías”⁴⁸.

De acuerdo con Mollo, “la cárcel es una institución desigual, extralegal, extrajudicial, deshumanizante, penosa e inútilmente aflictiva, [...] no responde a la retribución sino a un modo de autoritarismo denominado ‘neopunitivismo’ en la literatura anglosajona”.⁴⁹ Garland coincide con esta visión de la prisión y señala que, “es el punto de encuentro de las dinámicas más importantes de nuestro tiempo: riesgo y retribución; la prisión de hoy día (que ya no pretende resocializar) castiga y protege, condena y controla, satisface sentimientos retributivos”.⁵⁰

Por su parte, Foucault señala que “la prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la ‘humanidad’. Pero también un momento importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando: aquel en que colonizan la institución judicial”⁵¹. La prisión viene a ser una simple privación de libertad para el infractor, además según el mismo autor, cuantifica la pena según la variable del tiempo, aparece como una reparación, “la prisión parece traducir concretamente la idea de la infracción ha lesionado por encima de la víctima, a la sociedad entera”⁵².

La violencia represiva por parte del Estado se puede configurar a través de los estados de excepción: “se suspende la aplicación de la norma y a su vez, la ley permanece como tal, en vigor”; es decir, con el uso de la fuerza “sin vinculaciones legales”.⁵³ El uso del poder punitivo pierde toda legitimidad ante los ojos de los ciudadanos; Mollo explica que “el caso límite y dramático se plantea cuando esa

⁴⁷ Radbruch, citado por Bustos Ramírez, en “Criminología Crítica y Derecho Penal”, 11.

⁴⁸ Bustos Ramírez, “Criminología Crítica y Derecho Penal”, 14.

⁴⁹ Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, 2.

⁵⁰ David Garland, citado por Diego Zysman, “La cultura del control (Garland)”, Cátedra Hendler, <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=102#_ftn18>.

⁵¹ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2002), 211, <<http://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>>.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

divergencia entre el nivel normativo de la legalidad y el efectivo de la realidad alcanza la forma terrible que han vivido los regímenes militares de América Latina”.⁵⁴ Y añade que “desde esta perspectiva, la ciencia jurídico-penal es una sofisticada racionalización de la pena, que en última instancia se reduce a la venganza irracional del poder punitivo”.⁵⁵

Un ejemplo de este caso se presenta en la visita del presidente Correa a las zonas damnificadas por el terremoto en la costa ecuatoriana (16 de abril de 2016): “estamos en emergencia nacional (estado de excepción). Aquí nadie me pierde la calma, nadie grita o le mando detenido”.⁵⁶ Con lo expuesto anteriormente y extrayendo las ideas de Mollo sobre estos abusos, es posible que pueda suceder de igual manera en los estados u ordenamientos donde se respetan el principio de legalidad. Puede ocurrir que este principio de legalidad sea puesto a un lado por los “poderes paralelos que en materia de libertades, concede la propia ley a las fuerzas de policía”.⁵⁷

Además, este tratadista manifiesta que “el poder punitivo se ha efectivizado sobre el individuo peligroso [...] la acción policial como una práctica diaria de la principal agencia ejecutiva del poder punitivo”.⁵⁸

No hay duda de que el poder punitivo es político y, tal como lo afirma Zaffaroni, todo lo que se diga en criminología es igualmente político. En efecto si es político este poder punitivo es institucionalizado, todos debemos someternos a los valores y a los dictados del sistema, es decir a las relaciones sociales y a la obediencia de la norma, caso contrario están las agencias de control social que nos lo recordaran. Parfraseando a Bustos Ramírez, el derecho penal es impuesto por el poder político, además las leyes dirigidas a los ciudadanos provienen de esta clase política.

El poder y la coerción está presente en nuestras vidas y acciones; además, según Zaffaroni, los discursos legitimantes del poder punitivo de la Edad Media siguen plenamente vigentes. Este poder es vertical y jerarquizado; en palabras de este tratadista: “la Edad Media no ha terminado, nada del pasado está muerto ni enterrado, sino solo oculto y no por azar. No es un pasado que vuelve sino uno que nunca se ha

⁵⁴ Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, 3.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ “Presidente Correa reaccionó ante reclamos de ciudadanos en zona de desastre”, *El Comercio*, 23 de abril de 2016, <<http://www.elcomercio.com/actualidad/presidente-correa-reacciono-reclamos-ciudadanos.html>>.

⁵⁷ Mollo, “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”, 3.

⁵⁸ *Ibíd.*

ido, porque allí está el poder punitivo, su función verticalizante, sus tendencias expansivas, sus resultados letales”.⁵⁹

El Derecho Penal tiene la función de contener el poder punitivo del Estado; Zaffaroni manifiesta que este cumple el papel de control sobre su ejercicio negativo.⁶⁰ Por ejemplo evitar que el poder político y sus agencias ejecutivas, así como la policial actúen sin observación y mandato de la ley. Es decir que sin el control del Derecho Penal, un estado cometería graves violaciones a los derechos humanos, “[...] ejecuciones sin proceso disfrazadas de enfrentamientos son una realidad policial, las detenciones sin otro objetivo que hacer estadística sólo reafirman la imagen negativa, el afán por mostrar eficacia lleva a la tortura y a la fabricación de hechos (desde la imputación a un inocente vulnerable hasta celadas montadas para ejecutar a varias personas). [...] a lo que Zaffaroni denomina masacres masivas”.⁶¹

Si bien es cierto que la Justicia Penal juega un papel importante en la contención del poder punitivo, también forma parte de las agencias del sistema penal específicas. Así es como Zaffaroni distingue claramente las agencias del sistema penal, las específicas y las no inespecíficas, según se ocupen solo o predominantemente del ejercicio del poder punitivo o bien incidan de una manera más amplia.⁶²

Este autor afirma que las agencias de control ejecutivas son las que detentan el poder punitivo, real y políticamente significativo: “la policía es la punta del iceberg represivo, uno de los brazos armados del poder punitivo”.⁶³ Explica que el modelo vigente permite una violencia que por momentos alcanza límites de masacre, a través, por supuesto, de las ejecuciones sin el debido proceso, detenciones solo con el fin de llenar las estadísticas policiales. Además, afirma que “por el fin de mostrar la eficacia, este modelo lleva a la tortura y a la fabricación de hechos, a la violación de los derechos humanos de los más vulnerables de la sociedad”.⁶⁴

Un ejemplo claro de esto se da en las favelas —barrios pobres y estigmatizados de grandes ciudades de Brasil como Rio de Janeiro y Sao Paulo—, donde se produce a diario una gran lucha por el control y la sujeción al crimen organizado encabezado

⁵⁹ Zaffaroni, citado por María Bertoni, “Los (verdaderos) agentes del poder punitivo según Zaffaroni” (2011), <<https://espectadores.wordpress.com/2011/10/22/los-verdaderos-agentes-ejecutivos-del-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

por los narcotraficantes y por los escuadrones de la muerte. Estos toman la justicia por su propia mano instaurando la muerte y la desolación como puntuales de una justicia divina y de castigo. En palabras de Zaffaroni: “Los escuadrones de la muerte, los justicieros barriales, las muertes por tóxicos o para eliminar competidores en su distribución, la ejecución policial sin proceso, la victimización de habitantes del propio barrio y de policías son funcionales a una táctica de control”.⁶⁵ En otros términos, para este autor esta serie de muertes se puede entender como “masacre por goteo”,⁶⁶ en lugar de tener masacres masivas.

El poder punitivo es real y eficaz para quienes lo detentan, es un medio de control; tal como afirma Zaffaroni, lo que interesa en esta institución punitiva es la vigilancia constante y permanente de todas las personas libres.⁶⁷ La prisión, por lo tanto, es parte del castigo del poder punitivo y del monopolio del Estado. Sin embargo, como menciona Michel Foucault, esto puede tener resultados negativos:

El fracaso y repetido y señalado sin cesar del aparato penitenciario [...] la prisión conducía a un resultado exactamente opuesto, que era más bien una escuela de delincuencia, y que los más finos métodos de los aparatos policial y judicial, lejos de asegurar una mayor protección contra el crimen, llevaban a lo contrario, a un reforzamiento del medio criminal, por mediación de la prisión.⁶⁸

Para Hulsman, la prisión es “una imagen de lo que escribió el Dante en La Divina Comedia. Está el cielo y está el infierno, y en el medio está el purgatorio. Y en mi opinión, la prisión es una forma de purgatorio”.⁶⁹ Este tratadista explica que el desarrollo ideológico de esta institución (prisión) está relacionado con la idea de cielo, purgatorio e infierno; adicionalmente, realiza una analogía entre la cuantificación que algunos teólogos modernos decidieron hacer en relación con los pecados y, dependiendo de la gravedad, su castigo:

Alguien se iba a quemar un tiempo en el purgatorio o se iba a quemar un tiempo en el infierno. Y hay diferentes niveles de infierno. (...) la idea de que una persona

⁶⁵ E. Zaffaroni, citado por María Bertoni, “Nota mental sobre policía y poder punitivo, a diez años de la masacre de Avellaneda” (2012), <<https://espectadores.wordpress.com/2012/06/26/masacre-avellaneda-kosteki-santillan-policia-poder-punitivo/>>.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ E. Zaffaroni, citado por María Bertoni, “Los (verdaderos) agentes del poder punitivo según Zaffaroni” (2011), <<https://espectadores.wordpress.com/2011/10/22/los-verdaderos-agentes-ejecutivos-del-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>.

⁶⁸ Michel Foucault, “La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del Siglo XIX”, 51.

⁶⁹ L. Hulsman, “Abolición penal y deslegitimación del sistema carcelario” (Conferencia, Programa UBA XXII, Argentina, 12 de septiembre de 2007), <<https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/18/abolicionismo-penal-y-deslegitimacin-del-sistema-carcelario-l-hulsman/#more-318>>.

tenga que cumplir cierto tiempo en prisión relacionado con aquello que llaman “delito” —que es el pecado que se ha cometido— tiene que ver con esa idea que llaman “purgatorio”.⁷⁰

Hulsman hace referencia al Director General de todas las prisiones de Holanda, su nombre era Birirmage, quien señala:

[...] yo no sé si las cárceles son necesarias en nuestra sociedad, yo no sé si las prisiones son legítimas, yo solo sé una cosa: si ustedes quieren un sistema que les dé a las personas la posibilidad de mejorar sus vidas, las prisiones no son ese sistema. Las prisiones tienen una influencia muy negativa sobre las personas. Como estructura disminuye las posibilidades de tener una vida plena.⁷¹

Hulsman⁷² asevera que el sistema penal no da una respuesta realista, dado que su visión es distorsionada; para el autor, las agencias ejecutivas como la policía o la propia justicia tampoco dan una solución a la realidad, la criminalización es totalmente inadecuada, es perversa, dado que “niega la existencia de la diversidad en la vida social y de los diferentes ‘sentidos’ que esta genera, y por ello está incapacitada para percibirla y para tratarla positivamente”.⁷³

Para concluir, y retomando las palabras de los tratadistas citados en las primeras líneas, no hay duda de que las cárceles son instituciones desiguales, extrajudiciales, extralegales, que no responden a la retribución- objetivo del derecho positivista, sino más bien a un modo de autoritarismo denominado neopunitivismo.

El sistema carcelario no busca la rehabilitación real del individuo, sino únicamente su aislamiento, su encierro con el fin de alejarlo de la sociedad y evitar que cause más daños. Para Braithwaite:

[...] el individuo en la justicia ordinaria es más propenso a delinquir dado que no existe una verdadera integración en la comunidad, explica que en sociedades que valoran más el individualismo y el rendimiento personal hay una tasa de criminalidad más alta que en sociedades que ponen valores como honor y responsabilidad de la familia y de la comunidad por encima del individuo.⁷⁴

Además, según el mismo autor, el infractor no se subyuga a sentimientos de vergüenza por lo cual es más susceptible a delinquir. Por lo que se podría considerar que la justicia ordinaria es represiva y su función es el aislamiento del individuo, a

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social 1. El poder punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: editorial Juris, 1993), 88.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), “CASO: Jhon Jairo Roser”, <www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=64/consulta>.

través de la pena, y la prisión se puede convertir en escuela para el perfeccionamiento de delitos.

Nils Christie lo confirma al expresar que las prisiones son un instrumento productor de crímenes.⁷⁵ Para Christie, el crimen no existe, es una construcción social. Expresa que “en la mayoría de los casos sería una buena idea aplicar la definición de crimen que indique y hable de actos no queridos, porque eso obliga a poner los ojos no sobre lo que pasó, sino lo que se podría cambiar”.⁷⁶ Este tratadista también manifiesta que existe una injusticia social detrás del crimen, pues la población carcelaria está compuesta en su mayoría por gente de bajos estratos sociales, que se encuentra con relaciones familiares disfuncionales.⁷⁷

En ese sentido, Christie enfatiza que “los sistemas sociales deberían construirse de manera que reduzca al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social”.⁷⁸ De acuerdo con este autor, todo castigo impuesto por la ley, sin lugar a dudas es dolor, dolor deliberado; además, la palabra penal está relacionada con pena o dolor, por lo que “el castigo como lo impone el Código Penal es la imposición consciente del dolor”.⁷⁹

Siguiendo estas ideas, Zaffaroni plantea que no se puede desvincular a la criminología de las políticas sociales, ya que “existen comunidades marginadas, y en ellas actúa el sistema penal con un carácter de debilitador de las relaciones sociales comunitarias”.⁸⁰ Además explica que es necesario crear puentes y vincular a la criminología con la imposición de políticas sociales que lleven a cambiar la realidad, para formar relaciones comunitarias que permitan que se genere un poder alternativo.⁸¹

Para Zaffaroni, “el poder punitivo surge como una ilusión de tutela, cumple una función reproductora de un nivel justificador de violencia, además el sistema penal formal selecciona personas a los que somete a prisión preventiva mediante un procedimiento inquisitorio”.⁸² El nivel de violencia no es solamente en contra del

⁷⁵“Las prisiones son un instrumento para que haya más criminales”, *La Nación*, Entrevista a Nils Christie, 26 de septiembre de 2013, <<http://www.lanacion.com.ar/947424-las-prisiones-son-un-instrumento-para-que-haya-mas-criminales>>.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Nils Christie, *Los límites del dolor* (México: Fondo de Cultura Económica, 1984), 15.

⁷⁹ *Ibíd.*, 20.

⁸⁰ *Ibíd.*, 72.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Raúl Zaffaroni, “Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina”, en *Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo Del Estado* (Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993), 66.

infractor, quien es confinado y aislado, sino también contra la víctima, dado que es desplazada e invisibilizada en el conflicto. De igual manera, la violencia destruye vínculos comunitarios, debido a sus “estructuras sociales verticalizadas, han dejado a un lado aquellas relaciones sociales de estructura horizontales, dándole mayor importancia y fortaleciendo el modelo corporativo”.⁸³

Por todo lo que se ha mencionado, se puede establecer que el poder punitivo no rehabilita; lo que hace es asumir el papel de víctima y deja de interesarle la víctima y menos aún el infractor. En este modelo reparador vertical se evidencia claramente una reincidencia por parte del infractor, además una falta de una verdadera política social por parte del legislador que sea a la vez incluyente y rehabilitadora.

Todo lo contrario de lo que sucede en el derecho indígena, que es de orden horizontal, en el cual se desarrolla un proceso de diálogo entre la víctima, victimario y comunidad, con el fin de buscar la paz y la armonía de todos los miembros de dicha comunidad. Este es un tema que se tratará más adelante.

2.1. El poder punitivo en Ecuador

Para realizar el análisis del poder punitivo en nuestro país, se hará un acercamiento a partir de las observaciones que hace Jorge Vicente Paladines⁸⁴ de la última década del gobierno de la Revolución Ciudadana. Para Paladines, existen dos grandes momentos: el primero momento del “estado de garantías” en los años 2007 y 2009; y el segundo momento del “estado de policía”. Paladines lo llama el momento de la inflación de la penalidad, desde el año 2010 en adelante.

Para este autor, en el primer momento, en el Estado de garantías, hubo una recuperación del Estado y la crítica al modelo neoliberal, que permitió tener una menor punitividad, dirigida hacía un sector desfavorecido o marginado de la clase social ecuatoriana. En sus propias palabras: “precisamente dentro de un segmento socioeconómico poblacional en el que el único servicio público recibido había sido la cárcel, este primer momento concluye con el ‘replanteamiento de la legislación penal en marzo de 2009’”.⁸⁵

⁸³Ibíd., 68.

⁸⁴ Jorge Paladines, “La mano dura de la Revolución Ciudadana, 2007-2014”, en Máximo Sozzo, comp., *Postneoliberalismo y Penalidad en América del Sur*, 149-177 (Buenos Aires: Clacso, 2016), 160, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf/>.

⁸⁵ Ibíd., 166.

Es importante señalar que, según Paladines, la Asamblea Nacional promovió una reforma “que redujo la penalidad en los delitos contra la propiedad así como la prisión preventiva [...] se convirtió al robo en contravención [...] se establecieron doce medidas cautelares personales preferentes a la prisión preventiva para atenuar su abuso judicial”⁸⁶.

En el segundo momento que es el del estado de policía, Paladines analiza a través del acontecimiento del denominado 30S, en el cual hubo reivindicaciones por parte de la agencia de control policial, al gobierno del Presidente Correa. Establece que esta fecha es donde se da el “giro punitivo”.⁸⁷ Por otra parte, este autor reconoce que efectivamente hubo una campaña en contra de la reforma legislativa del 2009: “Se tachó al gobierno de estimular a la delincuencia y de promover su impunidad”.⁸⁸ Además, los medios de comunicación influyeron en la opinión pública al transmitir el discurso de más castigo a la criminalidad.

La clase media comenzaba a compartir el pánico moral de la clase alta, pues pudo observar en la reforma de 2009: i) una amenaza al proyecto político de la RC porque distorsiona los beneficios de la redistribución de la riqueza premiando a los criminales; ii) comienza a compartir el egoísmo de las clases altas en lugar de los valores de compasión y humanismo ante el resquebrajamiento de la propiedad privada; y, iii) siente que la victimización es más propensa en su clase que antes (Garland, 2007, 231-232).⁸⁹

En estas circunstancias, la Asamblea Nacional presentó en la contrarreforma las modificaciones que se realizaron anteriormente: se eliminaron las medidas de menor punibilidad. Paladines afirma que “Fue el presidente de la República quien sostuvo que a los constituyentes de Montecristi se les había pasado la mano con tanta norma garantista, reprochando por ende su ‘hipergarantismo’ ”.⁹⁰ En efecto, Ecuador creó las unidades de flagrancia con un solo fin: “multiplicar el número de casos que llegan a juicio y responder al clamor ciudadano de disminuir la impunidad y contribuir a la mejora de la seguridad”.⁹¹

El aumento veloz de la tasa de encarcelamiento, que venía en incremento dos años antes, se afianza más con la creación de las unidades de flagrancia y la “mano dura” del Ministerio del Interior en el combate al crimen, dando por sentado el carácter eficiente de la policía. En menos de cuatro años, la tasa por 100000 habitantes se incrementó de 73 (2010) a 165 (2014), es decir más del 120%. Entre 2010 y 2014 hubo 13.155 personas privadas de la libertad más. Su tendencia es mayor que la suscitada

⁸⁶Ibíd.

⁸⁷ Ibíd., 177.

⁸⁸Ibíd., 168.

⁸⁹Ibíd.

⁹⁰Ibíd., 169.

⁹¹Ibíd.

con el auge de la Larga Noche Neoliberal entre 2000 y 2006. Todo un récord histórico, pues nunca en la vida republicana del Ecuador se registraron tantos presos.⁹²

Por otra parte Paladines, explica que el estado de policía tiene otra característica importante: la modernización y creación de centros de detención en tres ciudades, Guayaquil, Latacunga, y Cuenca con un valor de 370 millones de dólares. Adicionalmente, el gran momento del estado de policía, de acuerdo con este autor, es la elaboración del nuevo Código Integral Penal (COIP). Paladines manifiesta que el COIP “es el símbolo de la penalidad de la Revolución Ciudadana porque promete ‘mano dura’ contra los delincuentes al aumentar el máximo acumulable de la pena a 40 años”.⁹³

El distintivo normativo de la penalidad en el momento del estado de policía es el Código Orgánico Integral Penal (COIP), [...] amplificando ahora la punitividad. Aglutina 270 delitos y más de 100 contravenciones de tránsito [...] su artículo 640 establece el denominado procedimiento directo para anticipar en diez días el juicio y la posible condena a las personas que cometen delitos flagrantes castigados hasta con cinco años de prisión.⁹⁴

El giro punitivo que ocurre el 30S se da en circunstancias en las que hay un incremento del delito. Además, se presenta un discurso autoritario por parte de las agencias policiales y agencias ejecutivas, hay un cierto etiquetamiento en los infractores, donde la mayoría es reincidente. Ilustrando a Bustos Ramírez, en este orden de ideas, lo que hace el poder punitivo es seleccionar a ciertos grupos marginados que no son parte del sistema, son controlados y aislados de esta manera se convierten en los desafortunados del sistema que sirven para legitimar el poder punitivo. Lo que hasta ahora se ha señalado con las afirmaciones de los tratadistas, es que las cárceles son mecanismos aparentemente de seguridad pública, con el giro punitivo concentrado en el encierro masivo de desafortunados o de chivos expiatorios.

En efecto, el sistema carcelario, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, me atrevería a pensar que se presenta como el patio trasero de la sociedad, pues ahí es donde se esconde el sufrimiento de las personas, la discriminación, el no respeto a dignidad humana, la discriminación y el irrespeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

⁹²Ibíd., 171.

⁹³ Ibíd., 174.

⁹⁴ Ibíd.

El Ecuador contaba en las décadas pasadas con un sistema penitenciario muy arcaico, Noriega⁹⁵ explica que no se contaba con condiciones de prelibertad y libertad controlada, tampoco se otorgaba rebaja de penas, “en años anteriores, las condiciones de hacinamiento llegaron al 250%”, lo que hacía imposible que en el Ecuador las personas privadas de libertad entraran en un proceso de rehabilitación social⁹⁶; un botón basta de muestra, el ex antiguo penal García Moreno, con sus 140 años de existencia, en el cual la violencia, la discriminación, la tortura, era la ocupación diaria de los internos.

El sistema penitenciario en la justicia ordinaria desde la perspectiva del poder punitivo, es sinónimo de represión y de hacinamiento, de castigo y de una simple retribución para las víctimas, es así que los legisladores establecieron en el artículo 55 del COIP, penas que van hasta los 40 años, “[...] lo que evidentemente provoca que ingresen al sistema carcelario más personas de las que salen, es decir las personas permanecen más tiempo (...) la solución de las autoridades a este problema es la construcción de más cárceles⁹⁷. Ya lo habíamos señalado anteriormente, el Gobierno invirtió 370 millones de dólares en nuevos Centros de Rehabilitación Social, “según las estadísticas a 2011, existen 42 Centros Carcelarios en el Ecuador⁹⁸”.

En ese contexto, conocemos que efectivamente el sistema penitenciario en Ecuador se modernizó, tuvo adelantos en buscar las mejores opciones y programas de reinserción del infractor, hoy se cuenta con un régimen progresivo, el sistema de rehabilitación y el sistema penitenciario, tienen objetivos con el fin de reincorporar y reintegrar a la persona privada de libertad en el seno de la sociedad, también en el actual Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 692 y siguientes hace referencia al Régimen General de Rehabilitación social.

Sin embargo, entre los años 2010 y 2014, había cerca de 14 mil personas privadas de libertad en los diferentes centros de rehabilitación social en el país.

⁹⁵Marco Noriega, *Sistema Penitenciario*, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/materialdeapoyo/SISTEMA%20PENITENCIARIO%20EN%20EL%20ECUADOR%20Dr.%20Marco%20Noriega.pdf>

⁹⁶Agencia de Noticias Andes, <http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-muestra-notables-avances-rehabilitacion-sistema-penitenciario.html>/ 3 de enero de 2017

⁹⁷*El sistema penitenciario del Ecuador ante la CIDH*, http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=40%3Ael-sistema-penitenciario-del-ecuador-ante-la-cidh&Itemid=42.

⁹⁸Marco Noriega, *Sistema Penitenciario en el Ecuador*, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/materialdeapoyo/SISTEMA%20PENITENCIARIO%20EN%20EL%20ECUADOR%20Dr.%20Marco%20Noriega.p>

En contraposición a la justicia indígena que no cuenta con un sistema penitenciario, ni tampoco con normas sobre el régimen penitenciario, además no tiene toda una infraestructura ligada al poder de represión o de control social, la justicia indígena hace hincapié en los procesos de diálogos entre las partes involucradas, con el fin de dar solución al conflicto, víctima, victimario y comunidad son parte de la solución. También la justicia indígena con sus procedimientos y principios de la cosmovisión andina, intenta lograr la cohesión social de todos los miembros de la comunidad, y ambiciona alcanzar la armonía y la paz de la comunidad.

La justicia indígena en el proceso restaurativo tiene su espacio y tiempo determinado, es efectivo e inmediato, el proceso de ejecución de penas no existe, en palabras de Zaffaroni, el conflicto no se alarga, el conflicto en la justicia indígena termina con la reparación simbólica a la víctima, el ritual es parte del juzgamiento y la sanación del infractor, este ritual de baño y de purificación es parte de los principios de la cosmovisión andina y del propio derecho indígena. Además, al final del proceso restaurativo, el infractor es reintegrado en el seno de la comunidad con el fin de mantener el control social del individuo y los lazos familiares y así evitar que vuelva a delinquir.

3. La reincidencia en el campo jurídico ecuatoriano

En nuestro ordenamiento jurídico, la reincidencia está contemplada en el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal (más adelante COIP):

Art.57 COIP: Reincidencia.- Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.⁹⁹

En este artículo están presentes tres elementos importantes. El primero hace referencia a la parte conceptual de la reincidencia cuando se reconoce la existencia de un nuevo delito ejecutado por una misma persona —y debe haber como requisito jurídico la existencia de sentencia ejecutoriada—. El segundo establece que dicha reincidencia debe ser específica y no generalizada, es decir, que el delito solo

⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, COIP, Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.

procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad, de dolo y culpa respectivamente. Por último, el tercero indica que la acción punitiva amerita, según la normativa, el obligatorio incremento o agravación de la pena de un tercio de la pena máxima prevista en el tipo penal y, finalmente, la reincidencia no está considerada en el tiempo, entre la condena y posterior delito.

Desde una visión social sobre el fenómeno de la reincidencia, se puede observar que la prioridad desde el legislador ha sido la de sentar precedentes punitivos para evitar la repetición de los delitos bajo el criterio de salvaguardar la paz pública y prevenir futuros delitos.

En el COIP, aunque no de forma explícita, se puede encontrar una referencia a la reincidencia en el artículo 630, número 2: Para la suspensión condicional de la pena, “Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia”; y el número 3 manifiesta: “Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado [...]”.¹⁰⁰ El término reincidencia también se encuentra en el artículo 725 del COIP: “Sanciones.- Se impondrán las siguientes sanciones dependiendo de la gravedad y reincidencia [...]”¹⁰¹.

Como es de dominio público, el COIP, que reemplazó al Código Penal, fue redactado y aprobado después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución del Ecuador; el tema de la reincidencia se despliega en un escenario contradictorio.

En este aspecto, es importante citar al tratadista García Falconi,¹⁰² sobre el agravamiento penológico del delincuente —es decir, de la institución de la reincidencia—, él piensa que se debería tomar en cuenta la base dogmática de nuestro legislador, teniendo en cuenta la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que son parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, lo cual podría contrariar normas constitucionales vigentes. Además, recalca que “la reincidencia desempeña un rol más que de precepto de concepto acerca de la personalidad del reo”.¹⁰³

En el Código Penal vigente hasta agosto de 2014, establecía la reincidencia en el artículo 77: “Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² José García Falconi, “Reincidencia Penal” (2012), <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/02/28/reincidencia-penal>>.

¹⁰³ *Ibíd.*

de haber cometido un anterior por el que recibió sentencia condenatoria”. Y los siguientes establecen el incremento de la pena, que va desde reclusión mayor extraordinaria, a una pena de reclusión mayor especial que puede llegar hasta los 25 años.

En el mismo Código Penal, en el artículo 85, “si el condenado, durante el tiempo indicado [...] nueva infracción, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que corresponda al nuevo acto cometido”, en cuanto al Código de Procedimiento Penal, en el artículo 175, en las prohibiciones, no se admitirá caución, “Cuando el imputado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública”. De esta manera, se puede analizar que las normas hacían referencia a la personalidad del delincuente, es decir de sus antecedentes personales, y por otra parte contradecía principios constitucionales, como el principio de no discriminación consagrado en nuestra Constitución.

Para mayor precisión de lo planteado, se citan dos artículos de la Constitución de la República del Ecuador (más adelante CRE), con el fin de notar que efectivamente la institución de la reincidencia va en contra de principios constitucionales. En su artículo 11 número 2, se señala que: “Nadie podrá ser discriminado por razones de [...] pasado judicial”¹⁰⁴. Este principio constitucional es muy claro, proteger al ciudadano de toda arbitrariedad del Estado en su facultad que tiene de punir al infractor. La reincidencia no se puede dar dentro de este marco garantista, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

Adicionalmente, en el Art. 76, número 7, letra i de la CRE, se establece que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”.¹⁰⁵ En este artículo se aplica el principio *non bis in ídem*.

Si se considera el principio de que la norma Constitucional prevalece sobre cualquier Ley, según lo que establece el artículo 424, no es menos cierto que, toda la política pública respecto de la seguridad ciudadana, hace prevalecer la normativa establecida en el COIP, y, por lo que se ha sostenido, la reincidencia se convierte en la *evidencia fáctica* que determina en última instancia el dictamen condenatorio por parte del juez.

¹⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008] ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

¹⁰⁵ *Ibíd.*

La Constitución en el artículo 201 establece que “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad [...] en la misma Constitución, en el artículo 202 “El sistema garantizará sus finalidades [...]” y en el artículo 203 “El sistema se regirá por las siguientes directrices [...] en su numeral 2 “En los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, [...]”¹⁰⁶.

Es necesario referirse a la exposición de motivos en el COIP, cuando señala que “las normas prevalecen en conformidad con lo que prescribe la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia de Tribunales internacionales, además que se honran compromisos internacionales [...] en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales [...]”¹⁰⁷. Sin embargo esta exposición de motivos que hace referencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal, está en contradicción con las normas establecidas en el número tres del artículo 630 y artículo 725 del mismo cuerpo, al referirse a la reincidencia.

En efecto, en el año 2009 antes de la vigencia del nuevo Código Integral Penal en agosto del 2014, algunos asambleístas ya se pronunciaban sobre el tema de la reincidencia en nuestro país, así pues, uno de ellos Henry Cují, del Movimiento Independiente Unidos por Pastaza (MIU) señalaba, “La reincidencia es un problema grave en el país y no ha sido tomada en cuenta en su real dimensión, por lo mismo es importante que el juez sepa la peligrosidad del procesado para poder actuar con más firmeza”¹⁰⁸, otro pronunciamiento anotaba la asambleísta del oficialismo Marisol Peñafiel “la reincidencia debe tornarse en un agravante más para la sanción de personas que delinquen una y otra vez, sin que esto les signifique las responsabilidades del caso”¹⁰⁹.

En ese contexto las normas sobre la reincidencia hacían directamente referencia, por un lado, a la peligrosidad del delincuente y su pasado judicial, y por otro lado, la reincidencia como agravante para la sanción, además las normas responden a un cierto sector de la población que pidieron más seguridad y mano dura

¹⁰⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

¹⁰⁷ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Nro.180, Quito, 2014

¹⁰⁸ Diario el Universo, “Fiscales deberán tomar en cuenta la reincidencia”, <http://www.eluniverso.com/2009/12/25/1/1447/fiscales-deberan-tomar-cuenta-reincidencia.html>

¹⁰⁹ *Ibíd.*

contra el crimen, también es menester citar el pronunciamiento de otro legislador del Movimiento Madera de Guerrero Enrique Herrería que “la reincidencia no solo debe aplicarse para los delincuentes con sentencia sino que debió ampliarse a quienes “entran y salen de las cárceles”, debido a que por muchas razones sus víctimas no suelen poner la denuncia”¹¹⁰.

Por lo expuesto, se puede establecer que la reincidencia según el COIP se basa en un incremento de la pena máxima en un tercio, además para poder acceder a una suspensión de la pena, el delincuente no debe representar ninguna peligrosidad y no contar con antecedentes personales, de esto se puede aseverar que la política penal representa una total discriminación hacía los infractores. En otras palabras se podría imaginar que quiere implementar la política de tolerancia cero, mano dura y mayor sanción.

En este escenario político social se da la reincidencia en nuestro ordenamiento jurídico, se creó un derecho penal de autor, en el cual, "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal”¹¹¹.

Coligiendo con lo anterior, y parafraseando a Roxin, se deduce que nuestro campo jurídico penal no asume principios propios de un derecho liberal, porque crea un derecho penal de autor, se crea la norma para prevenir futuros delitos, “[...] depende más de su personalidad que del concreto hecho individual”¹¹², lo que se confirma con los artículos 630 y 725 del COIP, que las normas va en contra de principios constitucionales, como por ejemplo el principio de no discriminación.

En efecto, nuestro Código Orgánico Integral Penal vigente desde el año 2014, desconoce principios Constitucionales que ya se había señalado, pero es necesario citar lo que establece el artículo 84, “[...] En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”¹¹³.

Es bueno creer que, como acto de buena fe, el Ecuador con el fin de evitar la reincidencia y dar un mejor tratamiento a las personas privadas de libertad, modernizó

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Bockelman, 1939,3 s, citado por Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*, “Derecho Penal del hecho y Derecho penal de autor”, editores, Civitas, 1997, 177.

¹¹² *Ibíd.* 177.

¹¹³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización).

y construyó nuevos Centros de detención, como el de la Roca de máxima seguridad, en la ciudad de Guayaquil, en Cuenca, Latacunga, con un inversión de 370 millones de dólares.

Sin embargo, al parecer la modernización y equipamiento en los Centros de Rehabilitación Social y los diferentes programas creados para una mejor reinserción e reintegración del infractor en la sociedad, no fueron suficientes en la prevención y disminución de la reincidencia, de ahí que, los diferentes medios de comunicación a nivel nacional y local informan a diario el problema de la criminalidad y la reincidencia en nuestro país.

En efecto, las cifras demuestran la alta reincidencia que tiene Ecuador, según Campaña Quinaucho, “El nivel de reincidencia elevada en el Ecuador se ubica en un 46% aproximadamente, es decir, que casi la mitad de las personas privadas de libertad de los centros de rehabilitación social, vuelven a entrar en conflicto con la ley”¹¹⁴.

Parafraseando al autor, para disminuir la alta tasa de reincidencia es necesario que se ejecute los programas de rehabilitación a todas la personas privadas de libertad, otro de los aspectos que pueden incidir en la reincidencia es según el autor es “[...] la falta de personal especializado y tecnificado para atender la demanda de privados de libertad [...] falta de un reglamento que regule y equilibre la disciplina en los Centros Penitenciarios [...] se suma la inseguridad interna que no puede ser controlada con el déficit de personal”¹¹⁵.

Además el autor manifiesta que: “La reinserción del delincuente debe ser considerada uno de los ejes primordiales de la rehabilitación social ya que ha sido considerada uno de los ejes causantes del desequilibrio del sistema de rehabilitación social por su nivel de reincidencia”¹¹⁶.

4. La reincidencia en el contexto de la justicia indígena

Al contrario de lo que sucede en el derecho ordinario, que proviene de un modelo vertical, en el derecho indígena se establece un orden horizontal, en el cual se desarrolla los siguientes elementos: un proceso de diálogo entre la víctima, victimario

¹¹⁴ Campaña Quinaucho Damián Guillermo, *La Rehabilitación Social y el nuevo modelo de gestión del Sistema Penitenciario aplicables a los CRS de Guayaquil y CRS de Cotopaxi en el año 2015*, Quito, 2015, 3.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*

y comunidad, con el fin de buscar la paz y la armonía de todos los miembros de dicha comunidad.

En el derecho indígena, el conflicto no es visto como una propiedad¹¹⁷, la víctima no es excluida ni tampoco el infractor. Según Boaventura de Sousa Santos, no es un modelo de exclusión radical, el otro existe; esa es la diferencia entre los dos modelos de reparación, son dos formas diferentes de resolver el conflicto: en el derecho indígena no existe el poder punitivo, pues no es jerárquico ni excluyente. La solución del conflicto se encuentra en las manos de los propios miembros de la comunidad, tanto de los afectados como del infractor; la reparación por el daño afectado a la víctima es simbólica, lo que se busca es la armonía y la paz de la comunidad.

[...] 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.

Si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió un 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.

Para el derecho positivo, mantener a alguien en la cárcel no solo es el inicio del proceso de hacer justicia sino también su culminación.¹¹⁸

Desde hace veinte años, la justicia restaurativa¹¹⁹ es empleada en las sociedades occidentales, basándose en las tradiciones indígenas de Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda. “Podría decirse que Irlanda es un país pionero en el uso de la Justicia Restaurativa, específicamente en lo que se refiere a la resolución de conflictos juveniles”¹²⁰.

Esta pauta nos sirve para hacer un referente de que la justicia indígena tiene valores intrínsecos restaurativos que son aplicados en resolución de conflictos como el caso citado de Irlanda. Además, nos permite aseverar que lo restaurativo en la justicia deviene de principios y valores ancestrales que se aplican en la justicia

¹¹⁷ Nils Christie, “Conflicts as Property”, en Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social I, El poder punitivo del Estado* (Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993), 87.

¹¹⁸ Elisa Cruz Rueda, citada por Christian Masapanta Gallegos, en “Derechos ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales”, 427.
<http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf>.

¹¹⁹ María Catalina Echeverri Londoño y Deidi Yolima Maca Urbano, “Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”, <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf>>.

¹²⁰ *Ibíd.*

indígena, y que hoy tienen mucha importancia en la aplicación en teorías como el de la justicia restaurativa.

Es necesario determinar los contenidos de la teoría de la justicia restaurativa en función de conocer sus principios básicos ligados a la justicia indígena, para entender como se ha procesado a través del tiempo los valores y preceptos en la implementación de la resolución de conflictos.

En efecto, la resolución de los conflictos en la justicia restaurativa ha permitido articular e involucrar a la víctima, victimario y comunidad, quienes asumen la corresponsabilidad de reintegrar al infractor en el seno de su propia comunidad e integrarlo a un espacio físico y social desde el cual debe responder positivamente el infractor en su reinserción.

Así pues, “la justicia restaurativa conlleva tres principios fundamentales que son la reparación, la participación de todas las partes involucradas, y el de transformación de los roles de la comunidad y del gobierno. Además, propone que el gobierno preserve el orden y la comunidad promueva la paz. Este principio cambia la forma en que se visualiza la relación entre la sociedad y el sistema de justicia, dándole poder a esta para prevenir y responder a la delincuencia.”¹²¹

Adicionalmente, se puede manifestar que esta teoría descansa en el principio¹²² de que la criminalidad se muestra como una ruptura entre los objetivos, aspiraciones, necesidades, sentimientos y conductas de diferentes individuos y grupos sociales. La particularidad de esta teoría es que:

La esencia de la criminalidad se asienta en el mal ocasionado, el cual abarca tres dimensiones: las víctimas, los delincuentes y la comunidad, lo que implica que para combatir la criminalidad hay que combatir el daño que se produce en las tres esferas. Asimismo, se enfoca a la restauración y el alivio de las víctimas, en lugar de la tradicional retribución del sistema penal que enfatiza lo incorrecto de la conducta del delincuente y la exclusividad de la atención profesional por parte del Estado.¹²³

Además, la siguiente cita nos conduce a entender de una manera más objetiva como los principios básicos de la justicia indígena son aplicados a espacios urbanos y no indígenas a través de que:

[...] la justicia restaurativa responde como un proceso alternativo al sistema tradicional de justicia, la comunidad les da un sentido de pertenencia e identidad a sus miembros. El respeto a los demás y la capacidad de entenderlos producen liderazgo y

¹²¹ Martha Frías Armenta, Fernanda Durón y Diana Castro, “Justicia restaurativa: evaluación de los factores comunitarios”, *Revista Mexicana de Psicología*, Volumen 28, Número 2 (julio 2011): 217-225, <<http://www.redalyc.org/pdf/2430/243029631010.pdf>>.

¹²² *Ibíd.*

¹²³ *Ibíd.*

el liderazgo no radica en el poder jerárquico que se impone sobre los otros, sino en la habilidad de expresar los sentimientos de las personas.¹²⁴

La idea de la justicia restaurativa se plantea, según Andreas Forer,¹²⁵ como un paradigma de los sistemas de responsabilidad penal que dista del entendimiento tradicional de la justicia retributiva. Añade que la justicia restaurativa fomenta la inclusión social de víctima y victimario mediante el desarrollo de procesos dialógicos, y con ello contribuye a la reconciliación social. De la misma manera, Braithwait habla de la teoría propuesta denominada “reintegrative shame” que:

Reivindica la emoción de la vergüenza como vía para que los infractores tomen conciencia del daño inferido a través de la desaprobación de su comportamiento [...] y que recibiría este calificativo de reintegradora porque no pretendería humillar ni estigmatizar, sino promover una toma de conciencia respetuosa con la persona a través de la desaprobación.¹²⁶

En palabras del mismo autor, la justicia restaurativa es un proceso de encuentro y diálogo; en este proceso se hallan involucrados la víctima, ofensor y sobre todo los miembros de la comunidad, “la reparación del daño a la víctima, la restauración del lazo social y junto con ello la rehabilitación del ofensor”.¹²⁷ Con similar criterio, “la justicia restaurativa busca una resolución acorde con las necesidades mutuas de la víctima, el ofensor y la comunidad, y se encarga de desarrollar actividades cuyo objetivo principal es reparar el daño a la máxima extensión posible”.¹²⁸

De lo expuesto, se puede establecer que en la justicia restaurativa lo que se quiere lograr es una solución pacífica, a través el diálogo, del que forman parte la víctima, el ofensor y la comunidad. Con esto se logra la reparación del daño a la víctima y la armonía de la comunidad; esta última juega un rol de mediador. Por otra parte, el ofensor asume sus responsabilidades para continuar siendo parte de la comunidad.

Además de tener principios, objetivos y soluciones, la justicia restaurativa también tiene propósitos; para Fionda¹²⁹ su principal propósito es restablecer el

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Andreas Forer, “Justicia restaurativa”, <www.justiciarestaurativa.org/news/reparacion-simbolica-mecanismo-eficaz-pata-la-justicia-restaurativa/>.

¹²⁶ María Catalina Echeverri Londoño y Deidi Yolima Maca Urbano, “Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Martha Frías Armenta, Fernanda Durón y Diana Castro, “Justicia restaurativa: evaluación de los factores comunitarios”, 217.

¹²⁹ *Ibíd.*

equilibrio entre las partes involucradas y resolver la situación de conflicto ocasionada por el delito. Cuando se produce un daño en la comunidad, este daño representa un mal, destruye la armonía y la paz de la comunidad; y mediante el proceso restaurativo se recupera la vida de la sociedad¹³⁰ y se restablecen los lazos familiares de todos los miembros de la misma comunidad. En realidad, lo que hace la justicia restaurativa es buscar la unidad de la comunidad.

Por otra parte y vista desde una “perspectiva comunitaria, el movimiento de justicia restaurativa puede entenderse como una respuesta basada en la reparación y la curación del daño ocasionado por el delito y la búsqueda de la estabilidad y el equilibrio en la comunidad”.¹³¹ Toda comunidad tiene objetivos en común, el quebrantamiento de estos principios sufrirían cambios dentro de su bienestar social; la justicia restaurativa requiere de la comunidad justamente para alcanzar estos objetivos, para construir el proceso. “Por lo tanto, la fortaleza de sus miembros ayudará a construir comunidades más firmes, justas y libre de violencia y criminalidad”.¹³²

La Organización de las Naciones Unidas define la justicia restaurativa como “una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades”¹³³. En estos términos, la justicia restaurativa logra alcanzar la paz interior de la comunidad y no alarga el conflicto —en palabras de Zaffaroni, el conflicto no está colgado—.

Braithwaite considera que “la justicia indígena se basa en una justicia restaurativa, es decir que es menos represiva que la justicia ordinaria”¹³⁴. Dentro de la justicia indígena, existe el proceso de avergonzar al infractor que cometió el hecho, esto se hace frente a los miembros de la comunidad. Al ser expuesto públicamente, el infractor recibe el castigo por parte de la comunidad; el castigo se transforma en una vergüenza de una manera reintegrativa y da como un resultado probable que el miembro de la comunidad no vuelva a cometer la infracción o vuelva a reincidir.

Además, otro aspecto importante en que se basa la justicia restaurativa es que el infractor no es separado de su comunidad y de sus lazos familiares, de su entorno o

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Jeniva, “Justicia restaurativa”, Club de ensayos (2013), <<https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/JUSTICIA-RESTAURATIVA/1290191.html>>.

¹³⁴ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), “CASO: Jhon Jairo Roser”.

de su núcleo familiar. Esto muestra que existe no solo un arraigo familiar muy importante sino también el arraigo a su propia comunidad, a sus valores, a su tierra.

Braithwaite explica que “el ofensor tiene que ser avergonzado de una manera reintegrativa, lo cual comprende la desaprobación y denuncia del comportamiento delictivo igual que ceremonias, palabras o gestos de remisión, para que forme una parte integral de la comunidad de nuevo”.¹³⁵ Lo decisivo es el fin y el proceso de avergonzar: el infractor debe sentir lo malo, que por lo que tiene que sentir la vergüenza no es su persona, sino su conducta y actitud.

Es importante señalar que hay principios fundamentales en la justicia indígena que guían el destino de la comunidad y que forman parte de la vida diaria de las comunidades; en la cultura kichwa, por ejemplo, están presentes: Ama Llulla (no mentir), Ama killa (no ser perezoso) y Ama Shuwa (no robar). Estos principios anticipan y previenen acciones negativas; es decir, no permiten violaciones de las conductas o normas que son parte de la comunidad, dichas conductas son aceptadas en consenso por todos los miembros de la comunidad.

Marés de Sousa nos recuerda que los pueblos ancestrales comparten valores y tradiciones milenarias, sus normas son aceptadas por todos los miembros de la comunidad, con el fin de convivir y encontrar la armonía de la comunidad. En sus propias palabras: “las relaciones de familia, propiedad, sucesión, matrimonio y crimen son, en una sociedad indígena, nítidamente reconocidas por toda la comunidad de tal manera que se establece un sistema jurídico complejo, con normas y sanciones”¹³⁶. Por lo tanto, la relación con las normas y los miembros de la comunidad está perfectamente establecida desde el inicio de la comunidad.

Adicionalmente, hay que señalar que la justicia restaurativa se rige por principios, que fueron propuestos y patrocinados por los National Institutes of Correction. Estos principios se citaron en el Informe del Secretariado General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Justicia Restaurativa, en 2002; son los siguientes:¹³⁷

- El delito es un acto que atenta contra las relaciones humanas.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Carlos Federico Marés de Sousa, “Autodeterminación de los pueblos indígenas”, *América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano*, Vol. LVIII, números 1-2, (1998): 306.

¹³⁷ María Catalina Echeverri Londoño y Deidi Yolima Maca Urbano, “Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”.

- Las víctimas y la comunidad ocupan un lugar central en los procesos de administración de justicia.
- La prioridad máxima en los procesos de administración de justicia es ayudar a las víctimas.
- La segunda prioridad es rehabilitar a la comunidad, en la medida de lo posible.
- El delincuente tiene una responsabilidad personal ante las víctimas y ante la comunidad por los delitos cometidos.
- La experiencia de participar en un proceso de Justicia Restaurativa permitirá al delincuente mejorar su competencia y entendimiento.
- Las partes interesadas comparten responsabilidades en el proceso de Justicia Restaurativa, colaborando entre sí para su desarrollo.¹³⁸

Efectivamente, las partes interesadas —víctima, ofensor, y comunidad— juegan un papel importante en la participación activa y voluntaria en el procedimiento. Su participación hace que, durante el proceso del diálogo, se encuentren las mejores formas para reparar el daño y las necesidades de la víctima, que pueden ser en función de su estado emocional.¹³⁹ Además, la participación del ofensor es voluntaria: “asume su responsabilidad frente al daño causado, ser incluido por la comunidad y satisfacer sus propias necesidades emocionales. Y finalmente las necesidades de la comunidad, se remiten al hecho de llegar a acuerdos y al apoyo que debe brindar tanto a la víctima como al ofensor”.¹⁴⁰

A partir de lo anterior, se puede plantear que la justicia restaurativa tiene una serie de beneficios:¹⁴¹

- Permite la optimización de la cohesión social.
- Posibilita que la comunidad cambie su mirada frente al ofensor y de esta manera lo conciba como parte integrante de ella.
- Permite una participación activa de la víctima, el ofensor y la comunidad, en la que estos pueden expresar sus emociones e ideas frente al daño causado.
- Facilita un proceso de identificación entre la víctima y el ofensor.
- Posibilita que el ofensor repare el daño, en lugar de recibir un castigo.
- Permite que tanto la víctima como el ofensor sean vistos como personas y no exclusivamente como alguien que recibe un daño y alguien que lo comete.
- Admite que la víctima, el ofensor y la comunidad recobren el control que fue perdido por la comisión del delito.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

- Facilita el proceso de construcción de comunidades más pacíficas.
- Permite la resignificación de la situación para cada una de las partes.
- Logra que exista una menor reincidencia en los actos delictivos.

Sin olvidar que “la Justicia Restaurativa ha estado presente a lo largo de los siglos como parte de los valores culturales de las sociedades tradicionales, en las que lo colectivo ocupa un lugar fundamental y del cual se derivaban tanto su sentido de vida como sus prácticas”.¹⁴²

De estas prácticas, la justicia restaurativa tiene su eficacia en cuanto a la resolución de conflictos, dado que lo que se busca es el bienestar colectivo, la paz, la armonía de la comunidad. Estos valores constituyen “pilares fundamentales de su existencia, [...] todos dependen de todos [...] los miembros de la comunidad, incluyendo víctima y ofensor, conserven su lugar dentro de esta. Es así como la restauración y la reparación constituyen procesos importantes para recuperar dicho bienestar y equilibrio”.¹⁴³

Además de todos los valores compartidos entre los miembros de la comunidad, existe un elemento importante, lo moral, “la moralidad se relaciona con la justicia [...] el desarrollo moral está relacionado con el modo en que los sujetos aplican los principios de justicia para resolver conflictos”.¹⁴⁴ La reparación a la víctima es de orden moral y simbólica, lo que importa es rencontrar la paz y la cohesión social de la comunidad y familiar. “En esta medida la culpa, sentida por el ofensor frente a la acción que irrumpía en contra del bienestar colectivo (el daño), constituye un elemento necesario para que exista la Justicia Restaurativa”.¹⁴⁵

La justicia restaurativa como instrumento de solución de conflictos tiene muchas ventajas: es rápida, no se extiende, facilita el diálogo, busca la solución entre la víctima, ofensor y la propia comunidad. La asamblea tiene el rol de mediador frente a los miembros de la comunidad; satisface las necesidades de todas las partes que están involucradas, sus juzgamientos tienen plena legitimidad y, algo interesante, al aplicarse la justicia restaurativa en la comunidad, esta viene a ser parte del grupo y, como objeto de conocimiento,¹⁴⁶ todos actúan bajo este procedimiento.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*

Coligiendo con lo precedente, Putnam señala que “las comunidades han funcionado como las fábricas de vida social estableciendo redes, normas y amistades que ayudan a sus miembros a actuar juntos más efectivamente y a perseguir objetivos en conjunto. La comunidad les da un sentido de pertenencia e identidad a sus miembros”.¹⁴⁷

Por otra parte, esta pertenencia e identidad a la comunidad conlleva a fortalecer lazos familiares, así pues “[...] las comunidades son vistas como los nichos de los procesos restaurativos, ya que en ellas estos procesos se conducen y se piensa que es en estas en donde se construye el proceso restaurativo”.¹⁴⁸ Parafraseando a los autores,¹⁴⁹ las comunidades con fuertes relaciones sociales son propensas a aplicar la justicia restaurativa, porque los lazos familiares permiten una garantía eficaz y una disminución de los infractores. De esta forma, se evita el peligro de que vuelvan a reincidir; sin estas relaciones sociales fuertes en la comunidad se acrecentaría el riesgo de delitos.

Si hubiera una falta de “cohesión social”¹⁵⁰ en la comunidad, se evidenciaría la transgresión del daño, lo que provocaría un malestar entre los comuneros y un cierto grado de sufrimiento. Esto se traduciría en una molestia y en baja autoestima “por una disminución moral del grupo en el sentido de que el ofensor ha decepcionado las expectativas de conducta social. [...] el transgresor no se comportó conforme a los estándares sociales, y como resultado se siente triste como una reacción por la pérdida de estos esquemas, [...] si la injusticia ocurre en el contexto de un endogrupo”.¹⁵¹

Además, no solo la disminución moral del grupo resulta afectada, sino que también hay un rompimiento del equilibrio emocional entre los miembros de la comunidad. Es decir, la armonía y la paz están en peligro, originando que la comunidad a futuro no tenga objetivos comunes. Es ahí que “mediante el proceso restaurativo se recupera la vida de la sociedad [...]”,¹⁵² por lo que “desde una perspectiva comunitaria, el movimiento de justicia restaurativa puede entenderse como una respuesta basada en

¹⁴⁷ Martha Frías Armenta, Fernanda Durón, y Diana Castro, “Justicia Restaurativa: evaluación de los factores Comunitarios”, 219.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*, 220.

¹⁵² *Ibíd.*, 221.

la reparación y la curación del daño ocasionado por el delito y la búsqueda de la estabilidad y el equilibrio en la comunidad”.¹⁵³

Lo analizado de la justicia restaurativa nos permite aseverar que la justicia indígena tiene razón de su existencia a través del tiempo, que sus principios, sus propósitos y una aplicación práctica aplicados a la resolución de conflictos, permite guardar el principio básico es el de la prevalencia de la comunidad y de la convivencia en paz, como el principal argumento para la aplicación de los procesos sancionadores, que ante todo buscan la armonía en el entorno societario de la comunidad, como el espacio vital del desarrollo de la vida misma de sus integrantes.

Ya se señaló anteriormente que la justicia restaurativa es empleada en las sociedades occidentales para la solución de conflictos, basadas en las tradiciones indígenas de Canadá, Estados Unidos, y Nueva Zelanda, como en el caso de Irlanda, sin embargo para Llasag, eso no significa que la justicia restaurativa es una justicia indígena, en vista de que difieren en los contextos históricos y políticos y en los principios que rigen la filosofía andina.

Cierto es que difieren las dos justicias, sin embargo desde mi óptica, la una como la otra están ligadas al proceso restaurativo de encontrar la solución al conflicto, de mantener la armonía de la comunidad a través el proceso de dialogo y las dos justicias responden a un modelo horizontal comunitario, que tiende a la cohesión social de la comunidad.

5. La armonía social indígena como resultado efectivo de la aplicación de los preceptos de la justicia indígena

Dentro de la cosmovisión de la justicia indígena, existe una purificación o limpieza de la persona que ha cometido el delito para que no lo vuelva a cometer. En una entrevista realizada a Alberto Santillán, ex presidente de la comunidad Camuendo, él lo reconoce: “Claro, nuestros Taitas antiguos han dicho que los baños rituales es mejor, porque en nuestro espíritu se compactan con los malos espíritus siguen caminando por esos malos caminos, entonces, cuando se hace un baño ritual y un latigazo dice que se aparta ese mal, entonces es bueno para nuestra comunidad o para el otro que vean esa situación y vayan en camino recto.”¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibíd.*, 223.

¹⁵⁴ Alberto Santillán, presidente de la Comunidad de Camuendo, entrevistado por Raúl Chávez, 26 de abril de 2016.

En efecto, los baños rituales han permanecido anclados fuertemente en las memorias de las comunidades como una práctica ancestral, han sido destinados para la purificación de los malos espíritus y para mantener la armonía y la paz de la comunidad. Para Baltazar Yucailla, la justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas. Señala que “El derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo con sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses”.¹⁵⁵

Las prácticas de abuelos y abuelas durante siglos han sido transmitidas de forma oral; así es como la justicia indígena ha conservado sus tradiciones y sus valores, y sobre todo ha permanecido en las tradiciones de las comunidades.

Mares nos señala que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, “es un instrumento de derecho internacional, que intenta salvaguardar, en la legislación y en la práctica, los derechos de los pueblos indígenas y tribales, para que estos puedan conservar sus culturas e identidad en el contexto de las sociedades nacionales donde viven”¹⁵⁶.

Parte de la cultura e identidad de los pueblos ancestrales es el derecho indígena; su aplicación está dentro del marco constitucional de justicia y derechos, intercultural, plurinacional. Baltazar Yucailla establece que “la justicia indígena es el sistema legal para solucionar conflictos que afecten la armonía y estabilidad de las nacionalidades y pueblos del Ecuador. Este sistema en ocasiones es conocido como derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, derecho originario y ley indígena”.¹⁵⁷

Para el mismo autor, la justicia indígena “es ágil, oportuna y dinámica porque es inmediata y beneficiosa aun en los conflictos graves o complicados, pues se busca solucionar el problema para la armonía de las nacionalidades y pueblos”.¹⁵⁸ Pese a estas consideraciones, la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia sobre el caso

¹⁵⁵ Rosa Baltazar Yucailla, “La justicia indígena en el Ecuador”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, eds., *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 452.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 308.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 452.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 454.

de la Cocha¹⁵⁹ resolvió a favor de la tesis de que la justicia ordinaria nacional debe ser la que resuelva delitos contra la vida.

Así es como resolvió la Corte Constitucional en el caso de la Cocha, sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, CASO Nro. 0731-10-EP en el punto 4 numeral a):

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”.¹⁶⁰

También estableció que “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”.¹⁶¹

Sin embargo, se evidencia la contradicción de la Corte Constitucional, al señalar que mantiene la jurisdicción de la justicia indígena, para resolver y solucionar conflictos de orden interno, y además en el punto b) “las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas aplicaran lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”. Es decir, por un lado limitan la jurisdicción de la justicia indígena para ciertos asuntos que ocurren en su territorio, mientras que por el otro lado reconocen la importancia de aplicar el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 OIT. En relación con esto, Llasag señala que:

[...] ni el artículo 171 u otra norma de la Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, ni el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT, tampoco la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas no limitan a la jurisdicción indígena el conocimiento de alguna materia, siendo competente para conocer todas las materias conocidas desde el derecho anglosajón.¹⁶²

La administración de la justicia indígena nace del seno de la comunidad, todas las normas son preestablecidas y respetadas por todos los miembros de la comunidad,

¹⁵⁹ Ecuador, Corte Constitucional, [Sentencia 113-14 SEP-CC], *Caso 0731-10-Ep (La Cocha)*, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/justicia-indigena/item/sentencia-del-caso-0731-10-ep-la-cocha.html>>.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² Raúl Llasag, “Administración de Justicia”, en *Derechos Colectivos y Administración de Justicia en el Estado Plurinacional e Intercultural*, 4, <http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/280709/dp-derechos_colectivos.pdf>.

y son parte de su propia organización social. García Serrano¹⁶³ realiza una investigación en dos comunidades específicas de la sierra central del Ecuador, explica que la administración de justicia ha tenido varios procesos. Primero nació el cabildo como una de las formas principales de organización dentro de una comunidad, con sus representantes, un presidente, vicepresidente, tesorero y secretario; este último realiza un trabajo importante, es el encargado de llevar las actas.

Posteriormente, terminada la colonización, aparece la comunidad como ente de organización de su territorio. Por lo tanto, los que van a administrar la justicia indígena serán los líderes que son electos por la gran asamblea general y que se convertirán en la instancia de máxima autoridad.

En la administración de justicia, todos los miembros de la comunidad reconocen las prácticas propias e inherentes a la organización. Para Llasag, el derecho propio se debe entender “como el conjunto de normas principios, valores, practicas, instituciones, conocidas y aceptadas por la respectiva colectividad, por tanto, de obligatorio cumplimiento, que les permite garantizar la armonía comunitaria o restablecer la misma”¹⁶⁴.

Además, el mismo autor señala que “el principio básico sobre lo que sustenta el mundo andino y la filosofía andina es la armonía entre la comunidad, naturaleza y energía cósmica: Ama llakichina (no agredir, no hacer daño); ama Shua (no robar); ama llulla (no mentir); ama muku (no avaricia); randy randy (solidaridad); Ama yalli charina (no codiciar), Ama Killa (trabajo)”¹⁶⁵. Llasag agrega que “Cuando un miembro de la comunidad transgrede un principio o una norma, el Derecho Propio pretende fundamentalmente retomar la armonía, por ello no se habla de castigos o penas, sino de curación o sanación”¹⁶⁶.

Marés de Sousa señala que los derechos propios de los pueblos indígenas: “Es el resultado de un acuerdo entre los miembros de la comunidad, y sobre este sistema está legitimado [...] todo lo contrario del Derecho Estatal, que es el fruto de una

¹⁶³ Fernando García Serrano, “No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: Comunidades de Chimborazo y Chibuleo”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, eds., *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 501-550 (Quito: Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 514.

¹⁶⁴ Llasag, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade y otros, ed., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, 179-210 (Quito: Corporación Editora Nacional/UASB, 2009), 38.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 79.

¹⁶⁶ Llasag, “Jurisdicción Especial Indígena y su respeto en la Jurisdicción Estatal” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007), 85.

sociedad profundamente dividida, donde la dominación de unos por otros es el primado principal, y el individualismo el marcado trazo característico”¹⁶⁷.

Ya se ha mencionado que un aspecto característico en las sociedades occidentales es el individualismo, no existen lazos fuertes en las relaciones sociales de los individuos, por lo que es más probable que el infractor reincida. Otro elemento importante, según Mares de Sousa, es que existe una gran diferencia entre el derecho indígena y el Estatal: “el Derecho de cada nación Indígena es “estable”, porque ha nacido de una praxis de un consenso social, no conoce instancia de modificación formal, se modifica en la praxis, en el Derecho Estatal, teniendo en el legislativo como instancia formal de modificación, está en constante alteración”¹⁶⁸. Es “estable” en el sentido de que “el derecho indígena está ligado a las prácticas culturales, es el resultado de una vivencia aceptada [...]”¹⁶⁹.

Ciertamente, el Derecho estatal obedece a cambios casi permanentes, está en constante evolución porque la sociedad se transforma, sus prácticas, sus modas están al orden del día. Por el contrario, la justicia indígena permanece con sus tradiciones y sus prácticas ancestrales, sus cambios generacionales no tienen mucha inferencia en los asuntos de la comunidad, hay que entender que no es una visión estática, más bien, tal como se señaló anteriormente es “estable” en el sentido que no hay reformas en sus procedimientos y aplicación de la justicia indígena.

Dentro de los preceptos de la justicia indígena, la comunidad es parte de la organización y de las reivindicaciones de pueblos ancestrales, no están sometidos a cambios generacionales. De acuerdo con Llasag, “los miembros de la comunidad comparten no solamente los hábitos, sino también valores, ideas, palabras, gestos, símbolos y trabajos [...] empezando con los padres, en la vida familiar, comunidad, en el último ámbito básicamente en las reuniones mingas, fiestas, asambleas. Por ello cada uno de los miembros conoce lo permitido y lo prohibido [...]”¹⁷⁰.

Anteriormente, hemos señalado los diferentes principios básicos del mundo andino, sin embargo para Llasag, existe “un principio fundamental que mueve la vida en la comunidad, es el Kushikuy Kawasay, traducido por algunos como “principio de

¹⁶⁷ Marés de Sousa, “Autodeterminación de los pueblos indígenas”, 308.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Llasag, “Justicia Indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad? La Cocha”, en Boaventura de Sousa Santos, ed., *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 321-372 (Quito: Fundación Rosa Luxemburg/ Abya-Yala, 2012), 328.

racionalidad o por otros como armonía entre el mismo ser humano, la familia, la comunidad y la naturaleza”¹⁷¹

En cada comunidad indígena existe una asamblea comunitaria que es la autoridad competente. Esta establece conductas, resuelve los conflictos, vela por los intereses de la comunidad y está encargada de mantener la paz y la armonía entre todos los miembros. Cuando sucede que en la comunidad hay conflictos, no se habla de infracción, sino del “llaki, de la tristeza, de la enfermedad”¹⁷². Además, el llaki, afecta “no solo al individuo, sino a la familia, por tanto a la comunidad y la naturaleza”¹⁷³

La comunidad al ejercer la justicia indígena, aplica sus principios que son parte de la organización social, todos son responsables del conflicto, la víctima, victimario, y la propia comunidad, resuelven el llaki, el sistema social de las comunidades, “no solo sirve para mantener el orden y control social”¹⁷⁴, también sirve como un sistema de poder que resuelve o exagera las cuestiones relativas a los intereses, derecho individuales y colectivos, obligaciones y produce conflictos”¹⁷⁵, hay que señalar que no es una cuestión de idealizar este sistema de control social al interior de las comunidades, sino que se le reconoce como tal, este sistema social de control comunitario es un modelo horizontal, familiar, todo lo contrario al sistema de control social del poder punitivo que responde a un modelo vertical, jerarquizado y colonialista.

En lo que respecta a la jurisdicción indígena, al hacer referencia al término autónomo, Mares manifiesta que “se puede contar excepciones, que solo hacen confirmar la regla, de pueblos que aun sin estado o sin territorio libre, tienen reconocido internacionalmente su Derecho a la autodeterminación, [...] la autodeterminación no es más que un derecho concedido y reconocido por la comunidad internacional”.¹⁷⁶ Marés revela que “Cada pueblo tiene reglas de convivencia social, que forman su derecho”, el derecho a sus autodeterminación, a su identidad, a sus prácticas ancestrales, “en estas reglas y en estas relaciones sociales

¹⁷¹ *Ibíd.* 328.

¹⁷² *Ibíd.* 329.

¹⁷³ *Ibíd.* 330

¹⁷⁴ Fernando García Serrano, “No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: Comunidades de Chimborazo y Chibuleo”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, eds., *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 501-550 (Quito: Abya-Yala/ Fundación Rosa Luxemburg, 2012),

¹⁷⁵ *Ibíd.* 509.

¹⁷⁶ Marés de Sousa, “Autodeterminación de los pueblos indígenas”, 314.

evidentemente está el derecho de someterse o no a las reglas de los Estados que los involucraron”¹⁷⁷.

La jurisdicción y la autodeterminación de los pueblos ancestrales vienen acompañadas de otro elemento que es el de autonomía; someterse o no a los Estados es la gran cuestión que se debería tratar en otros estudios sobre la justicia indígena. A propósito de esto, Hoekema expresa que alcanzar la autonomía interna implica “la existencia de un régimen nacional político-legal de devolución de poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales [...] así como poderes de participación [...] y en la forma de decisiones nacionales o provinciales que afecten la vida de un grupo específico de individuos [...] de un territorio específico”¹⁷⁸.

En ese contexto, la Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales, reconocen a los pueblos indígenas la administración de justicia indígena, su jurisdicción y su competencia, así pues, los pueblos indígenas desde varias décadas en nuestro país, han luchado por sus reivindicaciones y por su reconocimiento, para Hoekema, “se basa en el reconocimiento de que existe un sector social diferente del resto de la sociedad nacional, que en vista de su situación social o su historia, con debida razón reclama y obtienen el derecho colectivo de tener un espacio propio dentro del orden político”¹⁷⁹.

Otro aspecto de los preceptos de la justicia indígena es el elemento de la cosmovisión indígena, en el cual se percibe la relación que existe con el mundo de la naturaleza, de su entorno. El historiador Alfredo López Austin define la cosmovisión como “el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica”¹⁸⁰.

López Austin agrega que la cosmovisión indígena se basaría en una percepción religiosa de la naturaleza, “como el conjunto de creencias, valores, costumbres, de los pueblos indígenas y su relación con su entorno”¹⁸¹. La cosmovisión indígena tiene una fuerte relación “con la naturaleza, con el mundo agrícola, no existe una separación

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 315.

¹⁷⁸ André Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal igualitario”, en *América Indígena*, Vol. 1-2, (1998): 272.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 276.

¹⁸⁰ Alfredo López Austin, “¿Qué se entiende por cosmovisión indígena?”, <<http://es.slideshare.net/videoconferenciasutpl/qu-es-la-cosmovisin-indgena>>.

¹⁸¹ *Ibíd.*

como en el mundo occidental entre naturaleza y cultura, orden natural y orden social, individuo y sociedad”.¹⁸²

Dentro del pensamiento racionalista y filosófico sobre la cosmovisión andina y sus interpretaciones, Mario Blacutt define como cosmovisión andina, “la percepción que los grupos andinos tienen de las relaciones del Ser con el Cosmos, en un proceso de conocimiento que no está basado en teorías formales, sino en la creencia heredada y transmitida de generación en generación por los miembros del grupo”.¹⁸³ Adicionalmente, manifiesta que el postulado de la cosmovisión andina es que todo lo que existe está animado; sin embargo, según el autor, existen muchos pensadores racionalistas que rechazan esta clase de propuestas por considerar que no son “científicas”.¹⁸⁴

Según Blacutt, en la cosmovisión andina, “el individuo no existe como tal, el individuo es un sujeto comunitario, por eso es que no se puede identificar a un sujeto dedicado a la filosofía como una tarea diferente de las demás”.¹⁸⁵ Para este autor, en las sociedades actuales, el conocimiento milenario se ha desconocido e invisibilizado porque se considera que no tiene valor científico; además, las culturas andinas han sufrido la opresión de la cultura dominante “racionalista”.¹⁸⁶

Muchos años han pasado para que nuestro país, desde el año 1998 y 2008, con la Constitución de la República del Ecuador, reconozca plenamente la existencia de una diversidad, de un Estado de derechos y justicia, intercultural, plurinacional. Sobre todo, es necesario reconocer al Otro dentro de su propio sistema cultural y cosmovisión, para alcanzar la convivencia entre culturas y lograr al mismo tiempo una sociedad incluyente y diversa.

Reconocer al Otro con sus conocimientos y su propia cosmovisión es abordar el tema del respeto. Muchos tratadistas —como Boaventura de Sousa Santos, Raúl Llasag, Catherine Walsh, entre otros—, han expresado esto y han aportado con sus conocimientos y experiencias en sus publicaciones. No hay que olvidar que los pueblos y movimientos indígenas emprendieron su lucha por sus reivindicaciones a favor del respeto de la diversidad, frente a un pensamiento único, así como frente a una cultura

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Mario Blacutt Mendoza, “Algunas características de la Cosmovisión Andina (CA)”, En *El Desarrollo Local Complementario*, 378, <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2013/1252/caracteristicas-cosmovision-andina.html>>.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

dominante y racionalista dentro del aspecto filosófico y neoliberal en términos económicos. Dentro de la cosmovisión andina, la tierra o la pachamama, es parte de su vida misma, de su cosmovisión, de sus creencias, la tierra, la naturaleza y el individuo forman un todo, algo vital para el desarrollo de la vida.

Blacutt expone que “la tierra, como parte de la naturaleza no es solo un medio para sobrevivir, sino el escenario natural donde el Ser se realiza como tal. Esto es algo que racionalistas nacionales y foráneos por igual no entienden y los andinos quieren que la cosa quede entendido. Las chispas caen y la hoguera empieza a levantarse”.¹⁸⁷ Adicionalmente, explica que la racionalidad andina incluye un comportamiento que une la creencia con la realidad que esa creencia representa; no hay separación posible entre lo que se hace y lo que se cree. Para Blacutt, en el pensamiento andino la realidad está presente en el símbolo y este es usado en el ritual, para la cosmovisión andina:

El símbolo que se usa en el ritual devela la realidad misma. No es el concepto lo que interesa al andino, sino la expresión de la realidad a través del símbolo, el que hace posible que la realidad esté “presente”. El ritual no pretende una representación conceptual de la realidad sino una vivencia real de lo real. Pero, al obrar de esta manera, como bien lo señala Estermann, la racionalidad andina no pretende ser mágica, pues no tiene la intención de apoderarse de la realidad para manipularla, al estilo de las pinturas primitivas, sino que le permite revivir en sí, la vitalidad de la realidad misma.¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 379.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 380.

Capítulo dos

Sistematización de la investigación en las comunidades de la Calera y Camuendo de la provincia de Imbabura

1. Introducción

Para realizar el trabajo de investigación se optó por dos comunidades de la provincia de Imbabura en las cuales efectivamente hay precedentes de juzgamientos: en la comunidad de la Calera por un supuesto homicidio en el año 2012 durante las festividades del Inti Raymi, y en la comunidad de Camuendo¹⁸⁹, por infanticidio en el año 2011, los dos delitos fueron conocidos por la Fiscalía.

La experiencia que tienen estas dos comunidades en la aplicación de la justicia fue conocida por los ecuatorianos a nivel local y nacional a través los medios de comunicación, quienes hicieron eco de estos juzgamientos que fue tratado desde muchas ópticas en el campo jurídico y social del país.

Cabe señalar que la investigación se basará en los delitos contra la propiedad —como el robo, el hurto, la estafa, abigeato—, que serán analizados durante los años 2013 hasta el 2015, estos delitos son parte de las propias competencias y jurisdicción que tienen las comunidades, ellos pueden dar solución a estos tipos de conflictos bajo sus propios procedimientos ya establecidos.

No se realizará la investigación sobre todos los delitos contra el derecho a la propiedad que constan a partir del artículo 185 y siguientes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)¹⁹⁰, puesto que nunca han sido tratados estos delitos en las dos comunidades de Camuendo y de la Calera en la provincia de Imbabura.

De lo expuesto anteriormente, los delitos contra el derecho a la propiedad que no son parte de esta investigación son: extorsión, abuso de confianza, aprovechamiento ilícito de servicios públicos, apropiación fraudulenta por medios electrónicos, reprogramación o modificación de información de equipos terminales móviles,

¹⁸⁹ Se debe manifestar que estas dos comunidades seleccionadas formaron parte del trabajo de investigación que realicé en la Especialización Superior en Derecho Penal, por lo que ya mantuve contacto con los presidentes de las dos comunidades. Ellos me permitieron y me facilitaron la información necesaria para el trabajo. Para ello, es necesario mantener la confianza entre los miembros de la comunidad y de la propia asamblea comunitaria.

¹⁹⁰ Como el aprovechamiento ilícito de servicios públicos, apropiación fraudulenta por medios electrónicos, intercambio, comercialización o compra de información de equipos terminales o móvil, comercialización ilícita de terminales móviles, etc.

intercambio, comercialización o compra de información de equipos terminales móviles, reemplazo de identificación de terminales móviles, infraestructura ilícita, hurto de bienes de uso policial o militar, hurto de lo requisado, usurpación, ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras, receptación, comercialización de bienes de uso policial o militar hurtados o robados, daño a bien ajeno, insolvencia fraudulenta, quiebra, quiebra fraudulenta de persona jurídica, ocultamiento y otros actos fraudulentos en beneficio del fallido.

Es necesario precisar que en el trabajo de campo efectuado en las dos comunidades, los ex presidentes y también los actuales presidentes informaron que las actas levantadas en los juzgamientos de los delitos contra la propiedad no existen, debido, a que según manifestaron, “nosotros hacemos justicia indígena casa adentro”¹⁹¹. Para ellos estos delitos son menores y tiene la competencia de juzgar. En otros casos efectivamente si existen actas de juzgamiento, porque el delito fue conocido por las respectivas autoridades de la justicia estatal, tal como sucedió en el caso de la comunidad de Camuendo, en los delitos contra la vida, la quema de monte o violencia intrafamiliar.

En el caso de la comunidad de la Calera, fue la misma explicación por parte del presidente de la comunidad, existe un acta de juzgamiento en un delito contra la integridad sexual y reproductiva a una menor de edad y discapacitada, las partes involucradas no llegaron a un acuerdo, por lo que la asamblea y con el acuerdo de la familia de la menor, el ofensor pase a manos de la justicia ordinaria.

En efecto, si no existen actas en el juzgamiento de los delitos contra la propiedad, es porque las partes involucradas llegan a un acuerdo, el infractor repara y reconoce el daño ocasionado a la víctima y el conflicto se resuelve en paz y armonía.

De todos modos, una vez hecha la precisión es menester indicar que en “La práctica y el conocimiento sobre administración de justicia, y más conocido como *Derecho Indígena*, son los conocimientos, normas y principios que han sido conservados y transmitidos de generación en generación en forma oral”¹⁹². Lo cual apunta hacia la conclusión de que es esta la razón para que no existan actas de

¹⁹¹ Fernando Villagómez, ex presidente de la comunidad de la Calera, entrevistado por Raúl Chávez, 13 de abril 2016.

¹⁹² Santiago Trujillo Castillo, *La Justicia indígena*, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/04/21/la-justicia-indigena->

juzgamiento de los delitos de robo, el hurto, la estafa, abigeato en dichas comunidades, porque se resuelve en la misma comunidad y con las partes involucradas.

Por otra parte, al realizar juzgamientos en las comunidades, las autoridades tienen el apoyo y la confianza de todos los comuneros; en ellas se deposita toda la autoridad y los intereses de la comunidad, “la autoridad de un pueblo indígena, [...] de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es la asamblea de la comunidad. [...] la comunidad inviste de esa potestad a determinados miembros de ella, que elige y remueve libremente, generalmente por consenso, seleccionándoles por la confianza que inspiran su probidad, entereza y sabiduría”.¹⁹³ Por tanto, las autoridades son las llamadas a dirimir los conflictos, a buscar la paz y la armonía de la comunidad.

Debido a la dificultad para recolectar datos para esta investigación, por la falta del levantamiento de actas, se decidió mantener el testimonio oral de los presidentes y ex presidentes de las dos comunidades. De esta forma, se receptaron los testimonios orales las autoridades de las comunidades en la administración de justicia y en el conocimiento de los delitos investigados.

Se hace referencia a la comunidad de Chichico Rumi¹⁹⁴, porque dispone de información en su página web, referente a la investigación del tema de la justicia indígena, que se consideró importante tomarla como ejemplo para graficar este tema, así como la estructura del sistema de Justicia indígena de los pueblos: Maya de Guatemala; Tzeltal de México, Kuna de Panamá; de los pueblos indígenas de Colombia, Perú, Bolivia; y, en los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, coinciden los mismos principios en la administración de justicia en las comunidades. Además, existen elementos fundamentales para la aplicación y administración de justicia indígena, como: “los principios y valores, las normas, los mecanismos y procedimientos, las autoridades”. Sobre todo, “el diálogo, la discusión, el consenso y el acuerdo son los problemas conciliadores, compensadores y preventivos del conflicto, que permiten restaurar la paz y la armonía en la comunidad”¹⁹⁵.

Las autoridades indígenas de las comunidades velan por la defensa de los derechos humanos y colectivos; por el bienestar de los habitantes; por la paz, integridad y armonía de la comunidad; y, finalmente, “trabajan coordinadamente con

¹⁹³<https://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

las autoridades del estado para que no existan alteraciones en el campo económico, social, político y jurídico”.¹⁹⁶

El campo en el cual la justicia interviene es el de las jurisdicciones especiales indígenas; “es el étnico, es decir se puede dar conflictos de jurisdicción y competencia entre los pueblos indígenas, o entre personas no indígenas con indígenas”. Al respecto, Esther Sánchez Botero e Isabel Jaramillo Sierra en su libro *Jurisdicción Indígena* presentan siete casos¹⁹⁷:

Caso 1: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto B, ciudadano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren en el territorio de X.

Caso 2: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con un sujeto B, ciudadano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren fuera del territorio de cualquier pueblo indígena.

Caso 3: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con el sujeto B, ciudadano que no pertenece a ningún pueblo indígena. Los hechos ocurren en el territorio del pueblo indígena Y.

Caso 4: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con el sujeto C, perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren en el territorio de X.

Caso 5: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con el sujeto C, perteneciente al pueblo indígena Y. los hechos ocurren en el territorio de Y.

Caso 6: El sujeto A, perteneciente al pueblo indígena X, tiene un conflicto con el sujeto C, perteneciente al pueblo indígena Y. Los hechos ocurren en el territorio de Z.

Caso 7: El sujeto A, perteneciente al pueblos indígena X, tiene un conflicto con el sujeto C, perteneciente a Y. Los hechos ocurren por fuera de los territorios de X y de Y o de cualquier otro pueblo indígena.¹⁹⁸

Estos siete casos son resueltos por Esther Botero e Isabel Jaramillo, así:

- a) Si todos los individuos y todos los intereses en juego son los de un pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de ese pueblo, la jurisdicción radica en las autoridades del pueblo indígena.
- b) Si los involucrados con un indígena y un no indígena, en jurisdicción depende de que:
 - I. Los hechos estén regulados o no en ambos ordenamientos.
 - II. El grado de conocimiento que tengan los individuos de la comunidad en la que ocurrieron los hechos.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*

2. Datos generales de la comunidad de la Calera

La comunidad de la Calera²⁰⁰ está localizada en la parroquia San Francisco, al sur-este de Cotacachi. Esta limita al norte con la comunidad de San Ignacio; al sur, con la hacienda de San Martín y el Barrio la Victoria; al este, con el río Ambi; y al oeste, con el río Pichaví. Según el Sr. Fausto Gualsaquí, guía nativo de la comunidad La Calera, el poblado tiene una extensión aproximada de 4 km, de norte a sur, y 3 km de este a oeste.

Cuenta con una población indígena de 2000 familias, que profesan varias religiones: hay católicos —que son la mayoría—, cristianos, evangélicos, entre otros. El 85% está formado por población indígena y el resto de población mestiza, todos han nacido y han crecido en la comunidad. La comunidad está formada por lazos familiares, es decir de tíos, sobrinos, primos. Una de las actividades que sobresalen en la comunidad de La Calera es la extracción de cal; por este oficio el poblado adquirió su nombre.

La Calera es una comunidad que se caracteriza por ser muy organizada, producto de muchos años de esfuerzo de parte de dirigentes, personas y organizaciones que se han involucrado con sus pobladores en diferentes aspectos. Además, esto se debe al compromiso de todos los miembros que conforman esta comunidad.

En relación con las actividades económicas, la población se dedica principalmente a la agricultura: siembran fréjol, maíz, alverja, papas, habas y otros. Parte de sus oficios son las artesanías, actividad que realizan de forma familiar para el sustento diario; sus habitantes elaboran artículos en lana, cuero, tejidos, hamacas, pulseras y más. Existen otras personas que trabajan en las ciudades más grandes en busca de mejorar su situación; se dedican a actividades como la construcción, jardinería, obreros o empleados; mientras que otros optaron por viajar al exterior en busca de nuevas oportunidades.

²⁰⁰ “La Calera”, <<http://repositorio.uct.edu.ec/bitstream/123456789/153/1/LA%20CALERA.pdf>>.

3. Entrevista con Fernando Villagómez, ex presidente de la comunidad de La Calera

El señor Fernando Villagómez,²⁰¹ ex presidente de la comunidad de La Calera, tiene 51 años, es carpintero y originario de la comunidad, como sus padres y sus hijos. Para esta investigación, se tomó contacto con él para expresarle que se está estudiando casos de reincidencia en delitos contra la propiedad.

Esta entrevista se realizó a través un dispositivo electrónico, la grabadora, y el método utilizado fue el de pregunta abierta con el fin de ir abordando poco a poco el tema de la investigación. Se debe recordar que la palabra reincidencia no existe en la lengua kichwa. Para poder expresarlo, se debe decir volver a cometer, volver a repetir el daño a la comunidad por parte de uno de los miembros, afectando las relaciones sociales y la armonía de la comunidad.

Se debe señalar que el señor Fernando Villagómez estuvo en la presidencia de la comunidad de La Calera durante cinco años: desde 2010 hasta 2015. Adicionalmente, es una persona que tiene mucha experiencia en el campo; según él mismo cuenta: “Bueno, antes de mi llegada muchos malhechores querían hacer de las suyas en la comunidad [...]. La gente se sentía amenazada y con temor en sus propias casas, la propia asamblea puso las cosas en claro y como creyente cristiano no se puede amenazar, antes de nuestra llegada la comunidad de La Calera era llamada zona roja”.²⁰²

Se puede deducir, con lo dicho por el ex presidente de la comunidad, que hubo conflictos en la comunidad y, por tanto, se realizó la práctica de la justicia indígena. Este fue el caso de un homicidio durante las festividades del Inti Raymi en el año 2012, todo este conflicto interno de la comunidad salió a la luz pública a través de los medios de comunicación nacionales y locales. A esto responde el ex presidente sin ningún prejuicio: “bueno, en realidad, la justicia indígena no es para la exhibición de los demás, nosotros hacemos justicia indígena casa adentro, la justicia indígena es que reconozca lo que se realizó y encontrar la paz de la comunidad”.²⁰³

Como lo explica el ex presidente de la comunidad, la justicia indígena tiene sus propios códigos de conducta, no es parte del orden público. Es decir, no es necesario

²⁰¹ Fernando Villagómez, ex presidente de la comunidad de La Calera, entrevistado por Raúl Chávez, 13 de abril de 2016.

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ *Ibíd.*

que todos los casos de la justicia indígena pasen a conocimiento público o de la justicia ordinaria. Por esta razón, se puede sacar una pequeña conclusión de que, si no se pueden obtener actas de juzgamiento, se debe a su reserva y su procedimiento oral. La mayoría de los conflictos se soluciona puertas adentro con el fin de encontrar la armonía y la paz de la comunidad.

Otro aspecto por el que se tenía interés era conocer si existían, durante los años que estuvo a cargo de la presidencia de la comunidad, estadísticas de juzgamientos o de delitos contra la propiedad. Ante esto, el señor Villagómez señaló: “bueno, delitos hubo bastantes graves, hubo asesinatos, fueron a la justicia ordinaria, porque no tenemos como juzgar delitos mayores, no tenemos un respaldo de la ley, [...] antes había todo tipo de robos de vacas, chanchos, violaciones; hoy no vemos”.²⁰⁴

Con respecto a esta pregunta, es importante indicar que en la comunidad no se tiene conocimiento de la diferencia entre robo y hurto, tal como está tipificado en el Código Integral Penal.

Coligiendo con lo anterior, en el caso de robos o hurtos de animales, se preguntó cómo se castigaba o cómo era la sanción de la comunidad, a los infractores. Villagómez expresó: “la devolución de lo que se había llevado, antes se lo desnudaba a la persona y tenerla en la plaza principal, en los cinco años, que estuve presente se dieron unos ocho casos de juzgamiento por diferentes razones”²⁰⁵.

La respuesta del señor Villagómez tiene dos componentes: el primero es cuando se trata de arreglar conflictos, con la devolución del bien a su legítimo propietario; y el segundo está relacionado con la justicia restaurativa, que hace la relación de la vergüenza que siente la persona por el daño causado. Esto implica una restauración moral del causante y la reintegración a la comunidad, es decir que el conflicto está solucionado. Este proceso se ejerce al interior del grupo societario, sin necesidad del aislamiento del acusado de su propia relación comunitaria, todo lo contrario al poder punitivo.

La justicia indígena como modelo horizontal busca por un lado solucionar el conflicto y no criminalizar al ofensor, además en el proceso de purificación del infractor hay un elemento de orden moral que interviene: la vergüenza y la toma de conciencia del mal causado a la comunidad. Por otro lado, la justicia indígena busca que las partes en conflicto a través el proceso de dialogo, encuentren su satisfacción,

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

sus necesidades y su bienestar, “se enfoca a la restauración y el alivio de las víctimas, en lugar de lo tradicional retribución del sistema penal [...]”²⁰⁶

Otra pregunta que se planteó durante la entrevista fue si durante los períodos que tuvo el señor Villagómez como presidente de la comunidad (2010-2015), se volvieron a repetir los robos de animales, hurtos, algún daño, por parte de algún miembro de la comunidad. La respuesta del entrevistado fue: “hasta el día de hoy, gracias a Dios no hemos visto realmente nada, hay tranquilidad en la comunidad [...]”²⁰⁷

Quizás este es ya el indicador de que en realidad no existe reincidencia en la comunidad, dado que los infractores fueron sanados y la comunidad encontró la paz y la armonía. De eso es de lo que trata la justicia indígena, es una justicia restaurativa, en su relaciones sociales, es una justicia horizontal, en la cual todos los actores del proceso —es decir, la víctima, el ofensor y los comuneros— encuentran y satisfacen sus necesidades en beneficio de un bien común, que es la paz y la armonía de la comunidad.

Para continuar con el tema de los conflictos, durante la entrevista se interrogó si existieron juzgamientos en la comunidad cuando él estaba en funciones como presidente. El señor Villagómez manifestó lo siguiente: “alrededor de ocho casos, pero de los ocho fueron los tres más fuertes, el primero fue la violación de una niña discapacitada; un caso de muerte (2012), en el Inti Raymi; el maltrato a un comunero por parte de los comuneros, pandilla, que han venido de otra comunidad”²⁰⁸.

En los casos de juzgamientos en la comunidad de La Calera en delitos de robos, hurtos, estafas, abigeato, no se conservan documentos o actas de estos juzgamientos, como ya se mencionó; la resolución del conflicto se hace con las partes involucradas, tampoco hay un levantamiento de acta de todo el proceso, es oral y de igual manera hay el baño ritual y la purificación de acuerdo con la cosmovisión andina.

El señor Villagómez, como autoridad de la comunidad de La Calera, señala que la comunidad intervino en casos de delitos contra la propiedad, con el fin de que se pudiera recuperar la armonía de todos los miembros de la comunidad y la paz. Ante la pregunta de si se repitieron los delitos contra la propiedad, la autoridad aseveró: “No,

²⁰⁶ Martha Frías Armenta, Fernanda Durón y Diana Castro, “Justicia restaurativa: evaluación de los factores comunitarios”, *Revista Mexicana de Psicología*, Volumen 28, Número 2 (julio 2011): 217-225, <<http://www.redalyc.org/pdf/2430/243029631010.pdf>>.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

en realidad, aunque parezca admirable valió la pena en que nosotros estemos, y puesto las cosas en claro, los que han cometido robos ahora trabajan y tienen familia [...]”²⁰⁹.

Es muy interesante verificar conforme a la respuesta de Don Fernando Villagómez, que efectivamente no se da la reincidencia cuando se aplica la justicia indígena restaurativa. El fin es encontrar y devolver la paz a los miembros de la comunidad, recuperar la armonía, reparar el daño ocasionado a la víctima y mantener los lazos familiares de toda la comunidad.

Ya se había explicado precedentemente que la justicia indígena, aparte de ser una justicia restaurativa, es reintegrativa. El infractor, una vez sancionado, sanado, purificado, sigue perteneciendo a la comunidad, no es aislado. Todo gira alrededor de sus lazos familiares que tiene con la comunidad, una relación horizontal conformada por sus relaciones sociales y sus códigos de conducta, que tiene la misma comunidad. Posiblemente, esta es la respuesta: si el infractor no es aislado y siente que puede reparar los daños sin perder los lazos con su comunidad y su familia, es posible evitar la reincidencia.

Por otra parte, otro aspecto que se pudo concluir por medio de la entrevista es que las personas que cometían delitos no tenían un vínculo tan fuerte con la comunidad: “la gente que robaba no tenía familia”.²¹⁰ Esto se puede interpretar como que el infractor es más propenso a delinquir cuando efectivamente no tiene lazos familiares y se encuentra en total aislamiento de la comunidad o no es parte de ella.

4. Sistematización de la investigación en la comunidad de Camuendo- San Pablo, Cantón Otavalo

Esta entrevista fue efectuada al señor Alberto Santillán, que fue presidente de la Comunidad de Camuendo durante los años 2013, 2014 y 2015. Se debe señalar que el actual presidente de la comunidad es el señor Miguel Males, quien estará en sus funciones durante el año 2016.

También se realizó una entrevista al señor Miguel Males, el 15 de mayo de 2016. En ella, señaló que efectivamente es el actual presidente de la comunidad, pero que no podía proporcionar ninguna información de los casos de juzgamiento que han sucedido en los años anteriores en la comunidad, dado que apenas comenzaba su

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.*

trabajo y que, además, no sabía si existían actas levantadas en los casos de juzgamiento.

Por esta razón, la entrevista fue hecha al ex presidente de la comunidad, don Alberto Santillán,²¹¹ quien proporcionó la información necesaria para esta investigación de campo. El método utilizado fue el de la entrevista, por medio de grabación. Las preguntas fueron abiertas con el fin de conocer más ampliamente sobre sus preceptos de la justicia indígena en una aplicación práctica al interior de la comunidad y comprobar si hubo o no miembros de la comunidad que volvieron a cometer (reincidir) alguna infracción.

5. Datos generales de la comunidad de Camuendo

La comunidad de Camuendo está situada al occidente del cantón Otavalo, provincia de Imbabura. Bordea las riberas del lago San Pablo, de una belleza extraordinaria, y la imponente del cerro “taita” Imbabura. Su población es de alrededor de las 2500 familias; la comunidad está compuesta por una mayoría indígena. La mayoría de los comuneros pertenece a la religión católica; otra parte, a la evangélica; y a la Iglesia de los Últimos Santos.

En relación con las actividades económicas, la mayoría de sus miembros se dedica a trabajos en la construcción en la ciudad de Otavalo; además trabajan la tierra con sus plantaciones tradicionales, los jóvenes estudian en la propia comunidad y otros van a Otavalo. La comunidad está estructurada bajo los principios de la Asamblea comunitaria: el cabildo está compuesto por el presidente, vicepresidente, secretario síndico y vocales.

Don Santillán recuerda que en el año 2014 hubo un juzgamiento de tres miembros de la comunidad, por el hecho de que quemaron el páramo (sin intención, se quemó el páramo porque estaban preparando la tierra para nuevos cultivos). Fueron juzgados por la Asamblea frente a los medios de comunicación del cantón Otavalo, con el fin de que las autoridades competentes de la justicia ordinaria, entre ellos el Fiscal y el Ministerio del Medio Ambiente, declinen su competencia y quede el asunto en manos de la comunidad, en este caso si hubo una acta entre la comunidad y la Fiscalía.

²¹¹ Alberto Santillán, presidente de la comunidad de Camuendo, entrevistado por Raúl Chávez, 24 de abril de 2016.

6. Entrevista con Alberto Santillán expresidente de la comunidad de Camuendo

Para comenzar la entrevista, se buscó precisar algunos datos, como la religión en la comunidad, dado que es importante señalar que la religión está presente y es una parte importante de la vida de los comuneros. Ligado a esto, según don Santillán: “La religión Católica está presente, la Evangélica y la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días”.²¹²

En relación con el porcentaje de practicantes de cada religión, don Santillán manifestó que existe un porcentaje igual entre la religión católica y evangélica. Además, aseveró que no existe conflicto en la comunidad en las relaciones entre religiones: “No ha habido mucho, más o menos. Antes sí hubo discusiones por la religión pero hemos explicado que la religión no puede estar contrapunteando contra el otro, sino que, digamos, que es el mismo Dios que tenemos que tener y el mismo Dios que estamos pidiendo, entonces debemos captar la misma religión, para seguir el mismo ritmo”.²¹³

Claramente se puede constatar que las religiones conviven en paz entre comuneros, no existe rivalidad alguna, lo importante es que haya respeto entre los miembros de la comunidad. Lo que les interesa, sin lugar a dudas, es que exista un equilibrio entre todos: la paz y la armonía es fundamental en las relaciones sociales de todos los que hacen parte de la comunidad.

Con el fin de profundizar un poco en el conocimiento de la comunidad, se preguntó por el tema de la educación; ante esto, don Santillán señaló que “en la Comunidad se quedan la mayoría, y el 10 por ciento va a la ciudad de Otavalo”.²¹⁴

Las funciones de presidente de la comunidad duran un año; sin embargo, don Santillán fue renovado por tres períodos, 2013 hasta 2015. Se consultó si, durante sus tres períodos, se realizaron juzgamientos en cuanto a los delitos de robos, hurtos, estafas, problemas de límites entre comuneros, etc. Al respecto, el entrevistado indicó: “Bueno, entre la comunidad por límites de terrenos, no ha habido mucho, pero hemos solucionado entre las familias y los herederos. Hemos hecho, como le hacemos entonces, pero sí hemos solucionado. Ha habido un 5% así no más. Parte de problemas de robo y hurto no ha habido mucho”.²¹⁵

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ *Ibíd.*

Como se manifestó anteriormente, no establecen una diferencia entre robo y hurto; la interpretación y análisis de los delitos es lo que marca su gravedad. A partir de esto se determina cómo se sancionará al infractor; para ello, establecen el juzgamiento y las sanciones a través de sus rituales. El propio ex presidente explicó que “hemos hecho eso, es lo que ve la gente o las autoridades que ven que estamos haciendo un poquito medio mal, pero para que ellos comprendan con esa sanación van mejorando su vida o que ellos vayan en camino recto, hemos hecho con esa forma, el baño ritual, el latigazo”²¹⁶.

Complementariamente indica que “los delitos contra la propiedad que han sido los más frecuentes, han sido los hurtos, robos de la casa, robo de animales, que han sido juzgados por la asamblea comunitaria”. Para estos casos y basándose en el principio de buscar la paz y sanar al infractor, de tal forma que no vuelva a delinquir, don Santillán explica: “Sí, antes lo hicimos, en parte del 2013, en esa situación sí hemos juzgados y hemos regresado a los animales a los dueños, y a los culpables les hemos hecho el baño ritual para que vayan sanando, en rectos caminos”²¹⁷.

Lo importante es conocer que no existe reincidencia debido a la aplicación de los rituales de la justicia indígena, basada en los principios de la justicia restaurativa, y que superan esta problemática desde un juzgamiento interno con control comunitario y de integración familiar.

No se debe olvidar que toda la sanción está basada en la legitimidad que tiene la asamblea, pues son ellos los que detentan el poder para sancionar, sus decisiones tienen el carácter de juzgado, todos los miembros que pertenecen a la asamblea deben estar presentes. En palabras del ex presidente: “Sí, hacemos una asamblea y ellos deciden qué tenemos que hacer. Entonces, proponemos hacer y mostramos lo que tenemos a la reunión de la asamblea, y ellos dicen hagamos esto y hacemos entonces baños rituales, digamos ortigas; entonces hemos hechos en esta forma para que el causante vaya sanando”²¹⁸.

En cuanto al cometimiento de delitos, es preciso señalar que, muchas de las veces, los infractores no pertenecen a la comunidad, vienen de otras comunidades cercanas a ella. Una vez atrapados, los infractores han sido juzgados por la asamblea. Los delitos perpetrados son sobre todo el hurto o robo de las casas de propiedad de los

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*

comuneros, que las dejan al ir a trabajar en la ciudad o en el mismo campo, o haciendo la minga. En palabras de don Santillán:

De afuera, no son los mismos de la comunidad, entonces hemos propuesto para que venga las autoridades de la justicia ordinaria, para que vean cómo le hacemos en nuestra comunidad. Y después hemos entregado en manos de la autoridad para que ellos también hagan su justicia. No hemos hecho pasando de la justicia ordinaria, hemos hecho captando entre la justicia ordinaria y la justicia indígena para que no tengamos problemas.²¹⁹

Ahora bien, ante la pregunta central de esta investigación, que es saber si volvieron a delinquir o a reincidir en estos tipos de delitos, la respuesta es muy clara:

Claro, nuestros Taitas antiguos han dicho que los baños rituales es mejor, porque en nuestro espíritu se compacta con los malos espíritus siguen caminando por esos malos caminos, entonces, cuando se hace un baños ritual y un latigazo dice que se aparta ese mal, entonces es bueno para nuestra comunidad o para el otro que vean esa situación y vayan en camino recto.²²⁰

Por lo tanto, una vez realizados los baños rituales, al ser avergonzado ante los miembros de la comunidad y no ser aislado, el infractor no reincide. Desde el enfoque de la justicia restaurativa, la justicia indígena, a través sus códigos morales, sus relaciones sociales que mantienen los comuneros y basados en su cosmovisión propia, logran que el infractor no reincida. Adicionalmente, consiguen que la comunidad encuentre la paz y la armonía de todos sus miembros.

La comunidad es íntegra en el mantenimiento de sus tradiciones y sus formas de valorar un castigo o una sanación; lo hacen en conformidad con su cosmovisión indígena, con el fin de recuperar la paz y la armonía de la comunidad.

7. Sistematización de los delitos contra el derecho a la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en las comunidades de La Calera y de Camuendo

En esta investigación socio jurídica es necesario incluir las siguientes consideraciones, por una parte, se partió del principio básico de que la justicia indígena es de tradición oral, por otra parte, en esta investigación, para la obtención de datos en las comunidades indígenas, se utilizó el método cuantitativo, en cuanto a las estadísticas que se utilizaron para sistematizar los delitos y cualitativo, por medio de la técnica de la entrevista a los presidentes de las dos comunidades, objeto de nuestro estudio, quienes aportaron con su experiencia y sus conocimientos tradicionales y

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

orales para esta investigación, se aplicó preguntas abiertas con el fin de llegar a entender mejor el procedimiento de la justicia indígena, sus tradiciones, su cultura, sus preceptos y principios de la cosmovisión andina, entendiendo que la investigación socio jurídica es: “[...] el conjunto de supuestos epistemológicos e instrumentos metodológicos que se deben utilizar para formular el Derecho, a partir de una concepción fáctica del mismo”²²¹.

De ahí que esta investigación de campo sirvió para valorar lo cognoscitivo y la cultura de estas dos comunidades, su derecho a transmitir, a través de la palabra y de generación en generación sus tradiciones y conocimientos ancestrales y la información sobre los delitos estudiados en estas comunidades que fueron transmitidos en forma verbal por parte de los presidentes de las comunidades.

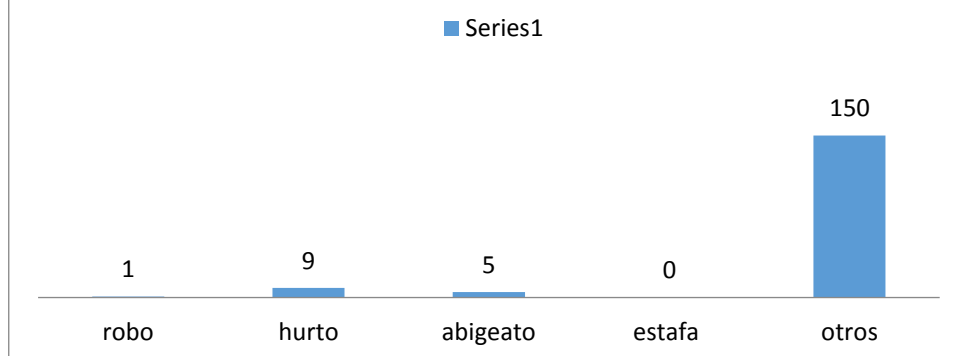
Es necesario señalar, que el alcance que tiene esta investigación, es solo para las dos comunidades donde se realizó la investigación; no se puede generalizar el caso hacía otras comunidades indígenas del Ecuador. El enfoque que prima es la resolución del conflicto desde lo restaurativo, como mecanismo para evitar la reincidencia.

7.1. Cuadro de los delitos contra el derecho a la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en las comunidades de La Calera y de Camuendo, 2013 hasta 2015

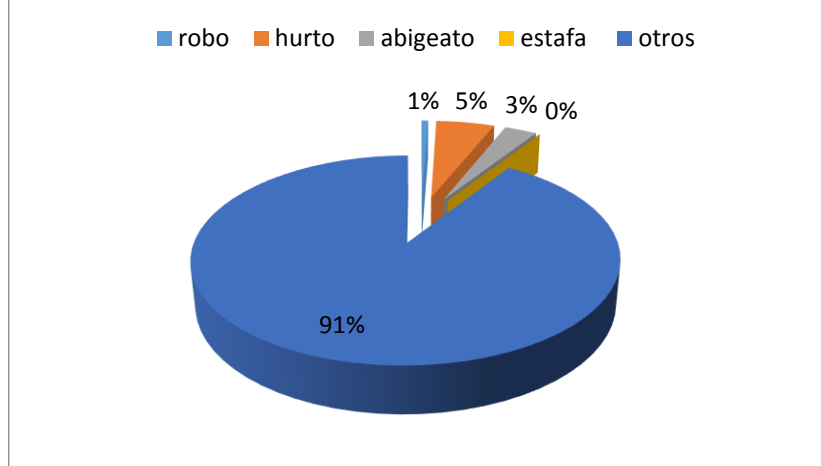
Tabla 1

²²¹ Giraldo, citado por Norhys Esther Torregrosa Jiménez, Rodolfo Torregrosa Jiménez, *la Investigación Socio Jurídica*, “La Investigación Socio-jurídica una función prioritaria en la formación de los abogados y abogadas del Siglo XXI en Colombia”, <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/28/Editorial.pdf> /consulta 31.12.2016

Delitos contra la propiedad en la justicia indigena en las dos Comunidades 2013-2015



Justicia Indígena 2013 - 2015



Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar en el cuadro, de los quince casos de este tipo de delitos, uno perteneció a robo; 9, a hurto; y 5 a abigeato. Es decir, la mayoría, compuesta por el 60%, está relacionada con hurtos; mientras que robo (6,66%) y abigeato (33,33%) están presentes en una menor proporción. Además, se debe mencionar que no hubo ningún caso ligado a estafa. La forma en la que las asambleas comunales resolvieron estos casos fue devolviendo los bienes a sus propietarios y con la aplicación de rituales de sanación conforme a la gravedad del delito (baños con ortigas, latigazos, trabajo comunitario).

7.2. Análisis de la no reincidencia en las comunidades de la Calera y Camuendo

En el caso de la reincidencia para el mismo período de los años 2014 y 2015, se determinó que el nivel de reincidencia es cero. En otras palabras, aquellos que fueron sancionados no volvieron a delinquir. Con esto se puede confirmar, en **estos** casos, que el procedimiento comunitario de la justicia indígena desde el enfoque restaurativo logra su fin: reintegra a los miembros de su comunidad y evita que vuelvan a ocasionar daño alguno a la propiedad privada. De esta forma se reestablece la armonía y la paz al interior de la comunidad.

A esto es necesario resaltar las razones por las que las autoridades indígenas consideran que no hay reincidencia. A la pregunta, si hubo o no reincidencia en la comunidad de la Calera, su presidente, Don Fernando Villagómez respondió: “hasta el día de hoy, gracias a Dios no hemos visto realmente nada, hay tranquilidad en la comunidad [...]”²²². Sin embargo se insistió en la pregunta y dio su respuesta: “los jóvenes y personas que han delinquido, no vuelve a cometer infracciones, es porque fueron expuestos a la comunidad, ahora tienen recelo”²²³, por mi parte pedí que me explicará el significado de la palabra “recelo” y contesto: “es la vergüenza, causa vergüenza, ante la comunidad, ante el cabildo, y también ante el resto de las personas, [...]”²²⁴.

En palabras de Villagómez, la comunidad vive basado en los principios fundamentales de la cosmovisión indígena de Ama Llulla, (no mentir), Ama killa, (no ser perezoso), Ama shuwa (no robar), tres principios esenciales dentro de éstas comunidades, que rigen en su convivencia armónica comunal y con el resto de la sociedad. Para Villagómez existen razones fundamentales para que las personas que delinquieron no vuelvan a hacer: primero “ las personas que delinquieron se les hace un trabajo psicológico si se podría llamarse, se les hace reconocer la falta que cometieron, una vez que ellos reconocen la falta que cometieron, se empieza a trabajar en lo que se llama justicia indígena”²²⁵, se debe entender que existe un acompañamiento por parte de la comunidad y el cabildo a los infractores, “en primera instancia se hace con el cabildo [...] si es una falta grave, se podría utilizar la asamblea

²²² Fernando Villagómez, ex presidente de la comunidad de La Calera, entrevistado por Raúl Chávez, 13 de abril de 2016

²²³ *Ibíd.* 5 de enero 2017

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ *Ibíd.*

general, que es la máxima autoridad de la comunidad, nos dice lo que hay que hacer con cualquier persona que ha delinuido”²²⁶.

Segundo, en el procedimiento de la justicia indígena se utiliza el baño, y la ortiga, manifiesta que: “el baño es el ritual, no es un castigo, porque a veces creemos que con hacer un baño ha pagado la culpa no es así, más bien dentro de la cosmovisión indígena el baño es la purificación del cuerpo, del alma, para que las malas energías o algo que tenga dentro de él, no vuelva a cometer el error”²²⁷.

En esta segunda razón se da a entender que, si el infractor ya está purificado no vuelve a cometer el delito, por tanto, no hay reincidencia en la justicia indígena, y por la exposición del infractor ante toda la comunidad, pasa vergüenza y la tercera razón es de orden familiar, el infractor no desea que su familia sea igualmente expuesta ante la mirada de los comuneros; para Villagómez “la familia es un pilar, la vergüenza que pasa todo la familia”, se nota que los lazos familiares priman ante todo para evitar la reincidencia y encaminarle al infractor en la reinserción en el seno de la comunidad.

La palabra reincidencia en la comunidad tiene una connotación con la palabra “necedad, terco”²²⁸, además la reincidencia en la justicia indígena, es cualquier delito que cometa el infractor, no es específico, “son diferentes faltas, falta es falta”²²⁹, queda claro que la reincidencia en la comunidad, es todo tipo de falta o delito.

De ahí, se resume, que las razones por las que las autoridades indígenas consideran que no hay reincidencia son: la primera porque son expuestos a la vergüenza, la segunda porque reconocen el error cometido, y la tercera porque el infractor no quiere que la familia sea avergonzada nuevamente ante la comunidad.

Por su parte, el presidente de la Comunidad de Camuendo, Don Alberto Santillán, a la pregunta de la reincidencia respondió: “[...] cuando se hace un baño ritual y un latigazo dice que se aparta ese mal, entonces es bueno para nuestra comunidad o para el otro que vean esa situación y vayan en camino recto”²³⁰.

Con esto se puede afirmar, que en estos casos, el procedimiento comunitario de la justicia indígena logra su fin: reintegra a los miembros de la comunidad en su espacio físico y social, además evita que se reproduzca el mal ocasionado a todos los

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ Alberto Santillán, presidente de la comunidad de Camuendo, entrevistado por Raúl Chávez, 24 de abril de 2016

integrantes de la comunidad y se reestablece la armonía y la paz al interior de la comunidad.

También se entrevistó al actual presidente de la comunidad de Camuendo, para conocer las consideraciones por las que no se da la reincidencia. A la pregunta a Don Francisco, ¿por qué no vuelven a cometer el delito o el robo?, responde que “se les dice que tengan cuidado por la vigilancia que tiene la propia comunidad”²³¹, y ¿por qué no vuelven a cometer?, “primero es por la purificación, se le ortiga, se le baña, su espíritu maligno ya está natural esta normal”²³², como se puede analizar de esta respuesta, el ritual tiene mucha importancia para que no vuelvan a cometer el delito, se puede apreciar que de igual manera, mediante el ritual el espíritu del infractor tiene su sanación.

A la pregunta, ¿cuál sería otra razón para que no vuelvan a cometer el robo?, responde que “con el castigo tiene miedo de volver a hacer, le decimos que si volvemos a cogerle no será lo mismo, sino que la próxima vez la asamblea decidirá que hacemos”²³³, vemos que es el mismo procedimiento que en la comunidad de la Calera, se hace el llamado a la asamblea para decidir la suerte del infractor.

Las razones por las cuales no vuelven a cometer el delito, según Don Francisco, es por temor a ser avergonzados ante la comunidad, otra razón sería el de ser castigados más severamente y ser entregados a las autoridades ordinarias,

Es menester, dejar en claro que la investigación tiene su validez o su alcance en estas dos comunidades de la Calera y de Camuendo del norte del país, en cuanto a la hipótesis planteada en esta investigación a saber que: no hay reincidencia en la justicia indígena, por lo que no se podría generalizar el resultado de la no reincidencia en otras comunidades indígenas del país.

8. Sistematización de los delitos contra el derecho a la propiedad, robo, hurto, estafa, abigeato, en la Unidad Judicial con sede en el Cantón Otavalo-Imbabura

Con el fin de conocer el número de delitos contra el derecho a la propiedad, fue necesario pedir la colaboración del Consejo de la Judicatura en la ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura. Se debe señalar que las Unidades Judiciales con sede en el cantón Otavalo, y en el Tribunal de Garantía Penales de la provincia de Imbabura, no

²³¹ Francisco Salazar, entrevistado por Raúl Chávez entrevistado por Raúl Chávez, 5 de enero de 2017

²³² *Ibíd.*

²³³ *Ibíd.*

cuentan con estadísticas sobre los diferentes delitos perpetrados en lo que se refiere a los delitos de robos, hurtos, estafa, abigeato.

En Otavalo se entregó la información general, pero no específica de los diferentes casos de los delitos contra la propiedad, de los años 2014 hasta 2015. Por esta razón, se tuvo que realizar la investigación caso por caso, enumerar y ver de qué delito se trataba, para incluir los datos relacionados con los delitos de robos, hurtos, estafas y abigeato en esta investigación. Para el análisis de los datos, se llevó a cabo un proceso de clasificación de los delitos a partir de dos variantes: el año en el que ocurrió y de qué tipo de delito se trataba (robo, hurto, estafa, abigeato).

El siguiente paso consistió consultar en el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura los diferentes procesos juzgados en los delitos contra la propiedad. Con los datos de este Tribunal, se analizaron los casos en el tiempo y su largo historial delictivo. Es necesario recalcar que no se delimitó el tiempo para analizar los casos de reincidencia; es decir, por ejemplo, los antecedentes de un infractor empezaban en 2010, a partir de esta fecha se indagaba en los años posteriores, para ver si efectivamente fue reincidente o no.

Además, se debe remarcar que la ciudad de Otavalo es en cierta manera un verdadero laboratorio para las investigaciones, por sus características principalmente de ser una ciudad conocida como capital intercultural, en la que conviven mestizos, blancos e indígenas. La tolerancia, el respeto y la diversidad son características propias de convivencia entre las diferentes culturas en esta ciudad. La mayoría de los pueblos indígenas de la zona habitan fuera de la ciudad en sus propias comunidades.

En la parte investigativa del fenómeno de la reincidencia en la justicia ordinaria, se utilizó el método cuantitativo, en la obtención de datos de casos ingresados a la Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo así como los datos en el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura.

En esta investigación nos servimos de instrumentos estadísticos como el muestreo proporcional, para definir el universo y la muestra de la investigación que se detalla más adelante. Hemos seleccionado los métodos adecuados a esta investigación, en función de los objetivos trazados, es decir, dar una respuesta a nuestra hipótesis planteada en la elaboración del plan de tesis.

Los datos de la población se los obtienen de la suma de las dos comunidades, es decir de 4500 habitantes, que representan el universo y la muestra se seleccionó a través del muestro proporcional, por lo que el tamaño de la muestra es de 146 habitantes

en base a la fórmula²³⁴ de proporciones que es la más acertada para nuestra investigación. La misma que es:

$$n = \frac{1.96^2 * 0.11 * 0.89 * 4500}{0.05^2(4500 - 1) + 1.96^2 * 0.11 * 0.89} = 146$$

$$n = \frac{Z_{\alpha/2}^2 * P * Q * N}{\epsilon^2 (N - 1) + Z^2 * P * Q}$$

n= tamaño de la muestra necesaria

Z $\alpha/2$ = 1,96, nivel de significancia. 0,05

P= probabilidad que el evento ocurra =0,8

Q= probabilidad que el evento no ocurra=0,2

ϵ = 0,05²; error o diferencia máxima entre la media muestra y la media poblacional

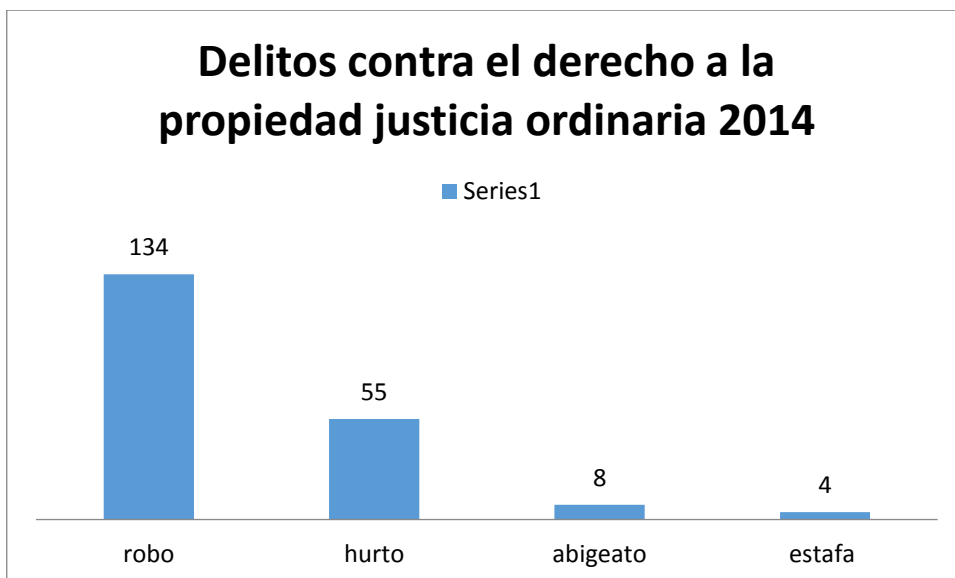
N=tamaño de la población=4500

Cabe señalar que con las limitaciones del caso se logró comprobar la hipótesis de la investigación.

8.1. Cuadros estadísticos de delitos contra el derecho a la propiedad en la justicia ordinaria año 2014

Tabla 2

²³⁴ Cesar Augusto Bernal Torres, “Etapas del proceso de investigación científica”, en *Metodología de la Investigación para la Administración y Economía*, Editores, Pearson Educación de Colombia, Ltda, Bogotá D.C, 2000, 166.



Fuente: Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo-Imbabura Delitos contra la Propiedad Año: 2015.
Elaboración propia.



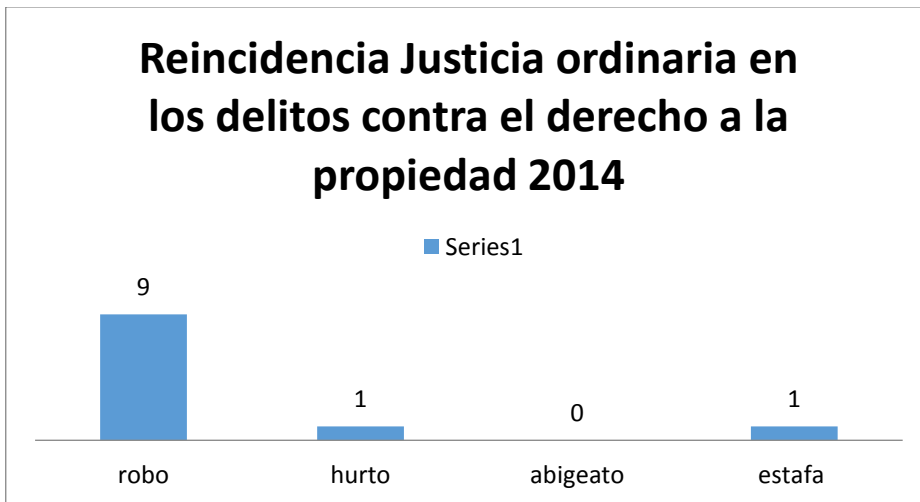
Fuente: Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo-Imbabura Delitos contra la Propiedad Año: 2015.
Elaboración propia.

En el año 2014, la cantidad de delitos contra el derecho a la propiedad es de 201 casos. De ellos, 134 se encuentran dentro de la categoría de robo; 55, en hurto; 8, en delitos de abigeato; y 4, en delitos de estafa. En porcentajes, se puede determinar que más de la mitad de los delitos están bajo la categoría de robo, con el 67 %. A esta cifra le siguen los delitos de hurto, con 27 %; en tercer lugar, el abigeato, con 4%; y, finalmente, la estafa con menos de 2%. Estos datos demuestran que, en comparación

con nuestras unidades comparativas comunitarias, esta problemática es relativamente alta en su incidencia en el contexto social en el que se ha tomado los datos delictivos.

8.2. Cuadro estadísticos de reincidencia en el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura año 2014

Tabla 3

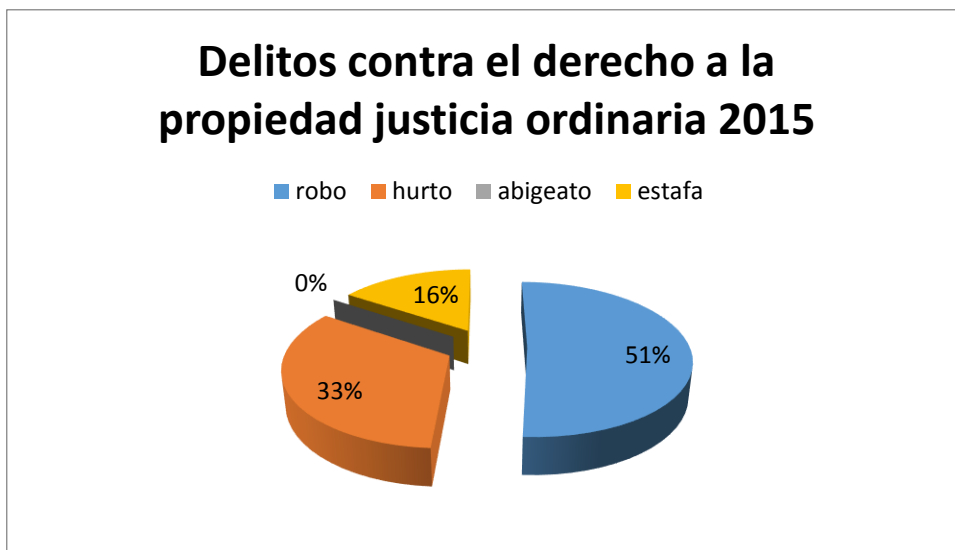
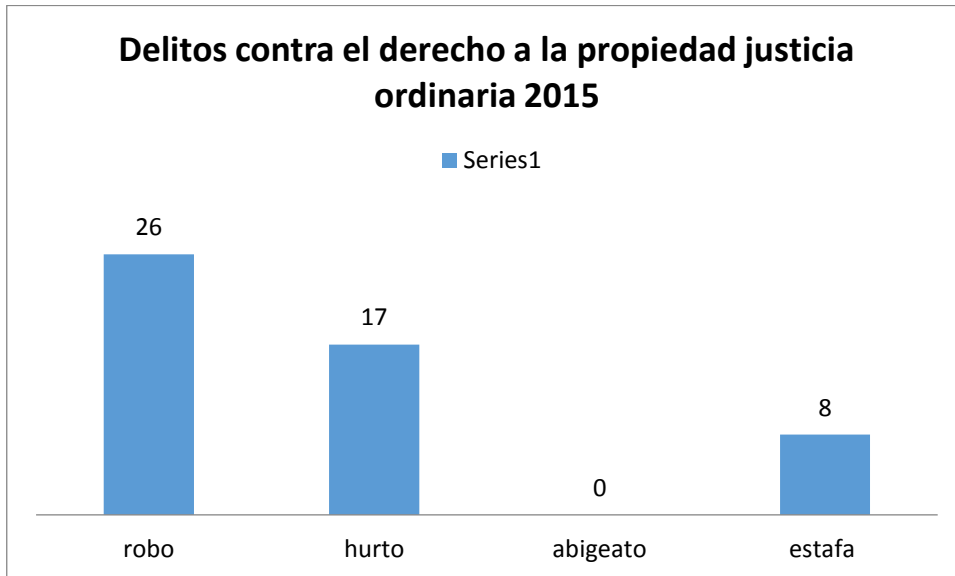


Fuente: Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo-Imbabura Delitos contra la Propiedad Año: 2014.
Elaboración propia.

Los casos de reincidencia para este periodo son de 11 casos, de esta cantidad la gran mayoría pertenecía al grupo de delitos de robo, el 81.81%. Los demás casos coinciden en la cantidad: el 9.09% son de hurto al igual que de delitos de estafa.

8.3. Cuadros estadísticos de delitos contra el derecho a la propiedad en la justicia ordinaria año 2015

Tabla 4. Año 2015



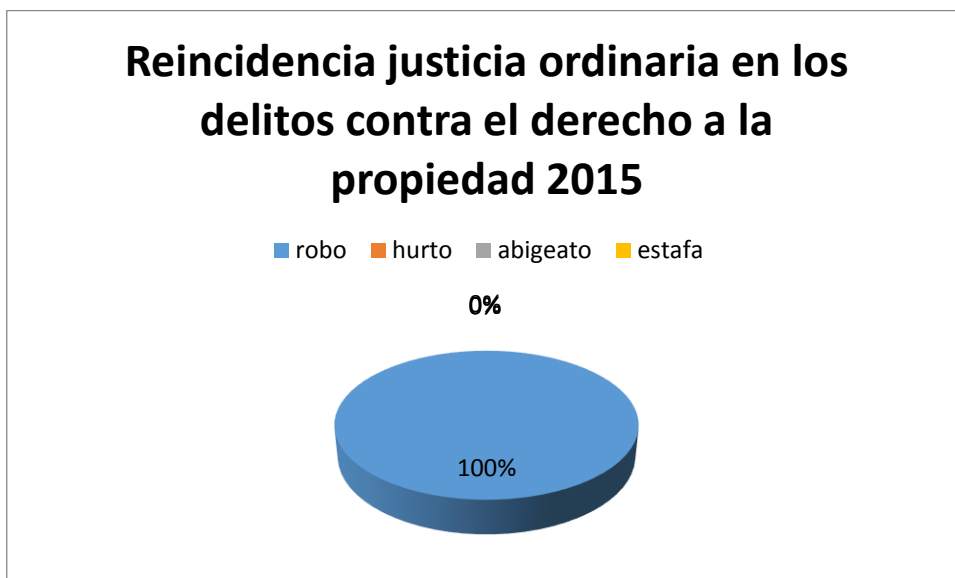
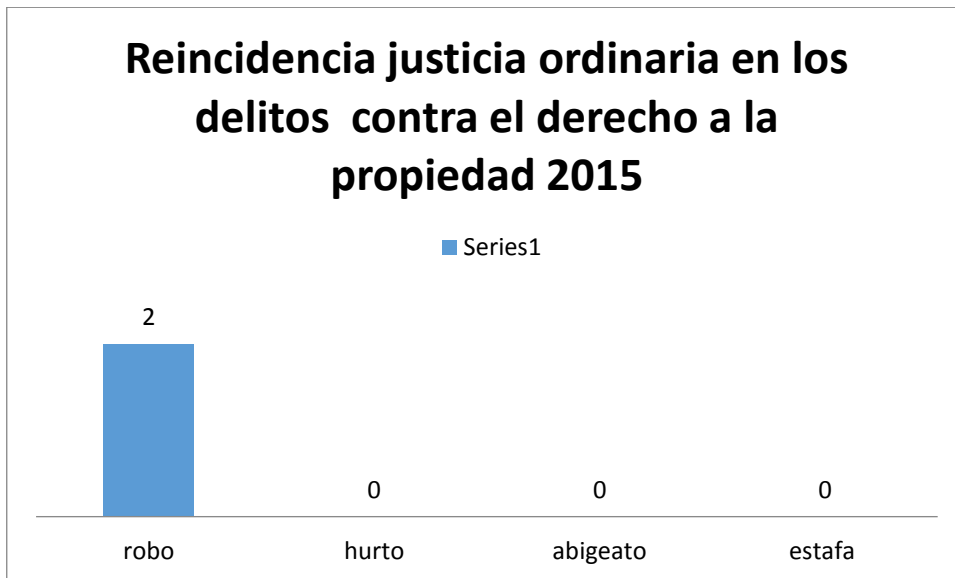
Fuente: Tribunal de Garantías Penales de Imbabura. Año: 2015. Elaboración propia.

De un total de 51 delitos contra el derecho a la propiedad de las fuentes de la Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo, se puede determinar que 26 fueron de robo; 17, hurto; 8, estafas; y cero en los delitos de abigeato. Es decir, un poco más de la mitad (50,9%) pertenece a robos; en tanto que, en segundo lugar, se encuentran los delitos por hurto con 33,33%; en tercer lugar, las estafas con 15,68%; y, en último

lugar, abigeato con 0%. Con estos datos se demuestra que esta problemática es alta en relación con lo suscitado en las comunidades indígenas del cantón.

8.4. Cuadros estadísticos de reincidencia en la justicia ordinaria en los delitos contra la propiedad año 2015

Tabla 5. Año 2015



Fuente: Tribunal de Garantías Penales de Imbabura. Año: 2014. Elaboración propia.

Como se puede observar en la tabla 5, en el año 2015 hubo dos casos de reincidencia todos relacionados con delitos de robo, por lo que se establece que efectivamente se dio la reincidencia en la justicia ordinaria.

A diferencia de lo que se observó en las comunidades indígenas de la zona del cantón Otavalo, en la justicia ordinaria en los años 2014 y 2015 si se presentan casos de reincidencia, un total de 11 casos, de los cuales 82% corresponde a robo, 1% a hurto; estafa 1%, mientras que en abigeato es 0%. Y en el 2015 hubo 2 casos de reincidencia.

Por lo que se puede establecer que la justicia ordinaria, que se caracteriza por ser punitiva, finalmente no logra eliminar la reincidencia en estos delitos específicos, en la obtención de los datos en la Unidad Judicial con sede en el cantón Otavalo, se logró confirmar que los reincidentes tienen un largo historial delictivo con los delitos investigados. Esto lleva a deducir que es casi imposible reinsertar e integrarlo al infractor en el medio social sin que por medio tenga una resistencia del entorno en el que se desarrollaron socialmente.

Como consecuencia deben migrar permanentemente a otras zonas, que igual se evidenció a través su pasado o su historial delictivo, a otras zonas a fin de no ser reconocidos por sus antecedentes delictivos; lo que a la larga impide que se reinserten con su propia familia o entorno social. Este aislamiento del individuo genera núcleos delictivos con personas identificadas con el cometimiento de delitos.

8.5. Análisis comparativo entre algunos conceptos propios de la justicia ordinaria como aplicación del poder punitivo y la justicia indígena como proceso restaurativo.

Como ya se ha descrito a lo largo del primer capítulo, la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo, a saber, es un modelo vertical, mientras que la justicia indígena es un modelo horizontal, comunitario, los dos difieren en la solución del conflicto, la justicia ordinaria es parte del poder punitivo, es político y todas las reformas del ordenamiento jurídico es responsabilidad del legislativo, no es el caso de la justicia indígena, su organismo máximo es la asamblea comunal, quienes tienen toda la legitimidad para la solución del conflicto.

La justicia ordinaria, tal como lo describe Zaffaroni, no soluciona el conflicto, peor aún rehabilita, no es el caso de la justicia indígena la cual soluciona el conflicto y logra reintegrarlo al infractor en el seno de la comunidad en su espacio físico y social.

En la justicia indígena el conflicto es parte de la comunidad y de la solución, en contraposición con la justicia ordinaria, que es parte del poder punitivo y no todas las veces da solución al conflicto.

La función de la justicia ordinaria es la de criminalizar al infractor, y de retribuir a la víctima, todo lo contrario de la justicia indígena, promueve la paz y la armonía social de la comunidad, no criminaliza al infractor, lo sana. La justicia indígena se lo realiza a través el proceso de diálogos entre víctima, victimario, y comunidad, las partes involucradas son parte de la solución del conflicto, mientras que en la justicia ordinaria el Estado asume el rol de víctima, invisibiliza a la víctima y aparta al infractor.

La prisión es parte y el fin de la justicia ordinaria, aislar al infractor, y retribuir a la víctima, en contraste a la justicia indígena, la prisión no es el fin, lo que hace es solucionar el conflicto y la reparación es algo simbólico. No olvidemos que muchos tratadistas consideran que la prisión conduce a resultados opuestos, más bien la prisión está presente como una solución penal al problema de la exclusión social y desigualdad económica, todo lo contrario de la justicia indígena que responde como un proceso alternativo al sistema tradicional de justicia, la comunidad les da un sentido de pertenencia e identidad a sus miembros.

En el procedimiento penal de la justicia ordinaria lo que hace es llegar al encarcelamiento masivo, las prisiones están repletas de personas que han sido marginadas y criminalizadas, sin olvidar que en todos los ordenamientos jurídicos la prisión es un problema social, no así en la justicia indígena, que fomenta la inclusión social de víctima y victimario, la justicia indígena tiene su fundamentación en los procesos dialógicos entre la partes involucradas y con ello contribuye a la reconciliación social y a la cohesión de la comunidad.

Se ha señalado que la justicia ordinaria responde con el poder punitivo que tiene el Estado para penar a quien infringió la norma, con el fin de retribuir a la víctima, por parte del infractor, por el contrario, en la justicia indígena todo el proceso en la administración de justicia se basa esencialmente desde el enfoque de la restauración y el alivio de las víctimas, en lugar de la tradicional retribución del sistema penal.

8.6. Análisis comparativo entre la justicia indígena y justicia restaurativa

La justicia indígena conlleva tres principios que son Ama Llulla (no mentir); Ama Killa (no ser perezoso), Ama shuwa (no robar), que están establecidos ya en la Constitución, principios que son aplicados en la convivencia diaria de la comunidad, que permiten encontrar la paz y la armonía, de igual manera la justicia restaurativa responde a principios de orden comunitarios, es decir permite la optimización de la cohesión social y las dos justicias tienen un modelo horizontal.

En la administración de la justicia, la una como la otra, responden a un proceso de diálogos con el fin de encontrar la paz y la armonía de los miembros de la comunidad, en las dos justicias se facilita la participación de las partes involucradas, víctima, victimario y comunidad, encuentra la solución al conflicto.

Las dos justicias son parte de una estructura comunitaria, la asamblea y la comunidad son las que ejercen el control social, son muy eficientes en la resolución del conflicto, los principios y reglas aplicadas son parte de la organización social, todos los miembros de la comunidad asumen sus responsabilidades para la convivencia pacífica.

Tanto justicia indígena y restaurativa facilitan el diálogo, no se extiende, es rápida, tienen principios básicos como estar conscientes que el delito atenta contra las relaciones humanas, la víctima, victimario y comunidad son parte del proceso de administración de justicia. El infractor asume responsabilidades frente a la víctima y ante la comunidad.

En la justicia restaurativa e indígena, la prioridad es encontrar un acuerdo, el infractor repara a la víctima de forma simbólica no es retributiva, el infractor no recibe un castigo, más bien recibe una purificación y una sanación, en la justicia restaurativa se promueve una toma de conciencia respetuosa con la persona a través de la desaprobación.

En la justicia restaurativa y justicia indígena, se establece un proceso de reencuentro y diálogo. Busca la solución acorde a las necesidades mutuas de la víctima, el ofensor y la comunidad.

En las dos justicias la comunidad juega un rol de mediador, el ofensor asume su responsabilidad para continuar siendo parte del grupo o de la comunidad. Como ya se ha señalado, las dos justicias son parte de un modelo horizontal, permite la cohesión social, además facilita la reintegración del ofensor en la comunidad y sobre todo no es aislado el infractor, además permite una identificación entre la víctima y el ofensor que es un elemento muy importante en la solución del conflicto.

No olvidemos que en estos modelos horizontales de administración de justicia, víctimas y comunidad ocupan un lugar central en los procesos de resolución del conflicto, la prioridad máxima en los procesos de administración de justicia es ayudar a las víctimas, la segunda es rehabilitar a la comunidad, encontrar la paz y armonía.

Algo fundamental, es que el infractor no vuelve a reincidir, debido a que los lazos familiares son parte de la organización social, el ofensor es reincorporado en el espacio físico y social de la comunidad, en las dos justicias existe un elemento importante, lo moral, es parte de la justicia, todo proceso de reparación es de orden moral y simbólica.

Conclusiones

En esta investigación se planteó la hipótesis de que no hay reincidencia en la justicia indígena, y así lo demuestra la investigación que en las dos comunidades no hay reincidencia.

Además se logró comprender el funcionamiento y el proceso de administración de justicia, por un lado la justicia ordinaria de orden vertical, a través el poder punitivo, en la cual se evidencia que no evita la reincidencia y peor aún rehabilita, y por otra parte la justicia indígena desde el enfoque restaurativo, que da una respuesta a la solución del conflicto y hacer una verdadera rehabilitación y reinserción en el seno de la comunidad, es decir el infractor no vuelva a reincidir.

De lo anterior se advierte que dentro de un país pluricultural e intercultural, se debería dar prioridad a nuevas formas o alternativas de solución de conflictos, sin el uso sistemático del poder punitivo (encierro, invisibilización de la víctima y victimario), que la prisión sea verdaderamente de ultimo ratio y en casos graves.

El modelo horizontal comunitario demuestra a lo largo de esta investigación que su prioridad es mantener la cohesión social entre los miembros de la comunidad y encontrar la paz y armonía, a través el proceso de diálogos entre las partes involucradas, incluso esta justicia indígena alcanza sus propósitos de solución al conflicto y sobre todo rehabilitar al infractor.

Que la justicia ordinaria desde el enfoque del poder punitivo, no alcanza a encontrar una solución al problema de la reincidencia, y a la rehabilitación, no parte de un proceso de diálogos entre los actores, la sociedad, la víctima, victimario y el entorno familiar.

Nos queda claro que la justicia ordinaria y el poder punitivo van de la mano, en la justicia ordinaria todo gira a través de las agencias de control, policial, judicial, carcelaria, en contraste a la justicia indígena que todo se deriva a la autoridad que es la propia comunidad, a través de sus cabildos, quienes son los llamados a dar una solución al conflicto a partir del proceso de dialogo.

Que la justicia ordinaria como modelo vertical debería plantear verdaderas políticas de reinserción e reintegración del infractor en el seno de la sociedad, con el fin de que el infractor no quede marginado incluso cuando ya no se encuentra

físicamente encerrado. En el derecho indígena no existe el poder punitivo, porque se trata de reparar, sancionar y conciliar para lograr la paz interna comunitaria.

El ejercicio del sistema penal de la justicia ordinaria tiene un carácter correccional, en el cual no todos los integrantes de la sociedad tienen el mismo valor, todo lo contrario de la justicia indígena que tiene un carácter conciliador, las relaciones sociales son fuertes en la comunidad, propicia a que el infractor no reincida.

El aporte de esta investigación es proponer, a que el Derecho penal utilice elementos de la justicia indígena, con el fin de encontrar alternativas y dar más apertura a los principios básicos de la justicia indígena para la solución a los conflictos, afín de propiciar el manteamiento de los lazos comunitarios y de sus sanas relaciones societarias, ya que de ello resulta necesario admitir que los valores y principios provenientes de la cosmovisión indígena aplicados en su forma de justicia, son enteramente adaptables en las teorías de justicia occidental, acordes a la evolución del derecho penal.

Bibliografía

- Barbero Santos. En Nicolás García Rivera, *El Poder en el Estado Democrático*. Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996. <<http://bit.ly/2cXCoXc>>. Consulta: 19 de enero de 2016.
- Bastidas, Arturo León. “La Plurinacionalidad del Ecuador”. Editorial Pedagógica Freire. <<http://www.culturaenecuador.org/images/stories/documentos/libros/plurinacionalidad.pdf/>>. Consulta: 18 de enero de 2015.
- Bernal Torres, Cesar Augusto. “Etapas del proceso de investigación científica”, en *Metodología de la Investigación para la Administración y Economía*, Editores, Pearson Educación de Colombia, Ltda, Bogotá D.C, 2000, 166.
- Blacutt Mendoza, Mario. “Algunas características de la Cosmovisión Andina (CA)”. En *El Desarrollo Local Complementario*. <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2013/1252/caracteristicas-cosmovision-andina.html>>. Consulta: 11 de febrero de 2016.
- Bustos Ramírez, Juan. “Criminología Crítica y Derecho Penal”. En *Control social y otros cambios*, Vol. IV, 9-21. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.
- Campaña Quinaucho, Damián. *La Rehabilitación Social y el Nuevo Modelo de Gestión del Sistema Penitenciario Aplicables a los CRS de Guayaquil y CRS de Cotopaxi en el año 2015*, Quito, 2015.><http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5907/1/T-UCE-0013-Ab-102.pdf>>. Consulta 7 de enero 2017.
- Comunidad Chichico Rumi. “Justicia Indígena”. <<https://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>>. Consulta 3 de enero 2016.
- Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=40%3Ael-sistema-penitenciario-del-ecuador-ante-la-cidh&Itemid=42. Consulta 3 enero de 2017.

- Christie, Nils. *Conflicts as Property*, 87. En Louk Hulsman, “Políticas criminales alternativas”. En *Criminología Crítica y Control Social, El poder punitivo del Estado*, 75-104. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993.
- . *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- De Sousa Santos, Boaventura. “Más allá del pensamiento Abismal: de la líneas Globales a una Ecología de Saberes”. En *Para descolonizar Occidente, Más allá del pensamiento Abismal*, 31-66. Buenos Aires: Clacso/ Prometeo Libros, 2010.
- <http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf>. Consulta: 20 de junio de 2016.
- “Derechos ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales”. 417. <http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf>. Consulta: 15 de mayo de 2016.
- Echeverri Londoño, María Catalina y Deidi Yolima Maca Urbano. “Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”. <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf>>. Consulta: 15 de mayo de 2016.
- Ferrajoli Luigi, *Garantismo Penal*, 27. México: Universidad Autónoma de México, 2006.
- <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Garantismo_y_derecho_penal._Completo_.pdf>/. Consulta: 16 mayo de 2016.
- Forer, Andreas. “Justicia restaurativa”. <www.justiciarestaurativa.org/news/reparacion-simbolica-mecanismo-eficaz-pata-la-justicia-restaurativa/>. Consulta: 24 de noviembre de 2015.
- Foucault, Michel. “La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del siglo XX”. En *Estética, ética y hermenéutica*, 37-58. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1999.
- . *Vigilar y Castigar; Nacimiento de la Prisión*, 211-273. <<http://es.slideshare.net/SrPedroBrito/foucault-michel-vigilar-y-castigar-37364295>>. Consulta: 15 de mayo de 2016.
- Frías Armenta, Martha, Fernanda Durón y Diana Castro. “Justicia restaurativa: evaluación de los factores comunitarios”. *Revista Mexicana de Psicología*,

- Volumen 28, Número 2 (julio 2011): 217-225.
<<http://www.redalyc.org/pdf/2430/243029631010.pdf>>.
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH). “CASO: Jhon Jairo Roser”.
<www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=64/consulta>. Consulta: 28 de abril de 2016.
- García Falconi, José. “Reincidencia Penal”. 2012.
<<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-penal/2012/02/28/reincidencia-penal>>. Consulta: 8 de junio de 2016.
- García Serrano, Fernando. “No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: Comunidades de Chimborazo y Chibuleo”. En Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, ed., *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, 501-550. Quito: Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- Garland, David. En Diego Zysman, “La cultura del control (Garland)”. Cátedra Hendler. <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=102#_ftn18>. Consulta: 8 de junio de 2016.
- Grassi, Iván Augusto. “La problemática de la reincidencia en el derecho penal actual”. <<http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/publicaciones/53-i-seminario-de-actualizacion-y-capacitacion-/404-la-problematika-de-la-reincidencia-en-el-derecho-penal-actual/>>. Consulta: 11 de enero de 2016.
- Hoekema, André. “Hacia un pluralismo jurídico formal igualitario”. *América Indígena*, Vol. 1-2 (1998): 63-95.
- Hulsman, Louk. “Abolición penal y deslegitimación del sistema carcelario”. Conferencia, Programa UBA XXII, Argentina, 12 de septiembre de 2007. <<https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/18/abolicionismo-penal-y-deslegitimacin-del-sistema-carcelario-l-hulsman/#more-318>>. Consulta: 28 de abril de 2016.
- Jeniva. “Justicia restaurativa”. Club de ensayos. 2013.
<<https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/JUSTICIA-RESTAURATIVA/1290191.html>>. Consulta: 28 de abril de 2016.
- Llasag, Raúl. “Administración de Justicia”. En *Derechos Colectivos y Administración de Justicia en el Estado Plurinacional e Intercultural*, 3-7.

- <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/280709/dp-derechos_colectivos.pdf>. Consulta: 14 de octubre 2016
- . “Jurisdicción Especial Indígena y su Respeto en la Jurisdicción Estatal”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007.
- . “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”. En Santiago Andrade, ed., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, 179-210. Quito: Corporación Editora Nacional/UASB, 2009.
- López Austin, Alfredo. “¿Qué se entiende por cosmovisión indígena?”. <http://nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/pregunta.php?num_pre=25>. Consulta: 10 de febrero de 2016.
- . “Qué es la cosmovisión indígena”. 2013. <<http://es.slideshare.net/videoconferenciasutpl/qu-es-la-cosmovisin-indgena>>. Consulta: 10 de febrero de 2016.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal I*. En Mariángeles Arnáez, *Fundamentos*. <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Falfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2F>. Consulta: 15 de agosto de 2016.
- Marés de Sousa, Carlos Federico. “Autodeterminación de los pueblos indígenas”. *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Vol. LVIII, números 1-2, (1998): 307-319.
- Martínez de Zamora, Antonio. “La Reincidencia”. *Revistas científicas de la Universidad de Murcia*. <revistas.um.es/analesumderecho/article/download/104371/99291/>. Consulta: 11 de enero de 2015.
- Mollo, Juan Pablo. “Restricciones del psicoanálisis ante el poder punitivo”. 2012. <<http://virtualia.eol.org.ar/024/Estudios/pdf/Restricciones-del-psicoanalisis-ante-el-poder-punitivo.pdf>>. Consulta: 25 de abril de 2016.
- Oré Sosa, Eduardo. “Determinación Judicial de la Pena, Reincidencia y habitualidad. A propósito de las Modificaciones operadas por la Ley 30076”. <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/determinacion_judicial_de_la_pena_-_incipp.pdf>. Consulta: 25 de abril de 2016.
- Paladines, Jorge. “La mano dura de la Revolución Ciudadana, 2007-2014”. En Máximo Sozzo, comp., *Postneoliberalismo y Penalidad en América del Sur*, 149- 177. Buenos Aires: Clacso, 2012.

- Sánchez Botero, Esther. En Raúl Llasag, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”. En Santiago Andrade, ed., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, 179-210. Quito: Corporación Editora Nacional/UASB, 2009.
- Tantaleón Odar, Christian Fernando. “Reincidencia y Ne Bis In Idem”. <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm>>. Consulta: 8 de junio de 2016.
- Yucailla Baltazar, Rosa. “La justicia indígena en el Ecuador”. En Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, eds., *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, 451-472. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio. *Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo del Estado*. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993.
- . “Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina”. En *Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo Del Estado*, 63-74. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993.
- . “Reincidencia”. En *Hacia un realismo jurídico Penal marginal*, 117-131. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.
- . En María Bertoni. “El poder punitivo según Zaffaroni”. 2011. <<https://espectadores.wordpress.com/2011/06/17/el-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>. Consulta: 25 de abril de 2016.
- .En María Bertoni. “Los (verdaderos) agentes ejecutivos del poder punitivo según Zaffaroni”. 2011. <<https://espectadores.wordpress.com/2011/10/22/los-verdaderos-agentes-ejecutivos-del-poder-punitivo-segun-zaffaroni/>>. Consulta: 28 de abril de 2016.
- . En María Bertoni. “Nota mental sobre policía y poder punitivo, a diez años de la masacre de Avellaneda”. 2012. <<https://espectadores.wordpress.com/2012/06/26/masacre-avellaneda-kosteki-santillan-policia-poder-punitivo/>>. Consulta: 28 de abril de 2016.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Corte Constitucional. [Sentencia] *Caso 0731-10-ep (La Cocha)*. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/justicia-indigena/item/sentencia-del-caso-0731-10-ep-la-cocha.html>>.

Artículos periodísticos

“Las prisiones son un instrumento para que haya más criminales”. La Nación. Entrevista a Nils Christie. 26 de septiembre de 2013. <<http://www.lanacion.com.ar/947424-las-prisiones-son-un-instrumento-para-que-haya-mas-criminales>>. Consulta: 30 de mayo de 2016.

“Presidente Correa reaccionó ante reclamos de ciudadanos en zona de desastre”. *El Comercio*, 23 de abril de 2016. <<http://www.elcomercio.com/actualidad/presidente-correa-reacciono-reclamos-ciudadanos.html>>. Consulta: 5 de mayo de 2016.