

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

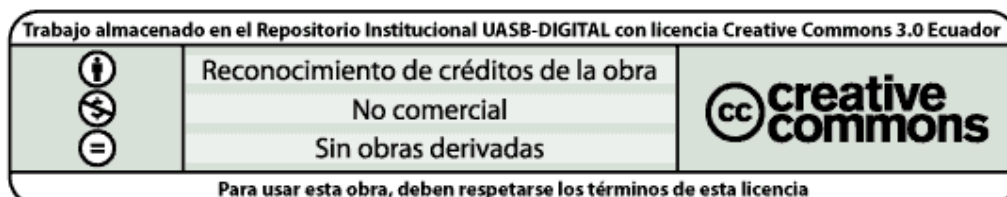
Mención en Derecho Constitucional

**Aproximación intercultural del “delito” y su tratamiento**

Autor: Juan Pablo Guerrero Muñoz

Director: Ramiro Ávila Santamaría

**Quito, 2016**



### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Juan Pablo Guerrero Muñoz, autor de la tesis intitulada “Aproximación intercultural del “delito” y su tratamiento”, mediante el presente de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho 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 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.

Octubre de 2016

Firma: .....

## **Resumen**

El presente trabajo estudia un hecho social que es denominado como delito en el sistema jurídico estatal. Para tal fin, se considera al delito como un concepto que puede absorber distintos actos que obedecen/dependen de intenciones políticas en un sentido amplio.

El contexto geográfico de este análisis es el ecuatoriano. Para lo cual se han establecidos tres momentos. El primero se limita a describir el discurso jurídico estatal en la construcción/tratamiento del delito, esto a través de los niveles: órgano que lo produce, discusiones, participantes y práctica social. En un segundo momento, se analiza un caso en el sistema de justicia indígena de la comunidad de Tuncarta, la construcción/tratamiento del delito. Finalmente en el tercer capítulo se delinear algunos criterios en clave intercultural para la construcción/tratamiento del delito, entre ellos, cuestionar su punto de partida, los actores que lo tratan y una alternativa en su repuesta.

Para este propósito se ha hecho uso del método cualitativo y comparativo. Los instrumentos utilizados son la observación participante y las entrevistas. La teoría que marca la investigación es la de Nils Christie con su refinamiento a través de la justicia indígena.

Los resultados y aportes de este trabajo se cuentan en el desarrollo del mismo. Empero, las conclusiones principales de este trabajo tienen que ver con el cuestionamiento crítico a categorías, que aparecen como objetivas y legítimas y que en el contexto plural empiezan a ser cuestionadas en cuanto a considerar qué es delito y cómo se debe tratarlo. En clave intercultural se presenta una aproximación acerca del debate intercultural entre el sistema ordinario e indígena.

**Palabras claves:** Interculturalidad; Delito; Justicia Indígena; Saraguro.

## **Agradecimientos**

A Dios, amigo que nunca falla. Por su amor imperecedero. Luz y esperanza en mi vida. En él siempre encuentro refugio y las fuerzas para poder seguir caminando. Debo a Dios mi vida y a él mi regocijo por haber culminado esta meta.

A mis compañeros de vida, Ramiro y Narcisa, amigos de alegría y dolor. Me faltaría la vida para poder agradecer tanto amor, cariño y consejos que solo unos padres pueden dar. Parte de mi vida va con ustedes.

A mi hermano, ahijados, primos, tíos, abuelita y amigos por cada oración y ánimo para poder emprender este sueño.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, en cuyas aulas tuve la oportunidad de formarme. A todos sus distinguidos docentes por haberme compartido sus sabios conocimientos y, de manera muy especial, a Claudia Storini y Ramiro Ávila por su acertada orientación humana, académica y profesional.

A mis compañeros de maestría y en especial a mis hermanos de aula: Juan Carlos, María Isabel, Andrés y David. Siempre oportunos en cada instante para poder culminar de buena forma nuestros estudios.

A quien dedica tiempo para leer este escrito, gracias por permitirme compartir algunas experiencias y razones.

## **Dedicatoria**

*Al pueblo de ensueños en donde nacen mis ilusiones,  
Saraguro*

*A mis padres,  
Ramiro Guerrero y Narcisa Muñoz*

## Epígrafes

Históricamente la concepción de lo que es un delito siempre ha sido expropiada por los grupos dominantes, por el poder, y por lo tanto el delito como tal no tiene esencialidad alguna y su castigo queda sujeta a la voluntad del poder.

Juan Pegoraro

Lo que determina como actúa una persona no es el carácter si no la situación en la que se encuentra.

Stanley Milgran

Los actos no son, se construyen; la gente no es, se hace.

Nils Christie

Los pueblos que no se conocen han de darse prisa para conocerse. [...] Nuestra Grecia es preferible a la Grecia que no es nuestra. Nos es más necesaria.

José Martí

¡A quién carajo se le podía ocurrir que los gemelos iban a matar a nadie, y menos con un cuchillo de puercos!» [...] Pablo Vicario me dijo sin ningún esfuerzo: «Era como estar despierto dos veces». Esa frase me hizo pensar que lo más insoportable para ellos en el calabozo debió haber sido la lucidez.

Gabriel García Márquez

## Tabla de contenido

Portada.....	-1-
Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis.....	-2-
Resumen.....	-3-
Agradecimientos.....	-4-
Dedicatoria.....	-5-
Epígrafes.....	-6-
Tabla de contenido.....	-7-
Introducción.....	-9-
1. <b>Capítulo primero:</b> El delito como hecho social: una aproximación de su construcción/tratamiento en la justicia estatal.....	-11-
1.1. Aproximación de la construcción social de la realidad.....	-12-
1.2. Aproximación del derecho/delito como construcción social.....	-15-
1.3. La construcción del delito a través del discurso jurídico estatal.....	-17-
1.3.1. Producción del discurso jurídico estatal en la construcción del delito.....	-18-
1.3.2. Discusión del discurso jurídico estatal.....	-19-
1.3.3. Práctica social del discurso jurídico estatal.....	-22-
2. <b>Capítulo segundo:</b> La construcción/tratamiento del “delito” en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro.....	-28-
2.1. La justicia indígena bajo el paradigma de la interculturalidad.....	-29-
2.2. Contexto geográfico y cultural en el que se desarrolló el levantamiento de información.....	-31-
2.3. El <i>llaki</i> en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro.....	-32-
2.4. El tratamiento del <i>hatunllaki</i> en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro, comunidad de Tuncarta.....	-34-
2.4.1. La <i>willachina</i> : aviso.....	-34-
2.4.2. La <i>tapuykuna</i> : averiguación.....	-36-
2.4.3. La <i>chimbapurana</i> : confrontación.....	-38-
2.4.4. La <i>killpichirina</i> : purificación.....	-40-
2.5. Diálogo con los afectados, invitado y participantes de la asamblea.....	-42-
2.5.1. Voces de los afectados.....	-43-

2.5.2. Voces del invitado.....	-44-
2.5.3. Voces de los participantes de la asamblea de justicia indígena.....	-44-
3. <b>Capítulo tercero:</b> Aproximación intercultural para la construcción/tratamiento del “delito”.....	-47-
3.1. Perspectivas para una aproximación intercultural del “delito” y su tratamiento .....	-48-
3.2. La interculturalidad como el proceso integrador de saberes e interpretaciones.....	-49-
3.2.1. El punto de partida para el tratamiento de conflictos, una aproximación intercultural.....	-50-
3.2.2. Los actores en el tratamiento del delito, una aproximación intercultural .....	-52-
3.2.3. Una respuesta intercultural al “delito”, ¿castigar o reparar? .....	-57-
Conclusiones.....	-61-
Bibliografía.....	-63-
Anexos.....	-68-



## Introducción

En toda organización social existen comportamientos considerados como indeseables, contrarios a su forma de vida o propósitos. En un sistema jurídico, por ejemplo en el estatal, estos comportamientos se denominan delitos. Definir los comportamientos que quedan bajo tal denominación constituye un ejercicio político pleno.

En el caso ecuatoriano, con la aprobación de la Constitución de 2008, se reconoce de manera formal, no es que empezaron a existir, dos sistemas de administración de justicia, la ordinaria y la indígena.<sup>1</sup> Con ello, el paradigma de lo malo, del delito y su forma de tratarlo empieza a ser diferente e incluso cuestionado.

Para lo cual, esta investigación presenta la concepción del delito en los sistemas de administración de justicia: ordinario e indígena. No es intención de este trabajo tomar posición alguna en dichos sistemas, sino más bien generar una aproximación al diálogo entre estos sistemas de justicia en torno a los actos, que se consideran como delitos y su forma de tratarlos.

Para tal fin, es menester en un primer momento presentar una aproximación de la disposición de la realidad social, que pretende direccionar que el derecho/ delito son construcciones sociales, por lo tanto el contenido que se pueda dar a estos conceptos acarrea una mesurada relatividad, más aún en contextos plurales en donde convergen diferentes culturas jurídicas.

En el contexto del sistema estatal, se inicia con el estudio del discurso jurídico que permite construir esta realidad en el campo penal. Este proceso se realiza en tres niveles: Órgano que lo produce (ley penal), discusiones, teorías y actores del tratamiento penal y, finalmente, se analiza la práctica social del discurso jurídico estatal a través del estudio de un caso. He de señalar en este punto una seria limitación y prudencia para analizarlo, pues un estudio a profundidad del mismo desbordaría las pretensiones de esta investigación. La intención de este análisis es descriptivo, lo cual permite evidenciar categorías que se cotejan con el segundo capítulo.

El segundo trabajo, que se presenta a través de un capítulo, consiste en el estudio del discurso jurídico de la justicia indígena en cuanto al delito. Para tal objetivo

---

<sup>1</sup> Véase en Constitución de la República de Ecuador, Capítulo Cuarto Función Judicial y Justicia Indígena, artículos 167, 168, 169, 170, 171. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

se precisa el estudio empírico de un caso en el sistema de justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro, comunidad de Tuncarta. Se hace uso de la observación participante, conversaciones informales y entrevistas.

Una dificultad para este estudio ha sido la escasa bibliografía acerca de la justicia indígena y el tema del delito, por lo que se ha solventado este inconveniente con el levantamiento empírico de información en los participantes de la asamblea de justicia indígena, teniendo que advertir que en esta etapa se ha tratado de guardar en lo más posible el sesgo interpretativo.

La tercera parte de esta investigación coteja lo expuesto en el capítulo uno y dos. Este proceso permite fundamentar una aproximación intercultural crítica respecto al delito y su tratamiento, principalmente en lo concerniente a delinear su punto de partida, los actores que lo tratan y una alternativa en su respuesta.

Estos criterios cuestionan la realidad jurídica, dentro de ella está el delito, y exponen como alternativa local un diálogo intercultural entre el sistema ordinario e indígena.

Finalmente, estos ejes de análisis permiten presentar conclusiones y recomendaciones respecto al contenido teórico y empírico expuesto en esta investigación.

## Capítulo primero

### El delito como hecho social: una aproximación de su construcción/tratamiento en la justicia estatal

Este capítulo se basa en la historia que Carlos Portela narra en la canción *Un par de botas*. La primera parte relata que el Comisario avisa al Cabo de la comisión de un delito, el robo de un par de botas al bolichero Vivas.<sup>2</sup>

El acusado responde al nombre de Orencio Nievas, “un mozo de treinta años a lo sumo, vestía bombacha gris, corralera, que a juzgar por lo vieja estaba dando muestra de la miseria de su dueño”.<sup>3</sup>

El Comisario empieza a interrogar a Orencio Nievas. Le pregunta si trabaja a lo que Orencio Nievas responde “no, señor, no hallo trabajo, estuve... estuve trabajando en la chacra de don Barcala, pero en cuanto terminó la juntada del maíz, me echaron y... y ahora hago algunas changas y *ansina* vivo, señor”.<sup>4</sup>

Luego del interrogatorio, el Comisario da la orden de ir a buscar las botas en el rancho, hasta tanto Orencio Nievas es encerrado: ¿“*A'ndetenés* las botas? En el rancho, señor. Cabo, mande a buscarlas y páselo *pa'* dentro a este ratero que ya vamos a ver lo que le damos”.<sup>5</sup>

La primera parte expone cierto acto considerado como delito en un sistema de justicia (robo) y su respuesta (cárcel). Analizar esta lógica amerita en esta investigación tener una aproximación desde la construcción de la realidad social, en la que el derecho/delito se encuentra inmerso.

En un segundo momento, se presenta el discurso jurídico de la justicia estatal penal en la construcción y tratamiento del delito, detallado en tres niveles: Órganos que lo produce (ley penal), discusiones, teorías y actores del tratamiento penal y, finalmente, se analiza la práctica social del discurso jurídico estatal a través del estudio de caso.

---

<sup>2</sup>Carlos Portela, *Un par de botas*, banda sonora, 1'37". CD-ROM.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, 1'02".

<sup>4</sup> *Ibíd.*, 2'04".

<sup>5</sup> *Ibíd.*, 2'40".

## 1.1. Aproximación de la construcción social de la realidad

Para analizar este apartado<sup>6</sup> consigno la siguiente premisa: la realidad es una construcción social<sup>7</sup>, o como John Searle lo denominaría: “la realidad social es creada por nosotros para nuestros propósitos, y nos parece tan prestamente inteligible como los propósitos mismos”.<sup>8</sup>

Para exponer la premisa planteada, es menester identificar la materia prima de este constructo, los hechos. Estos pueden dividirse según Searle en “hechos brutos y hechos institucionales”<sup>9</sup>; los hechos brutos “no requieren, para su existencia, instituciones humanas”<sup>10</sup> y, por el contrario, los hechos institucionales “para su existencia, requieren instituciones humanas”.<sup>11</sup>

Estos hechos explican dos tipos de realidades: la realidad natural que es independiente de la intención humana (hechos brutos), por ejemplo una montaña; y la realidad social que es dependiente de las intenciones y aceptación colectiva, por ejemplo, la nacionalidad, el dinero, el matrimonio.<sup>12</sup>

Para nuestro estudio se toma como referencia los hechos institucionalizados que formarían parte de la realidad social. Pero bien, ahora se explicará cómo la realidad social, que es construida por estados intencionales que obedecen a un ámbito subjetivo, puede convertirse en una realidad objetiva en el sentido de institución.

Para el profesor Josep Vilajosan, “la forma más común en la que los estados intencionales contribuyen a la creación de hechos sociales es a través de las llamadas reglas constitutivas”.<sup>13</sup>

Las reglas constitutivas permiten objetivizar, en un determinado contexto, las intenciones humanas que son en primera instancia cuestiones subjetivas. Se resumiría

---

<sup>6</sup> El objetivo de esta investigación no es realizar un estudio pormenorizado de la construcción de la realidad social. Ello desbordaría las pretensiones de esta investigación. De forma modesta se presenta una breve descripción de los hechos institucionales que necesitan de instituciones humanas para su existencia y que coadyuva a la comprensión de categorías que se analizarán a posteriori.

<sup>7</sup> La premisa planteada ha sido establecida luego de un análisis y estudio de la obra de Peter Berger y Thomas Luckmann, denominada “La construcción social de la realidad” y de la obra de John R. Searle “La construcción de la realidad social”.

<sup>8</sup> John R. Searle, *La construcción de la realidad social* (España: Paidós Ibérica, trad. Antoni Domenech, 1997), 24.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, 41.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 41.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 41.

<sup>12</sup> Josep Vilajosana, “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prismasocial: Revista de ciencias sociales*, No. 4 (junio de 2009): 11.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, 10.

este proceso en la fórmula de Searle: “X cuenta como Y en el contexto C”<sup>14</sup>. Ejemplo: Las personas que obtengan la carta de naturalización (X) cuentan como ecuatorianos por naturalización (Y) en la República de Ecuador (C).<sup>15</sup>

Sin embargo, existen también reglas prescriptivas o regulativas creadas por intenciones humanas, que si bien no definen una institución, regulan el comportamiento humano en la sociedad (mandan, prohíben o permiten) y que, para Searle, se diferencian en los hechos regulados.<sup>16</sup>

Prieto Sanchís explica esta diferencia en relación a los hechos regulados, cuando escribe que “las normas prescriptivas regulan, por así decirlo, hechos «naturales» que presentan una existencia previa e independiente de la norma en sí: matar o lesionar [...]. Las normas constitutivas, en cambio, se refieren a hechos institucionalizados que sólo adquieren sentido a la luz de las propias reglas del derecho”.<sup>17</sup>

Las normas constitutivas y prescriptivas se encargarían de crear-mantener ciertos hechos sociales que, en la propuesta de Emile Durkheim, son “formas de obrar, pensar y sentir, exteriores al individuo y están dotados de un poder de coacción en virtud del cual se le imponen”.<sup>18</sup>

Del concepto expuesto se coligen dos características fundamentales de los hechos sociales, la externalidad y la coercitividad. La externalidad es explicada por Durkheim para quien es exterior al individuo, pues están determinada en la sociedad antes que un individuo nazca, por ejemplo, las reglas de comportamiento (educación), que bien pueden o no ser asumidas por el individuo, pero que existen.<sup>19</sup>

El segundo elemento es la coercitividad, que es entendida en un contexto práctico: “Si pretendo violar las reglas del derecho, éstas reaccionan contra mí para impedir el acto si llegan a tiempo o para anularlo y restablecerlo”.<sup>20</sup>

El grado-forma de la coercitividad dependerá del hecho social que se analice, por ejemplo, la regla que existe en algunos hogares de no hablar mientras se come, su

---

<sup>14</sup> John R. Searle, *La construcción de la realidad social* (España: Paidós Ibérica, trad. Antoni Domenech, 1997), 446.

<sup>15</sup> Véase en Constitución de la República de Ecuador, Capítulo segundo: Ciudadanas y Ciudadanos, artículo 8. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>16</sup> Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 48.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 48 - 49.

<sup>18</sup> Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (España: Orbis, trad. Echevarría Rivera, 1982), 27.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 25.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 26.

incumplimiento al menos en Ecuador no es castigado al nivel institucional, en cambio se sanciona en la legislación ecuatoriana a la persona que al conducir un automóvil no utilice el cinturón de seguridad.<sup>21</sup>

Estos dos ejemplos informan de un proceso de institucionalización del hecho social, el primero una institucionalización no formal y al segundo se lo llamaría de forma indicativa como formal, pues el incumplimiento acarrea una sanción por parte de una institución creada para este fin.

Con estos lineamientos se colige la premisa planteada, la realidad es una construcción social en el sentido de que los individuos, en el proceso de objetivizar aspectos subjetivos, crean reglas constitutivas-regulativas que están presentes en la sociedad y que se imponen a través de la coerción. O como lo definirían Berger y Luckmann: “el orden social es un producto humano o, más exactamente, una producción humana constante, realizada por el hombre en el curso de su continua externalización”.<sup>22</sup>

El orden social, que a efecto es un constructo social, tiene la propiedad de marcar una tendencia de práctica, que es explicada por Bourdieu a través de la categoría denominada *habitus* como:

el conjunto de disposiciones de los agentes en el que las prácticas se convierten en principio generador de nuevas prácticas [...], el sistema de disposiciones que es a su vez producto de la práctica y principio, esquema o matriz generadora de prácticas, de las percepciones, apreciaciones y acciones de los agentes.<sup>23</sup>

El *habitus* que se define necesita ser analizado dentro de un campo<sup>24</sup>, un campo jurídico en esta investigación. A continuación se analizará con la aclaración de que la realidad social muchas de las veces la asumimos como inmanente y que dicho

---

<sup>21</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 (1), artículo 392.

<sup>22</sup> Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (Argentina: Talleres Gráficos Color Efe, 2003), 71.

<sup>23</sup> Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001), 24, 25.

<sup>24</sup> El campo jurídico es definido por Bourdieu como “un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas, al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física”. Para un mayor estudio, ver Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001), 38.

fenómeno refiere a una de sus características, “la realidad social resulta, por así decirlo, ingrátida e invisible”.<sup>25</sup>

## **1.2. Aproximación del derecho/delito como construcción social**

En el apartado anterior se explicó la construcción de la realidad social a través de los hechos sociales. Para explicar el delito como hecho social, se debe ubicar al derecho dentro de este constructo.

En este sentido, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero brindan una introducción del derecho como parte de la realidad social, cuando señalan que “el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, es una “institución” en sentido sociológico”.<sup>26</sup>

La afirmación de que el derecho es un subsistema dentro del sistema social se puede explicar desde una postura convencionalista sociológica; sin embargo, como bien advierte Antonio Pérez Luño, es un elemento innegable, pero el derecho tiene otros componentes que se descuidan.<sup>27</sup>

Con esta aclaración, en alusión a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, cuando explican al derecho como realidad institucional, señalan que

Quando hablamos del Derecho como una “realidad institucional” podemos hacer referencia centralmente, en primer lugar, a algo así como la región ontológica a la que pertenece el Derecho. Al calificar la realidad jurídica como una realidad “institucional”, aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales, sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas.<sup>28</sup>

Dentro de los sistemas de justicia, existe un hecho social que es considerado como indeseado, pues básicamente es “un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos”<sup>29</sup>. En el sistema de justicia estatal se lo denomina delito. Con la merecida aclaración de que “los actos así calificados no son en todas partes los mismos”<sup>30</sup>, pero

---

<sup>25</sup> John R. Searle, *La construcción de la realidad social* (España: Paidós Ibérica, trad. Antoni Domenech, 1997), 23.

<sup>26</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho* (Lima: Palestra, 2009), 23, 24.

<sup>27</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González y Antonio Ruiz de la Cuesta, *Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (Madrid: Tecnos, 2004), 43.

<sup>28</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho* (Lima: Palestra, 2009), 22.

<sup>29</sup> Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (España: Orbis, trad. Echevarría Rivera, 1982), 77.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, 76.

lo que afirmo es que existen actos que se valoran como malos o indeseables en una sociedad determinada.

El delito, al ser una categoría que abarca actos que ofenden determinados sentimientos colectivos, adquiere en el derecho una gran amplitud. Así lo indica Nils Christie: “El delito no existe como una entidad estable, el concepto de delito es fácilmente adaptable a cualquier tipo de propósito de control. Es como una esponja. El término puede absorber muchos actos -y personas- cuando circunstancias externas lo conviertan en útil”.<sup>31</sup>

La fácil adaptación, que tiene el concepto de delito a cualquier propósito de control, dependerá del sentido ideológico que se tenga, entendiendo por ideológico el “modo de ver, aprehender, interpretar, valorar, simbolizar o producir significado sobre la realidad, el mundo o al menos alguna parte de ellos”.<sup>32</sup>

Lo ideológico en un sentido amplio implica un ejercicio político. En este sentido, Luis Prieto Sanchís define que “los modos de producción jurídica y establecer un orden jerárquico entre los mismos entraña así el establecimiento de una determinada estructura de poder, que es lógicamente de naturaleza política”.<sup>33</sup>

En el caso del delito esa naturaleza política determinará qué actos ingresan bajo este paraguas o, como lo plantea Carl Schmitt, el ejercicio político tiene como objetivo “la distinción última del bien y del mal [...] o tal vez la de lo rentable y lo no rentable”.<sup>34</sup>

En similar línea Eugenio Raúl Zaffaroni se refiere al poder político y escribe que “el poder político hasta cierto punto puede decidir qué conductas somete a pena y cuáles no somete a pena, porque es parte de su ejercicio en el marco del hecho de poder que ejerce el sistema penal”.<sup>35</sup>

Con estos lineamientos se explica este apartado, que refiere a que el derecho es una construcción social y que, dentro de este constructo, se encuentran actos que se institucionalizan a través de un ejercicio político como delitos.

---

<sup>31</sup> Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 2004), 2.

<sup>32</sup> Christian Courtis, “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”. En Christian Courtis y Manuel Atienza, coord., *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2006), 350.

<sup>33</sup> Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 159.

<sup>34</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Madrid: Alianza editorial, 2002), 56.

<sup>35</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal* (Buenos Aires: Ediar, 1998), 209.



Ahora bien, en el siguiente apartado, se describe la forma de instituir tal poder político en sentido estatal, esto a través de un discurso jurídico que determina qué actos se asumen como delitos y su respuesta (sanción).

### **1.3. La construcción del delito a través del discurso jurídico estatal**

El objetivo de esta investigación no es realizar un estudio a profundidad del discurso jurídico estatal en la construcción/tratamiento del delito, ello desbordaría las pretensiones de esta. De forma modesta se presenta una radiografía de lo que ocurre en la justicia estatal penal.

Con esta justificación, abordar el discurso tiene distintas entradas y una es conocer su ambivalencia. Michel Foucault, al referirse al discurso, da cuenta de esta característica:

Los discursos, al igual que los silencios, no están de una vez por todas sometidos al poder o levantados contra él. Hay que admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y de partida para una estrategia opuesta. El discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo.<sup>36</sup>

El juego complejo e inestable que tiene el discurso es producto de la naturaleza del poder, pues para Foucault el poder está en todas partes, pero a través del discurso se puede cumplir la función ambivalente de encubrir o desenmascarar.<sup>37</sup>

Entendida la ambivalencia del discurso, permite hacer evidente que, dentro del discurso jurídico estatal, en la construcción del delito existen, siguiendo al menos la línea clásica, distintas formas de poder y resistencia.

Una segunda entrada para el análisis del discurso estatal en la construcción/tratamiento del delito es la propuesta metodológica de Ricardo Entelman, quien, junto a Carlos María Cárcova, se adscribe a la corriente crítica del derecho. Para Cárcova, “el discurso del derecho es el discurso del poder. A través de él se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza y reconduce el poder”.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Michel Foucault, *Historia de la Sexualidad, 1: La voluntad de saber* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1977), 122,123.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, 113-116.

<sup>38</sup> Carlos María Cárcova, *Acerca de las funciones del derecho* (México: Universidad Autónoma de Puebla, 1987), 57.

Para Ricardo Entelman el análisis del discurso jurídico que delinea Cárcova propone tres categorías. La primera es analizar el discurso desde los órganos sociales que lo producen, la segunda lo estudia desde las teorías, doctrinas y discusiones; y la tercera, desde la práctica social.<sup>39</sup>

A continuación una aproximación de las tres categorías que propone Entelman en la construcción/tratamiento del delito en la justicia estatal.

### **1.3.1. Producción del discurso jurídico estatal en la construcción del delito**

La primera categoría que aborda Entelman es analizar los órganos sociales, autorizados para emitir el discurso jurídico y que reglamentan las relaciones entre sujetos<sup>40</sup>. Esto se concreta cuando “grupos y culturas mejores ubicadas son las que imponen su discurso, en cuanto han adquirido la legitimidad simbólica de enunciar el mensaje y darle valor al mismo”<sup>41</sup>.

El poder político en el campo jurídico es entendido como “la posibilidad de ejercer la coacción, de usar la fuerza legal, lo cual equivale a la aplicación de la ley misma, pues ese poder político está *juridificado*”<sup>42</sup>.

En el discurso jurídico estatal, el órgano que por antonomasia determina, a través de la ley penal, qué actos se determinan como delitos y la forma de sancionarlos es el Parlamento<sup>43</sup>, en el caso ecuatoriano la Asamblea Nacional.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Ricardo Entelman, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, No. 4, (mayo de 1986): 115.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, 115.

<sup>41</sup> Omar Felipe Giraldo, *Utopías en la era de la supervivencia Una interpretación del buen vivir* (México: Itaca, 2014), 33.

<sup>42</sup> Carla Huerta Ochoa, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* (México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010), 6.

<sup>43</sup> Si bien la tipificación del delito es función principal del Parlamento, existen otros factores que coadyuvan a este fin, entre ellos los medios de comunicación. La función de estos, en dos contextos principales que José Luis Díez Ripollés señala: primero como escenario en el que se desenvuelve el debate de los problemas de la sociedad (delitos) y segundo como creadores de soluciones (formas de control) a través de la implantación de cierto punto de vista. Para un mayor análisis de esta precisión ver José Luis Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y la pena”. En Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín, coordinador, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (España: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003), 147, 148.

<sup>44</sup> Véase en Constitución de la República de Ecuador, Capítulo Segundo, Función Legislativa, artículo 120. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

He de aclarar que la ley penal no es un producto inocente o de generosas concesiones, sino que es resultado de distintos juegos de poder y resistencia propios del campo jurídico. Como lo señala Bourdieu:

En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho [...], por establecer cuál es la buena distribución (*nomos*) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparable social y técnica, consistente en [...] interpretar un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.<sup>45</sup>

En el caso ecuatoriano este fenómeno fue evidente con la implementación del Código Orgánico Integral Penal<sup>46</sup>, en el que se establecieron actos bajo la denominación de delitos y su respectiva sanción. Un proceso para nada tranquilo sino más bien de debate, de resistencia, de oposición. Pero al final el producto está en vigencia<sup>47</sup>, manteniendo la lógica de restringir derechos para garantizar derechos, crimen-castigo.<sup>48</sup>

Pero como todo discurso, la entrada ambivalente de Foucault tiene distintos puntos de resistencia, para los que se han determinado diferentes teorías. En el siguiente apartado, algunos de estos puntos de resistencia.

### **1.3.2. Discusión del discurso jurídico estatal**

El segundo elemento para analizar el discurso jurídico estatal en la construcción/tratamiento del delito es el uso/discusión del producto, obtenido en el primer nivel (ley penal). La discusión tiene que ver con las teorías, doctrinas y participantes en el campo penal (abogados, jueces, fiscales, peritos y notarios).<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Pierre Bourdieu, “Elementos para una sociología del campo jurídico” En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2000), 160.

<sup>46</sup> El Código Orgánico Integral Penal fue publicado en el suplemento del Registro Oficial 180 el lunes 10 de febrero de 2014 y entró en total vigencia el 10 de agosto de 2014.

<sup>47</sup> La vigencia del Código Orgánico Integral Penal aumentó el poder punitivo del Estado Ecuatoriano. Respecto a esta afirmación, es menester revisar el trabajo de investigación denominado “El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador” a cargo de Guido Xavier Prado Chiriboga, en el que se detallan algunos criterios que permiten concluir de esta manera. Ver más en: Prado Chiriboga, Guido Xavier. (2016). *El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador*. Quito: Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

<sup>48</sup> David Sánchez Rubio, “Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico”, *Umbral: Revista de derecho constitucional*, No. 4, Tomo I (jun-dic de 2014): 108.

<sup>49</sup> Ricardo Entelman, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, No. 4, (mayo de 1986): 115.

Para este fin, propongo tres entradas: La primera desde una teoría que prescribe los requisitos que debe cumplir una ley penal; la segunda, cuando se activa la ley penal y qué elementos se debe cumplir para que un acontecimiento sea considerado como delito; y la tercera, delinear una radiografía de quienes participan en la realización de la justicia penal estatal.

Respecto a la primera entrada, una de las principales teorías en materia penal que ha servido para limitar el poder punitivo es la de Luigi Ferrajoli<sup>50</sup>. Su teoría denominada el “garantismo penal” implica cuantificaciones de racionalidad en la intervención punitiva.<sup>51</sup>

Ferrajoli presenta tales cuantificaciones a través de axiomas garantistas<sup>52</sup>, que se determinan en diez, entre ellos:

1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio o de la defensa o de refutación.<sup>53</sup>

Estos principios definen dos requisitos, la mera y estricta legalidad, que condicionan a que una ley penal (norma) atienda criterios de validez y vigencia. No solo se debe cumplir con los requisitos formales (mera legalidad), sino que se debe satisfacer criterios de validez (estricta legalidad).<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Luigi Ferrajoli señala que la teoría del garantismo se delinea en diferentes extensiones: “el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él”. En Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 854.

<sup>51</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 851.

<sup>52</sup> Luigi Ferrajoli, al referirse a los axiomas garantistas, señala que “no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa”.

<sup>53</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 93.

<sup>54</sup> Los seis primeros principios (sucesividad, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad) se cobijan bajo la categoría de estricta legalidad y los cuatro restantes (jurisdiccionalidad, acusatorio, verificación y contradictorio) bajo la categoría de mera legalidad. Ver más en: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 95.

La propuesta de Ferrajoli no se agota en señalar los requisitos formales que una ley debe satisfacer, sino que determina el contenido material que debe de igual manera cumplir. Esta propuesta precisamente es una de las principales tesis del constitucionalismo.

En el contexto latinoamericano, es interesante presentar un referente jurisprudencial que apunta a este fin. Mediante sentencia, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado respecto a la discrecionalidad del legislador en la creación de delitos:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque, tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *iuspuniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.<sup>55</sup>

Con esta entrada, propongo a continuación bosquejar una segunda, esto es, cuando se activa la ley penal. Para evitar que cualquier acontecimiento se considere como delito, es necesario presentar una teoría para contener las pulsaciones del poder punitivo, que para Raúl Eugenio Zaffaroni es considerado como irracional<sup>56</sup>.

La teoría del delito es entendida como “sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo”<sup>57</sup>. Los filtros que define para Zaffaroni son conducta típica, antijurídica y culpable.<sup>58</sup>

Estos diques permiten que, en el contexto práctico de juzgamiento o ejecución de una ley penal, el poder punitivo no desborde su accionar y condene cualquier conducta, pues debe pasar estos diques. Sentado esto, el accionar de la justicia estatal, en el que se intentan cumplir estas teorías, sugiere la creación de dependencias,

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional Colombiana, sentencia número C-936 de 2010.

<sup>56</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal* (Buenos Aires: Ediar, 1998), 209.

<sup>57</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 13.

<sup>58</sup> *Ibid.*, 57, 58, 59. De manera similar, la ley penal ecuatoriana en su artículo 18 señala los elementos que debe cumplir una conducta para ser considerada como infracción penal: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 (1), artículo 18.

competencias y facultades para intervenir en un caso concreto. Esto nos lleva al tercer punto.

La tercera entrada sugiere que la justicia estatal cree dependencias para la administración de justicia penal. Uno de los requisitos para ingresar a este sistema es poseer un capital cultural.<sup>59</sup> El capital cultural se puede comprobar en distintos ámbitos, uno de ellos es el de poseer un título universitario, en el caso analizado el de abogado. Los actores que intervienen en un proceso penal en la justicia estatal son abogados. Obviamente abogados con distintos niveles de poder. Piénsese, por ejemplo, en el poder de un juez penal para condenar o no a una persona por cierto delito o en el papel de fiscal para acusar y llamar a juicio a una persona por ciertos actos; en los abogados de las partes (acusación y defensa); en los abogados que forman parte de la Unidad Judicial y del contingente policial para el cumplimiento de las decisiones. Igualmente también participan en él, quizá no con la misma titularidad, los afectados e infractores.

Los funcionarios antes descritos inauguran el teatro penal cuando se presentan hechos considerados como delictivos, “el proceso penal pone de manifiesto la representación de lo concreto [...] que se desenvuelve en el teatro del Derecho y a la vez redundando en el señalamiento de la distancia entre el drama existencial de la vida (lo concreto) y su representación en el teatro jurídico (lo abstracto)”.<sup>60</sup>

Sostengo que es un teatro pues es un constructo social de los hombres, en este caso, de los actores penales de la justicia estatal. En el siguiente apartado se presenta la práctica social de este teatro.

### **1.3.3. Práctica social del discurso jurídico estatal**

Finalmente el tercer nivel para analizar el discurso jurídico estatal en la construcción/tratamiento del delito, desde quienes reciben el impacto de los dos niveles antes analizados, se evidencia en la práctica social de la justicia penal estatal.

Para ello, una primera entrada cruda y realista la presenta Nils Christie, para quien los actos (delito-sanción), que son las categorías o lógica de la justicia estatal penal, tienen una particularidad y en distintas dimensiones el delito y el castigo están

---

<sup>59</sup> Para Bourdieu: “el capital cultural puede convertirse bajo ciertas condiciones en capital económico y resulta apropiado para la institucionalización, sobre todo, en forma de títulos académicos”. Ver más en Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001), 135.

<sup>60</sup> Alejandro Marambio Avaria, “Notas para una construcción filosófica-política”. En Fernando Pérez Álvarez, edit., *Serta. In memoriam Alexandri Baratta* (España: Universidad de Salamanca, 2004), 111.

generando dolor, con la particularidad de que el segundo (sanciones) es dolor impuesto por el ejercicio del poder estatal.<sup>61</sup>

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.<sup>62</sup>

Entonces el silogismo plateado sería: dolor generado por el acto de delito se responde con dolor generado por un acto de sanción. El proceso penal es el drama de repartir el dolor en cierto grado o, en su caso, evitar que sea repartido.<sup>63</sup>

El Fiscal acusa para que el Juez condene a cierto dolor, por el contrario la defensa alega para que se reduzca el dolor o que no lo determine. Pasado esto el juez condena o no al dolor, pero las palabras maquillan esta realidad, un ejemplo de ello son los jueces cuando condenan a rehabilitarse; pero lo que es claro es que “la gente con poder puede repartir dolor”<sup>64</sup>.

Nils Christie explica los niveles anteriores en los que se analiza el discurso jurídico estatal. En el primer nivel, “el código penal elabora la lista de los pecados, el Parlamento los clasifica y gradúa y decide en detalle la cantidad de dolor, que se debe infligir por cada violación posible de la ley y, naturalmente, le asigna el mayor dolor a los pecados de mayor categoría”.<sup>65</sup>

El segundo nivel, en la propuesta de Christie:

A los profesores de derecho penal ciertamente no les gusta que los designen como profesores “en derecho del dolor”; a los jueces no les agrada sentenciar a la gente al dolor, sino que prefieren sentenciarlas a diversas “medidas”; a los establecimientos penitenciarios no les agrada que los consideren como “instituciones para infligir dolor”.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> El término dolor como referente explicativo de la realidad en la lógica penal ha sido tomado de Nils Christie y, para profundizar en su estudio, véase Nils Christie, *Los límites del dolor* (México: Fondo de Cultura Económica. Trad. Por Mariluz Caso, 1988).

<sup>62</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, trad. Perfecto Ibañez y otros, 1995), 385, 386.

<sup>63</sup> Nils Christie, *Los límites del dolor* (México: Fondo de Cultura Económica, trad. Mariluz Caso, 1988), 100-150.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, 113.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, 46.

<sup>66</sup> Nils Christie, *Los límites del dolor* (México: Fondo de Cultura Económica, trad. Mariluz Caso 1988), 20.

Con esta entrada más cruda y realista, se colige que el derecho penal asume el tratamiento/repartición del dolor, para ello va el estudio de una sentencia penal, en el que se demuestra lo antes mencionado.

- **Sentencia dictada por la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Alausí, dentro del proceso penal número: 00009-2016**

El caso que se presenta gira en torno al delito de abigeato estipulado en el artículo 199 del Código Orgánico Integral Penal inciso primero y segundo que señala que

La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.<sup>67</sup>

El procesado por este delito en la justicia estatal ecuatoriana responde a los nombres de Alex P. F. El lugar en el que se han desarrollado los hechos considerados como delitos es el cantón Alausí, provincia de Chimborazo. La dependencia judicial que avocó conocimiento de este delito es la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Alausí, en el año 2016.<sup>68</sup>

El abigeato que se acusa refiere al robo de cinco chanchos y dos burros. Los perjudicados por el abigeato fueron José Q. Y, José R. B, Juan B. T, Roberto V. B, y María Q. M. El procedimiento por el cual se ha sustanciado este proceso es el directo estipulado en el artículo 640 del Código Orgánico Integral Penal. El avalúo del perjuicio causado según peritajes practicados en el proceso asciende a la cantidad de 800 dólares de los Estados Unidos de Norte América.<sup>69</sup>

- **Antecedentes y decisión**

A modo de resumen de la sentencia emitida en este caso: El día 21 de enero de 2016 a las 3h30, en el barrio Búa del cantón Alausí, agentes de policía por denuncias recibidas solicitan que una camioneta Ford, color verde, Placas PNE0669, detenga su marcha, pues se presume que en ella se transporta semovientes que han sido robados en comunidades cercanas.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 (1), artículo 199.

<sup>68</sup> Unidad Judicial Penal, cantón Alausí, sentencia condenatoria dentro del proceso penal número: 00009-2016.

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> *Ibíd.*



El vehículo era conducido por el ciudadano Alex P. F, y en él se encontraron cinco animales porcinos y tres caballares. Luego de algunas horas acuden al lugar de la detención los señores José R. B., Roberto V. B., María S. L. y Juan B. T., quienes reconocen los semovientes detenidos como de su propiedad y que habían sido sustraídos en horas de la noche.<sup>71</sup>

Posterior a esto, se convocó a una audiencia de calificación de flagrancia calificando la misma y declarando la legalidad de la detención del señor Alex P. F. Se inicia la sustanciación del proceso a través del artículo 640 del COIP, por lo que se convoca a audiencia para el día viernes 29 de enero de 2016, a las 10h00.<sup>72</sup>

En la audiencia de juicio directo, la Fiscalía de Ecuador, a través de su delegado en el cantón Alausí, presenta su teoría del caso y acusa al señor Alex P. F. del delito de abigeato prescrito en el artículo 199 inciso primero del COIP. Las pruebas que presenta son el parte policial, reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento de evidencias y avalúo, declaraciones juramentadas realizadas ante el Notario Primero del cantón Alausí, siendo los declarantes los señores José Q. Y, José R. B., Juan B. T., Roberto V. B. y María Q. M., y los testimonios de los señores Walter S. B., Hugo P. H., José Q. Y., José R. B., Juan B. T., Roberto V. B. y María Q. M.<sup>73</sup>

Por otra parte, la abogada del procesado presenta su teoría del caso y junto a ella sus pruebas: el testimonio del procesado, certificado de honorabilidad, con reconocimiento de firma y rubrica ante el Notario Primero del cantón Alausí, otorgado por Nancy Lorena C. y María Elizabeth P. A. Segundo Morejón; la copia de la partida de nacimiento del menor de edad Alexis Benjamín P. A., certificado de estudios del menor Alexis Benjamín P. A., certificados de antecedentes penales de las Unidades Judiciales Penales de Chimborazo, certificado de antecedentes penales del sistema del Ministerio del Interior, certificado de residencia emitido por la Jefatura Política de Alausí n° 001200, certificado de trabajo legalizado ante el Notario Primero del cantón Alausí, recibo original y copia certificada del pago de energía eléctrica del domicilio donde reside y legalizado ante el Notario Primero del cantón Alausí, copia certificada y original de la escritura donde reside en forma habitual y legalizada ante el Notario Primero del cantón Alausí, copia certificada y original de la escritura de la propiedad

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.*

que mantiene con su familia en el sector Panchipala y legalizada ante el Notario Primero del cantón Alausí, copia certificada del reconocimiento del lugar de los hechos y finalmente copia certificada del auto general del proceso n° 0241-2014. Posterior a esto se presentan los alegatos de las partes.<sup>74</sup>

Escuchados los alegatos, el juez sustanciador a través de las reglas de la sana crítica valora la prueba y alegatos presentados en juicio, permitiéndole concluir su decisión de la siguiente manera:

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DE ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, dicto sentencia declarando la culpabilidad del ciudadano [...] por considerarlo autor responsable de la infracción tipificada en el Art. 199 del Código Orgánico Integral Penal y sancionado en el inciso 2º del mismo artículo. Se le impone la pena de TRES AÑOS [...] acorde lo señalado en el n° 7 del Art. 70 del COIP, se le impone la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general [...]. De conformidad con lo previsto, en el Art. 78 de la Constitución de la República, Art. 77 y 628 del COIP, se dispone la reparación integral del daño ocasionado a las víctimas, cuyo monto se fija, atendiendo los criterios de reparación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 50 dólares para cada uno de los perjudicados.<sup>75</sup>

- **Análisis de la sentencia**

El presente caso resume el discurso jurídico de la justicia estatal en la creación y tratamiento del delito. El primer nivel del discurso jurídico de la justicia estatal es el producto generado por ciertos órganos sociales habilitados para ello, en este caso el Código Orgánico Integral Penal, artículo 199, instituido a través de la Asamblea Nacional.

Seguido a esto, el segundo nivel es el tratamiento del producto obtenido en el primer nivel. Este nivel inicia, en el presente caso, cuando la policía detiene al ciudadano Alex P. F. Posterior a esto se inicia el teatro penal. Se pasa la audiencia de flagrancia, la misma que se determina. En esta audiencia interviene el juez, el fiscal y el abogado de la defensa, hasta tanto el procesado es encerrado.

Posterior a esto y con la venia de la ley penal, se convoca a audiencia de juicio directo. En esta audiencia la acusación pública la realiza la Fiscalía de Ecuador, quien presenta su teoría del caso y junto a ello su prueba. Como contrapartida, el abogado del procesado presenta su teoría del caso y su prueba.

Intervienen acto seguido peritos, fiscales, policías, testigos y el procesado con su testimonio. El fin de la audiencia es determinar o no la responsabilidad del

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> *Ibíd.*

procesado. De ser el caso, se presentan atenuantes o agravantes. Lo que interesa en este teatro es conocer si existió o no el delito y si es imputable al procesado. Aquí se echa mano de las tesis y doctrinas de imputación y litigio penal.

No hay espacio en este teatro para que, apartándose del ritual, se escuche y conozca a las circunstancias de las personas afectas y del procesado. Es decir, sus participaciones importan en el sentido de ayudar a determinar o no responsabilidades mas no en escuchar sus realidades, su forma de solución.

Luego de esto, el juez valora lo aportado en juicio y, conforme al producto obtenido en el discurso penal, condena o no. En el caso de estudio, determinó la responsabilidad del procesado, por lo que lo condenó a tres años de privación de la libertad.

Finalmente, el tercer nivel del discurso jurídico estatal refiere a la práctica social de quienes reciben los dos niveles anteriores. En el caso analizado, los afectados por el robo de sus semovientes y el procesado. Veamos el silogismo que en líneas anteriores se presentó. El primer dolor generado por ciertos actos (abigeato) lo tienen los afectados y se responde con dolor (tres años de cárcel). Los autores del teatro penal al final del día no son los titulares de este dolor. Esta es la práctica social del discurso jurídico estatal.

¿Es posible otro discurso jurídico en la construcción/tratamiento del delito? En el siguiente capítulo, algunas respuestas.

## Capítulo segundo

### La construcción/tratamiento del “delito” en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro

En este capítulo se cuenta la segunda parte de la historia de Orencio Nievas. Luego de dos horas, un militar regresa a la comisaria con las botas, “permiso mi comisario, fui hasta la casa del detenido Nievas a traer las botas que le robó a don Vivas, me la entregó... me la entregó su mujer, las tenía puestas un hijo de ellos, un chico de unos siete años, señor”.<sup>76</sup>

La reacción del Comisario, “con que esas son las botas Son muy chicas *pa'* ensuciarse las manos”<sup>77</sup>. El Comisario pregunta sobre la reacción de la mujer de Orencio Nievas y se le responde que “me la entregó su mujer, las tenía puestas un hijo de ellos, un chico de unos siete años, señor. [...] lloraba como una magdalena, comisario, y cuando me *diba* a ir me dio esta carta, *pa* que se la entregara a usted en sus propias manos”.<sup>78</sup>

Una carta le había entregado la mujer de Orencio Nievas. La primera reacción del Comisario antes de leer la carta fue “nada más natural mujeres que piden los maridos... mujeres que piden los maridos, lo malo es que siempre los hallan angelitos aunque le hagan sombra al *mesmo* diablo”.<sup>79</sup>

Pero la carta tenía algo especial. Luego de ser leída por el Comisario, la carta le hizo cambiar su decisión. El Comisario ordenó que le devolviesen las botas a la mujer de Orencio Nievas, como también el pago del valor de las botas al Bolichero Vivas y la liberación de Orencio Nievas lo liberen, además de que pase al siguiente día para ver si le hallaron un trabajo. Finalmente, el Comisario cuestiona el cargo que desempeña.

Esta segunda parte nos ubica en la construcción/tratamiento del “delito”<sup>80</sup> en la justicia indígena. Más allá de discutir sus fundamentos, el propósito de este capítulo

---

<sup>76</sup> Carlos Portela, *Un par de botas*, banda sonora, 3'29". CD-ROM.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, 3'47".

<sup>78</sup> *Ibíd.*, 4'05".

<sup>79</sup> *Ibíd.*, 4'27".

<sup>80</sup> En adelante acuso el uso de comillas en la palabra delito, de forma indicativa, pues como se verá a posterior no tiene esta denominación en la cosmovisión de la justicia indígena del

es analizar los conceptos principales para entender la justicia indígena desde la propuesta de interculturalidad en el constitucionalismo ecuatoriano.

Posterior a esto, se expone a través de un estudio de caso, técnica de observación participante y entrevistas, la categoría conocida desde occidente como “delito”, su construcción/tratamiento, y con ello poder fundamentar algunos criterios para el desarrollo del tercer capítulo.

### **2.1. La justicia indígena bajo el paradigma de la interculturalidad**

Un elemento que define al neoconstitucionalismo,<sup>81</sup> en el contexto latinoamericano, es el haber pasado del reconocimiento de la pluriculturalidad al de la interculturalidad. Para ello, abordar la interculturalidad y justicia indígena en el constitucionalismo ecuatoriano amerita realizar algunas puntualizaciones. Ramiro Ávila ofrece un punto de referencia para iniciar este tratamiento: “La interculturalidad atraviesa toda la Constitución de Montecristi, desde el preámbulo, pasando por el artículo 1, que define y caracteriza a la Constitución y al Estado, y regulando instituciones específicas a lo largo del texto normativo”.<sup>82</sup>

Efectivamente, el preámbulo de la Constitución ecuatoriana brinda elementos que permiten afianzar el objetivo que tiene la interculturalidad<sup>83</sup>. De igual forma, el artículo primero señala que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.<sup>84</sup>

Ecuador, al proclamarse como un Estado intercultural, refiere el sentido de tratamiento que debe dar a las distintas construcciones culturales existentes en el país.

---

pueblo kichwa Saraguro, e incluso es apresurado considerar a ciertos actos como delitos, esto en alusión a lo que presenta el discurso de la justicia estatal.

<sup>81</sup> Respecto al término “neoconstitucionalismo”, Susanna Pozzolo brinda algunas ideas sobre la difusión del término y sus deslices significativos. Para un mayor estudio véase: Susanna Pozzolo, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”. En Jorge Luis Fabra, Álvaro Núñez Vaquero, edit., *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 363-399.

<sup>82</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”. En Boaventura de Sousa Santos, Agustín Grijalva Jiménez, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya Yala, 2012), 281.

<sup>83</sup> Ramiro Ávila determina cinco considerandos del preámbulo que tienen directa relación con la interculturalidad. Para un mayor estudio véase Ramiro Ávila Santamaría, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”. En Boaventura de Sousa Santos, Agustín Grijalva Jiménez, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 281.

<sup>84</sup> Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, artículo 1.

En este sentido, la interculturalidad aparece como una categoría que intenta dejar atrás la concepción multicultural del Estado ecuatoriano, que, como lo señala Catherine Walsh, “solo añade [la multiculturalidad] la particularidad étnica a la matriz existente sin buscar o promover una mayor transformación”.<sup>85</sup> En esta línea crítica, Boaventura de Sousa Santos, al referirse a la multiculturalidad liberal, señala que “el multiculturalismo liberal reconoce la presencia en la sociedad de culturas no eurocéntricas en la medida en que operen únicamente en las comunidades que las adoptan y no interfieran en la cultura dominante en el resto de la sociedad”.<sup>86</sup>

Retomando el análisis de la interculturalidad con la finalidad que intenta dejar atrás (multiculturalidad), según Walsh, “se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder”.<sup>87</sup> Ello sin olvidar la advertencia de que este proceso se debe pugnar para que se desarrolle en igualdad de condiciones, para que no sea una imposición de una cultura o culturas sobre otra u otras.<sup>88</sup>

En el campo jurídico, un elemento que permite evidenciar el eje intercultural, aunque de manera solo formal, es el reconocimiento de otras formas de administrar justicia, en el caso ecuatoriano la justicia ordinaria y la justicia indígena.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”. En Judith Salgado, compiladora, *Justicia Indígena, Aportes para un debate* (Quito: Abya Yala, 2002), 25.

<sup>86</sup> Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. En Boaventura de Sousa Santos, Agustín Grijalva Jiménez, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 22.

<sup>87</sup> Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”. En Judith Salgado, compiladora, *Justicia Indígena, Aportes para un debate*. Quito: Abya Yala, 2002, 24.

<sup>88</sup> Julio Cesar Trujillo, “Plurinacionalidad y Constitución”. En Boaventura de Sousa Santos, Agustín Grijalva Jiménez, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 307.

<sup>89</sup> Véase en Constitución de la República del Ecuador, Capítulo cuarto Función Judicial y justicia indígena, artículos 167, 168, 169, 170, 171. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Esto implica que cada sistema de justicia tiene una “cultura jurídica”<sup>90</sup> para administrar justicia, este fenómeno de coexistencia en un mismo territorio de diferentes sistemas jurídicos es conocido como pluralismo jurídico.<sup>91</sup>

Comprender y aceptar otras formas de administrar justicia no es nada fácil, lo que conlleva a que la cultura eurocéntrica y monocultural, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, “vea a la justicia indígena con desconfianza y extrañeza, ya que tiene dificultad para entender las premisas de las que parte”.<sup>92</sup> De hecho un recuento a la decisión de la Corte Constitucional Ecuatoriana dictada mediante sentencia n° 113-14-SEP-CC, da cuenta de, en el tema de la interculturalidades, un retroceso en la configuración de la interculturalidad entre sistemas de justicia.<sup>93</sup>

El próximo apartado es un intento de acercamiento intercultural para conocer, mediante un estudio de caso en la justicia indígena del cantón Saraguro, la denominación y tratamiento a la categoría conocida en occidente como “delito”.

## **2.2. Contexto geográfico y cultural en el que se desarrolló el levantamiento de información**

El contexto geográfico es la comunidad de Tuncarta perteneciente al cantón Saraguro, provincia de Loja. Saraguro es un cantón de la provincia de Loja, conformado por diez parroquias rurales y una urbana. Se encuentra ubicado en el sur de la sierra ecuatoriana, al norte de la cabecera provincial. Su población aproximada

---

<sup>90</sup> Para Ramiro Ávila “la cultura jurídica es un sistema compuesto por varios actores que cumplen funciones específicas para mantenerla y reproducirla.”. Para un mayor estudio véase Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”. En: Luis Ávila y Santiago Andrade (eds.), *La Transformación de la Justicia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 393.

<sup>91</sup> Para Elisa Cruz Rueda “El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto en la antropología como en la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica de derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente del derecho por el positivismo jurídico”. Para un mayor estudio véase: Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales del Derecho Indígena”. En Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosember Ariza, coordinadores., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. (Colombia: Antropos Ltda., 2008), 31.

<sup>92</sup> Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. En Boaventura de Sousa Santos, Agustín Grijalva Jiménez, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 40.

<sup>93</sup> Respecto a esta afirmación, es menester revisar el trabajo de investigación denominado “Caso La Cocha, un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” a cargo de Giovanni Francisco Bravo Rodríguez, en el que se detallan algunos criterios que permiten concluir de esta manera. Ver más en Bravo Rodríguez, Giovanni Francisco. (2015). *Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

es de treinta mil habitantes, entre los que convergen indígenas y mestizos. En Saraguro se administra justicia desde el sistema ordinario e indígena.

El trabajo de campo se realizó en la comunidad de Tuncarta, comunidad indígena situada al noreste de la cabecera cantonal. Es la sede del Consejo Interprovincial de Administración de Justicia Indígena del Pueblo Kichwa Saraguro.

Expuesto el contexto geográfico, para un referente explicativo, el contexto cultural del pueblo Kichwa Saraguro, reseña:

Se cree que antes de la conquista inka los saraguro formaban parte de los paltas, que fueron conquistados por los hijos del Sol, pero dada la resistencia que presentaron fueron castigados con su traslado a tierras del Perú y reemplazados por mitimaes cuzqueños. A los saraguros se les atribuye ser descendientes de mitimaes, que formaban parte de las poblaciones trasladadas por el imperio inka con fines políticomilitares, para lograr una efectiva administración del territorio conquistado. Por ello se sostiene que los actuales saraguro descienden del linaje inka. Otra hipótesis afirma que los saraguro proceden de Bolivia, basándose fundamentalmente en las similitudes en la vestimenta con los paquizhapas, indígenas de Urdaneta.<sup>94</sup>

Presentados estos dos contextos en los que se desarrolla el trabajo de campo, es menester en el siguiente tópico iniciar con algunas ideas sobre la justicia indígena y su activación en el cantón Saraguro, comunidad de Tuncarta.

### **2.3. El *llaki* en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro**

El primer aspecto a delinear es el fenómeno que permite que se active la justicia indígena en el pueblo Kichwa Saraguro. Según Miguel González, el fenómeno que activa la justicia indígena es el *llaki*, entendido como “una pena, una tristeza [...]. Una pena que causa, por algunas razones, robo de ganado, el dueño siente pena”<sup>95</sup>.

El *llaki* es el resultado de ciertos actos, con la aclaración que los actos que se reputen como atentatorios serán distintos o similares en cada sistema de administración de justicia indígena.<sup>96</sup> Ahora bien, Luis Minga comenta “que si bien existe el *llaki* que se le conoce como tristeza, cuando hablamos del delito quizás desde la lógica occidental [derecho penal], se habla de *hatunllaki* que se traduciría como una tristeza grande o mayor”.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Andrea Cristina Pacheco, *Etnias aborígenes y globalización, estudio de caso de la Comunidad de Saraguro-Loja* (Ecuador: Universidad del Azuay, 2007), 15, 16.

<sup>95</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro 06 de septiembre de 2016.

<sup>96</sup> Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 02 de septiembre de 2016.

<sup>97</sup> *Ibíd.*



Y al contrario, cuando la tristeza es menor “se estaría frente a un *uchillallaki*, pequeño sufrimiento, interno, intrafamiliar, dentro de la comunidad nada más, se reúne sólo los afectados, las dos partes y la autoridad comunitaria”.<sup>98</sup> De lo expuesto el grado de afectación determina en qué situaciones es pertinente hablar de un *uchillallaki* o en su caso de un *hatunllaki*.

Al conversar con Miguel González, respecto a la exteriorización del *llaki*, manifiesta que “la gente o veces la comunidad mismo da cuenta del sufrimiento y se avisa pronto. Cuando es *hatun* la comunidad enseguida da cuenta, y un *uchilla* no tanto que demos cuenta solitos, sino que persona afectada cuenta lo que pasa”.<sup>99</sup> Por ejemplo, cuando son problemas de linderos si bien el problema es conocido por la comunidad, la tristeza es mayor en un nivel vecinal. Caso contrario cuando hay una muerte, un robo, porque el sufrimiento es mayor en el nivel comunitario.<sup>100</sup>

El derecho penal indígena, si valiese denominarlo de esta manera, asume el tratamiento del *hatunllaki* con la aclaración de que algunas conductas, que no son tomadas en cuenta en la justicia ordinaria, son asumidas como problemas en la justicia indígena, ejemplo de ello es el chisme y la infidelidad.<sup>101</sup>

Respecto a este particular y como se evidenció en el primer capítulo, el ejercicio político, en sentido amplio, permite definir que conductas se determinan como conflictos. Esther Sánchez Botero, en el caso de los pueblos indígenas señala que “cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos se expresan de modo particular para arreglar asuntos, que cada comunidad define como antijurídicos”.<sup>102</sup>

Con esta precisión, lo que interesa en el siguiente apartado es evidenciar el tratamiento que se da al *hatunllaki*. Para lo cual haré uso de la técnica de observación

---

<sup>98</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 02 de septiembre de 2016.

<sup>102</sup> Esther Sánchez Botero, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”. En Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosember Ariza, coordinadores., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. (Colombia: Antropos, 2008), 119.

participante y de las entrevistas a los principales actores de justicia indígena comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro.

## **2.4. El tratamiento del *hatunllaki* en la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro, comunidad de Tuncarta**

Previo a presentar el tratamiento del *hatunllaki* es necesario realizar una introducción sobre los hechos, que motivan la instalación de la justicia indígena en la comunidad de Tuncarta.

Los hechos tienen que ver con el *hatunllaki* o gran tristeza, que tienen comuneros de la parroquia de Selva Alegre<sup>103</sup> por la pérdida de sus semovientes. Para lo cual, dan aviso a las autoridades que coordinan la justicia indígena del pueblo Kichwa Saraguro con la intención de curar la tristeza, retomar la armonía social y recuperar el ganado.<sup>104</sup>

A continuación, las etapas en las que se desarrolló el caso de estudio.

### **2.4.1. La *willachina*: aviso**

La primera entrada para el tratamiento del *hatunllaki* es el acto de exteriorizar lo que inquieta a los comuneros. Esta etapa es denominada, según Pedro Sigcho, como *willachina* y puede decirse que es la forma de conocer lo que enferma.<sup>105</sup>

El *hatunllaki* que preocupa a los campesinos de la parroquia de Selva Alegre tiene que ver con la pérdida de sus semovientes, por lo que acuden a la comunidad de Tuncarta para que ayuden a restablecer la armonía de su parroquia. En palabras de los afectados:

...perdimos hartísimas cabezas de ganado, desde bastante tiempo que se vienen perdiendo, parecía cosa de no creer, son como cuarenta y dos que se han perdido de todos los vecinos, lastimita de ahorros que pagamos [...], queremos pedir a la justicia comunitaria para que se halle el ganadito [refiriéndose a los semovientes] es nuestra forma de trabajar, de sacar leche, quesillo, carne, es para poder vivir. Por ahí tenemos algunas sospechas de quien puede ser porque de la noche a la mañana apareció con carro nuevo, el cuello colgando cadena de oro parecía.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Selva Alegre es una parroquia rural del cantón Saraguro. Se encuentra ubicada al oeste de la cabecera cantonal. Su reconocimiento como parroquia se realizó en el año 1910.

<sup>104</sup> Diario de Campo: martes 30 de agosto, 2016.

<sup>105</sup> Pedro Sigcho, ex presidente de la de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 05 de septiembre de 2016.

<sup>106</sup> Diario de Campo: martes 30 de agosto, 2016.

En la *willachina* la participación es de todos quienes quieran acompañar: familiares, amigos, padrinos, pues en el caso de *hatunllaki* el daño es para todos y todos quieren curarlo.<sup>107</sup>

Lejos de discutir las fuentes del derecho que legitiman el accionar de la justicia indígena y, por ende, la activación, cuando se reportan ciertos actos se debe de forma indicativa señalar que el sustento no es la ley penal, sino principios que guían su forma de convivencia y que han sido incumplidos. Por citar algunos: *ama quilla*, *ama llulla* y *ama shua*.<sup>108</sup>

Estos principios que guían el comportamiento de una comunidad indígena se pueden entender desde la propuesta del derecho indígena

Mediante sutiles y claros mecanismos de socialización se contribuye al conocimiento de pautas ocultas o implícitas de la cultura. Es decir, a las regularidades del comportamiento, de las cuales los miembros de una sociedad pueden ser poco conscientes, pero que no obstante están ampliamente configuradas.<sup>109</sup>

Aunque el aviso que se da a la autoridad por regla general es de manera oral, de la observación participante realizada distinguí que algunas personas plasman lo acontecido en un papel con unos básicos requisitos: autoridad, narración de hechos, firma o huella digital.<sup>110</sup> Este fenómeno de presentar por escrito, comenta Miguel González, es resultado de que “últimamente nos hemos visto obligado a que presenten por escrito, pedimos estos para argumentar y decirles a los jueces o fiscales que este escrito presentan los compañeros, [...] para que jueces o fiscales digan que hacemos verdaderamente justicia indígena”.<sup>111</sup>

No se necesita en esta etapa presentarse con un abogado, aunque tampoco niegan la posibilidad de hacerlo, pero tratan siempre que acudan las personas directamente a conversar sobre lo sucedido. Cuando se presenta un escrito con auspicio de un abogado, se coteja lo ahí expuesto con el dialogo que tienen los afectados con la autoridad indígena.

---

<sup>107</sup> Diario de Campo: martes 30 de agosto, 2016.

<sup>108</sup> *Ama quilla, ama llulla, ama shua* del kichwa, significan no mentir, no robar y no ser ocioso.

<sup>109</sup> Esther Sánchez Botero, “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”. En Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (Bogotá: Siglo del hombre editores/Universidad de los Andes, 2001), 197.

<sup>110</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>111</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

Dependiendo de los actos que se avisen para su tratamiento, en ocasiones se acompañan los objetos inmersos en el problema, que son analizados por la asamblea de justicia indígena y que informan sobre la magnitud de lo sucedido.<sup>112</sup>

#### **2.4.2. La *tapuykuna*: averiguación**

Con el aviso del sufrimiento que están atravesando la comunidad, se realiza la “invitación” (a modo de citación para que se entienda) a la persona o personas, que se presume hayan roto la armonía en la comunidad.

Este acto al tratarse una tristeza que fuere *hatun*, o sea, grande, lo hacen los integrantes de la asamblea visitando la casa del invitado, comprometiéndolo a que comparezca e inclusive lo van a ver cuándo no comparece de forma voluntaria.<sup>113</sup> Se denomina invitado a la persona o personas a las cuales se les acusa de la comisión de ciertos actos, que han causado el resquebrajamiento de la armonía en la comunidad, y que son llamadas para conversar en asamblea sobre su posible participación o conocimiento de lo sucedido.<sup>114</sup>

Miguel González explica que, aunque en las últimas ocasiones se reciben avisos por escrito “anteriormente era por una comisión de forma verbal, [...] empatamos en este punto con la justicia ordinaria, se coopera. Aunque los jueces dicen que es inconstitucional [refiriéndose a la invitación que realizan], para nosotros es constitucional”.<sup>115</sup> El tema de la invitación, con la observación participante realizada, se distingue una crítica en cuanto a su redacción, pues se deberá dejar constancia amplia sobre las acusaciones o el conflicto que se investiga y la vinculación/conocimiento que los invitados puedan tener.

Cuando se convoca a la conversación (a manera de audiencia) en la que concurren las partes y la asamblea, se constata la presencia de los participantes y, si una parte faltase, se organizan grupos para ir a buscarla y así asegurar su presencia en la audiencia.<sup>116</sup> Relata Luis Minga que, en caso de robo de ganado, incluso han tenido que trasladarse a otros pueblos para traer a los invitados.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup>Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>113</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>114</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>115</sup>Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>116</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>117</sup>Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 02 de septiembre de 2016.

Se busca al invitado cuando no comparece voluntariamente, “la policía nos coopera, nos ayuda a buscar y decirle [refiriéndose al invitado] de buena manera que vaya a conversar y, si el problema es grande, se lo lleva urgente para conversar en la asamblea”.<sup>118</sup> Con la presencia del o los invitados y de las partes que solicitaron la activación de la justicia indígena, se inaugura una asamblea para tratar de aliviar la tristeza: “Iniciamos instalando la asamblea, el secretario coge datos y hacemos una pequeña agendita, de acuerdo al problema, e iniciamos la investigación”.<sup>119</sup>

El objetivo de la *tapuykuna* es asegurar la presencia de las personas a las que se les acusa de una transgresión. La averiguación en casos de *hatunllaki* es particular, aunque algunos aspectos que coinciden son los siguientes:

Primero, se conoce a los invitados cuando son ajenos a la comunidad. Se preguntan nombres, oficio, familia, alguna enfermedad y/o condición física especial, tristezas que tenga como la pérdida de seres queridos, vicios, separación de pareja, infidelidad o necesidades.<sup>120</sup>

Segundo, se le hace saber sobre las acusaciones que tiene en su contra; la forma en que se presenta los hechos siempre es conciliadora, tratando de brindar espacio para que reflexione y, de ser ciertas las acusaciones, pida perdón o, en su caso, demuestre no haber cometido lo acusado.<sup>121</sup>

Tercero, con las dos etapas anteriores se discurren dos escenarios: el primero, en el que acepte total o parcialmente los hechos que se le endilgan y que exponga las razones o personas que también participaron; el segundo, en el que el invitado niega las acusaciones y se da paso a la confrontación entre los participantes, que se desarrolla en la etapa conocida como *chimbapurana*.<sup>122</sup>

Buenas noches señores de cabildo, mi nombre es [...], soy de aquí nomás, del arenal antes de Selva Alegre, *viera* yo no he visto nada de lo que me dijeron para que venga hablar, yo trabajo en mi carrito haciendo carreritas a la gente, pero de ahí de robar no *viera*, eso de la pérdida del ganado si escuché pero yo no tengo nada que ver”. De pronto en la asamblea alguien pregunta: “¿con quién vives?: “yo estoy peleado con mi esposa, hace ya tiempo, vivir así con alguien no”. “¿Qué anda con otras mujeres dicen?” “eso son chismes, yo ando solo, pero amiguitas si tengo”. Se escuchan risas en la asamblea, otros se muestran molestos. La autoridad de justicia indígena dice “vea señor ha llegado a esta comunidad

---

<sup>118</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, 06 de septiembre de 2016.

<sup>120</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>121</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

<sup>122</sup> Diario de campo: martes 30 de agosto de 2016.

un aviso de que usted ha tenido que ver con la pérdida de unos ganados, queremos ver qué hay de cierto en esto que llega. El invitado dice: “*seriecito* que no he cogido nada, yo para nada eso de estar cogiendo lo ajeno, para nomás de vivir sí tengo.”<sup>123</sup>

En el caso que se presenta en este capítulo, el invitado en esta etapa niega las acusaciones que se le presentaron por lo que se dio pasó a la confrontación, etapa conocida como *chimbapurana*.

### **2.4.3. La *chimbapurana*: confrontación**

La *chimbapurana* es el momento en el que la Asamblea abre el debate entre las personas que presentaron el pedido de justicia y quienes fueron invitados por ese motivo. Un aspecto a tener en cuenta en esta etapa es que las personas afectadas son las que debaten y que no se evidenció la presencia de abogados o representantes.<sup>124</sup>

Empero, Miguel González nos relata:

Una vez, cuando tuvimos en un caso de así mismo de ganado, una señorita vino. No dijo nada y estaba sentadita. Nosotros dijimos quien también estará. Chicos que juegan por aquí fueron a contar que ni medio descuidamos ha hecho firmar unos papeles a los invitados. A lo que fuimos muy respetuosos a preguntar que hacía y no contestó. Empezó a querer irse y fue cuando las compañeras, mujercitas también, dijeron que indique esos papeles. Tanto porfiar indicó y había sido un documentito diciendo que nos van a denunciar porque nosotros les lastimamos los derechos, que no hacemos justicia. La señorita había sido abogada. De ahí cuando viene el abogado, nosotros decimos que esté sentadito, nada de teléfonos, de estar tomando fotos porque rapidito van al chisme. Si quiere estar por aquí, que estén tranquilitos, si quiere palabra diga, pero así bien claro, claro.<sup>125</sup>

La *chimbapurana* “no es para pelear, sino más bien es para que las partes se presenten [...], cada uno tiene su tiempo para decir todas las verdades de todo lo que sucedió [...], el posible infractor tiene su derecho a la defensa”.<sup>126</sup>

La participación de los integrantes de la Asamblea es abierta, pueden interrumpir los diálogos para pedir aclaración o en su caso hacer preguntas. De ser necesario y dependiendo del *hatunllaki* que se investigue, la Asamblea podrá disponer visitas al lugar de los hechos, buscar objetos relacionados con el conflicto, cotejar otras narraciones, buscar testigos, pero siempre con la consigna de celeridad, pues, como lo

---

<sup>123</sup> Extracto del diario de campo: viernes 02 de septiembre de 2016.

<sup>124</sup> Extracto del diario de campo: viernes 02 de septiembre de 2016.

<sup>125</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>126</sup> Pedro Sigcho, ex presidente de la de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 05 de septiembre de 2016.

relata el líder indígena, “hay que actuar cuando las cosas aún están frescas”.<sup>127</sup> Al respecto, en el caso que pude participar, la celeridad con la que se actúa es comunitaria, y siempre a debate sobre las pruebas obtenidas tratando en lo menos de vulnerar a terceros. Razón de ello, es que entre quienes participan en la asamblea se corrigen las actuaciones y valoraciones de evidencias obtenidas.

La *chimbapurana* busca la verdad, procura un diálogo entre iguales y no se agota en un formalismo que impida el desarrollo de la investigación, sino más bien en solucionar el conflicto. En esta etapa se deben aclarar las dudas, “aquí cae la mentira, aquí se sacan todas las cosas que no se conocen, muchas veces salen a la luz otros problemas, venganzas, rencores. A veces vienen por cosas que eran grandes y resulta que ha sido otra, más sencilla, más tranquila, que se podía arreglar”.<sup>128</sup>

En el debate, si bien lo dirigen las autoridades indígenas, los participantes (auditorio) corrigen e inclusive confrontan el proceder cuando consideran que no se está actuando de buena forma, por lo general, suele suceder cuando no se toma en cuenta todo lo dicho o no se da la importancia suficiente.<sup>129</sup>

En esta etapa, el *hatunllaki* por el cual se convocó a los invitados suele resultar como actos que no llegan a tal magnitud. El debate sugiere que los actos que se reputan como ofensivos obedecen a, como lo señala Miguel González, “muchas veces majaderías, venganzas, vicios, equivocaciones, ociosidad, falta de palabra para conversar y ponerse de acuerdo”.<sup>130</sup>

El *hatunllaki* por el cual se convocó a la asamblea, se exterioriza en esta etapa, son los intervinientes quienes exponen sus narraciones/sufrimientos sobre lo sucedido:

Una persona de la asamblea toma la palabra “Haber... diga porque usted hace llamar a don [...] por la pérdida de ganado, qué tiene que contar, hable”. Una de las personas que presentaron el pedido de justicia hace uso de la palabra: “Verá, sospechamos del señor... pues de lo que vemos como vecinos no es para que tenga tanto dinero, de noche a la mañana compró carro nuevo, el señor desde que se dedicó a la bebida ha cambiado mucho, se peleó con la mujer y se dedicó a estar con otras mujeres. Brillaba la plata cada vez que sacaba para comprar licor y decían que algo malo ha de estar haciendo, porque no trabaja más que por ahí haciendo carreras. También porque lo han visto en Cuenca negociando ganado, pero bastante y siempre, pues no tenía más que unas cuatro vaquitas y de lo que han seguido

---

<sup>127</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>128</sup> Pedro Sigcho, ex presidente de la de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 05 de septiembre de 2016.

<sup>129</sup> Extracto del diario de campo: viernes 02 de septiembre de 2016.

<sup>130</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

la pista ha vendido alrededor de veintiséis y solo en Cuenca, de ahí que pregunten en justicia comunitaria lo que hay de cierto, que cuente, que diga la verdad<sup>131</sup>.

Con esta exposición del pedido que hacen los comuneros, varios integrantes de la asamblea entablan una conversación con el invitado y, como lo señala Miguel González, “el tiempo de conversa dependerá si el invitado es durito o no, a veces cuentan pronto, pero hay unos que son duros y se demoran hasta que dicen la verdad”.<sup>132</sup>

Después de algunas tardes y noches (alrededor de seis), el invitado, sentado nuevamente delante de la asamblea, empieza a tomarse la cabeza, en actitud inquieta y empieza hablar:

Tengo dolor de cabeza, me quema la cara, en eso quienes dirigen la asamblea le contestan “tranquilo a vos no te va a pasar nada, estese tranquilito, vamos nuevamente conversando *tinosamente* y usted se va a ir en perfecto estado, no vas a salir de aquí triste [...] si estás medio mal de salud te vas recuperado”. El invitado empieza hablar: “yo mismo he hecho daño, solamente por mal defecto he hecho esas cosas, por tomar, yo me dejé llevar”. La asamblea aplaude el reconocimiento, de pronto alguien de la asamblea habla: “ahora cuenta quien más está contigo en la fechoría, cuenta quién es” y el invitado con la mirada al piso dice “seriecito que soy solo yo, yo solito me iba a traer el ganado como yo mismo tengo carro solito me iba a coger el ganado ajeno y de ahí llevaba a vender, el vicio te hace cosas que no se piensa, caminar largo hasta ver animales sueltos”. Otra persona de la asamblea pregunta “ahora que has contado dinos cuantas cabezas de ganado cogiste”. El invitado contesta “unas treinta y cinco fueron pero sinceramente no acuerdo muy bien, parece fueron más, estaba *chumo* cuando iba a coger y no recuerdo bonito, vendía barato los animales”.<sup>133</sup>

Con la aceptación del problema que convocó a la comunidad a la asamblea, se da paso a la etapa conocida como *killpichirina* o purificación.

#### **2.4.4. La *killpichirina*: purificación**

Asumiendo que en la *chimbapurana* se evidenció una gran tristeza en la comunidad, se debe tomar una decisión para curar la enfermedad, la decisión es tomada por la Asamblea general y dependerá de lo acordado en la etapa de diálogo, si es posible se llega a un arreglo, caso contrario se decide teniendo en cuenta lo escuchado y las diligencias practicadas.

Si se determina que una persona es culpable, es ver qué alternativas hay para sanar a esa persona, pueden llegar padrinos [...], dependiendo los casos no amerita la misma

---

<sup>131</sup> Extracto del diario de campo: viernes 02 de septiembre de 2016.

<sup>132</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016.

<sup>133</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.



sanación, en robo devolver el ganado, en infidelidad pedir perdón, trabajo social en la vida comunitaria, hay viudas, personas mayores que no pueden trabajar, cultivar, entonces allí un determinado tiempo debe trabajar esa persona [refiriéndose a la persona culpable], en la parte social, ambiental, cultural.<sup>134</sup>

En caso de acuerdo entre las partes se elabora un escrito (acta de compromiso-arreglo), pero no siendo posible se toman sanaciones que dependerán del *hatunllaki* que se quiera curar. Entre las formas de curar la enfermedad, se encuentran pedir perdón, devolver lo robado, pagar multas, trabajo comunitario, ortiga, látigo, baño de agua fría y de forma extraordinaria la expulsión de la comunidad.<sup>135</sup> Si bien la justicia ordinaria utiliza la cárcel<sup>136</sup> como medio de rehabilitación social, la justicia indígena la evita:

Nada saco con encerrar a gente, se necesita que se cure e integre en la comunidad, sirva, trabaje, sea feliz, no haga daño, que se arrepienta y de forma bonita queden bien todos. Si una persona está detenida, hay tristeza para su familia, sus vecinos, amigos, entonces queremos más bien que ayude a enmendar sus errores. El tiempo que dure la investigación, dependiendo del problema, se le hace al invitado que ayude a la comunidad, haciendo alguna tareíta para que se gane la comidita de los días que pasa aquí.<sup>137</sup>

La *killpichirina*, en el caso analizado, se estableció como forma de curación del *hatunllaki*: pedir disculpas, devolver lo robado y un baño de purificación. En el caso que se presenta, no se realizó el levantamiento de acta de solución/arreglo, pues, como se evidencia a continuación, el invitado solicita un tiempo para cumplir con lo ofrecido.

El invitado voluntariamente se compromete a devolver inmediatamente en dinero o en pie el perjuicio ocasionado por haber tomado ganado ajeno, pedir disculpas, baño de purificación”. De pronto el invitado hace uso de la palabra “yo ahoritas no tengo como devolver todo lo que cogí, pero verán la mitad si le puedo dar en dinero, el resto yo

---

<sup>134</sup> Pedro Sigcho, ex presidente de la de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 05 de septiembre de 2016.

<sup>135</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>136</sup> En este sentido véase por ejemplo el estudio de Ramiro Ávila Santamaría denominado *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso*, publicado en Quito por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en 2013. Edición electrónica: «[http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/391/File/Paper%20Spondylus%20112/RamiroAvila%20\[La\\_prision\].pdf](http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/391/File/Paper%20Spondylus%20112/RamiroAvila%20[La_prision].pdf)»

<sup>137</sup> Pedro Sigcho, ex presidente de la de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Saraguro, 05 de septiembre de 2016. De igual manera el entrevistado, al conversar sobre la justicia indígena y su forma de tratamiento a los problemas, señala que “el espíritu de una justicia indígena no es una justicia castigadora, muchas veces satanizan la justicia indígena [...], que vulneramos derechos humanos, la justicia indígena trata de armonizar, un equilibrio social, si yo robé deben ayudarme a ver realmente si es por necesidad, tengo que tener alternativas, reinsertar en la vida comunitaria”.

propongo dejar en sus manos escrituras de un terrenito que tengo hasta que en un mes a lo mucho poder conseguir el dinero”; alguien de la asamblea dice “y cómo vas a conseguir el dinero que te falta sino estás trabajando”, a lo que el invitado contesta “ya mismo me pongo a trabajar en mi carrito y en menos de un mes ya saco algo mismo para poder comer, pues venderé el carro para pagar toditito, y el vuelto que me queda compro un carrito más baratito para seguir trabajando”. La asamblea delibera y acepta el ofrecimiento del invitado “no faltes a la palabra, mañana de mañanita, luego del bañito vamos para que des la primera parte y dejes en seña las escrituras, ahí nadie va hacer dueño de ese terreno, y en un mes pagas lo que falta, verás todos confiamos”. El invitado señala “así será, mañana pronto vamos para arreglar, disculpen todos, no pensé hacer este daño, pero ya arreglamos para quedar bonito, tranquilito.”<sup>138</sup>

A continuación, algunas voces de las personas, que prestaron el pedido, piden que la justicia indígena ayude a solucionar el *hatunllaki*:

No hay que ser porfiados, nosotros de principio le dijimos al señor que devuelva lo que ha cogido. Pero era necio, decía que no y no y vea ahora ya por fin estamos arreglando. Adrede hizo venir acá cuando pudimos arreglar allá mismo [...], si ya más tranquilita, una por los años ya se dificulta trabajar, ir al cerro, mudar las vacas, ahora lo que toca es ver quién puede arrendar un cortecito de hierba para tener el ganado, cuando pasó esto agradecemos al señor que estaba arrendando la hierbita y ahora ya está otra persona en ese lado.<sup>139</sup>

Hasta este punto se ha detallado el proceso de tratamiento del *hatunllaki* en la comunidad de Tuncarta. En el siguiente apartado, se presentan las voces de los participantes en el caso planteado.

## **2.5. Diálogo con los afectados, invitado y participantes de la asamblea**

Charles Ragin establece siete fines principales de la investigación social, entre ellos dar voz a grupos marginados.<sup>140</sup> La relevancia de este fin se justifica según Ragin en que “muy a menudo los grupos que se estudian de esta forma son grupos marginados, que se encuentran fuera de la sociedad predominante [...], cada grupo de la sociedad tiene una “historia que contar”.<sup>141</sup>

Cuando se presenta el estudio de un caso único, es indispensable reunir los hechos relevantes para el sostenimiento de un marco analítico y que apoyen en la interpretación de la tesis que se investiga.<sup>142</sup> En consecuencia, hechos, que nos permiten apoyar la construcción/tratamiento del “delito” en la justicia indígena, los

---

<sup>138</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>139</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>140</sup> Charles Ragin, *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2007), 75-89.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, 89.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, 175.

encontramos en los diálogos mantenidos con los participantes en el caso analizado y expuesto anteriormente.

### 2.5.1. Voces de los afectados

El grupo de afectados directamente, es decir, los dueños de los semovientes, aunque el *hatunllaki* se entiende de forma colectiva, es de diecisiete. A continuación se presentan algunas voces de los afectados. El primer relato hace referencia al proceso desde que se inició el conflicto y las acciones que realizaron:

Uno se gana la vida criando animalitos, sembrando algunas cositas y no es justo que nos hagan daño de esta manera. Somos gente humilde, pero honrada. Por eso cuando nos enteramos poco a poco que a todos los compañeros les habían robado vaquitas, nos reunimos primero para contar cada uno cuánto ha perdido y en qué días. Fuimos a reunirnos con todos los perjudicados, varias tardes estuvimos hablando y se sumaban todos los días nuevos perjudicados. Hasta que nosotros empezamos a preguntar, hacer averiguaciones de quien podría estar detrás de todo esto. Un sospechoso era el señor [...] y fuimos toditos a decirle que dé el ganado, que deje las malas mañas, y el señor con justa razón dijo que no ha sido nada. Y nosotros ahí sí que nos equivocamos, pedimos perdón al señor, no había sido nada. El señor perdonó. Luego tuvimos conocimiento de otro sospechoso y ahí cuando le fuimos a ver para conversar nos mandó hablando, hasta les dio veneno a unos perritos. Viendo esto y con las referencia dadas, le hicimos llamar acá a justicia comunitaria, le trajimos a Tuncarta para conversar, y como usted joven escuchó se pudo aclarar el problema.<sup>143</sup>

La siguiente historia refiere a la conformidad o no de los afectados con la administración de justicia indígena:

Tranquilos, ya más en calma. Desde que se perdió el ganado dimos otras formas para poder comer y vestir a los *guaguas*. Pero siempre decíamos que queríamos saber quién hizo el daño, que si ya no podemos recuperar el ganado que se nos diga quién cogió, quién es el mañoso que hizo esto. Por eso cuando vinimos acá y el señor [...] dijo que él mismo había hecho daño, nosotros tuvimos alegría, ya por fin dimos con la persona. Pero de ahí ya nosotros queríamos a nuestro ganadito de vuelta y que el señor [...] deje de hacer estas cosas, por lo que le dijimos que se comprometa a no hacer nada de mal. De aquí vamos contentos con gusto, al señor [...] le dimos un tiempo para que cumpla la palabra y como se arrepintió, como le vimos que ha estado en mala vida le dijimos que cambie y perdonamos. Para cuatro días de vida que se tiene, no vale estar en más problemas, diciendo por ejemplo que se vaya a cárcel o dejarlo en la calle, sino que conscientemente se nos dé lo que cogió.<sup>144</sup>

Finalmente, la historia que se presenta hace mención a los costos que tuvieron que enfrentar en el tratamiento de su conflicto y que, guardando la imparcialidad en esta investigación, se presenta lo bueno y lo “malo”:

---

<sup>143</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>144</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

Si gastamos corrientito en este problema, pero no porque nos cobraron lo señores de justicia indígena de acá de Tuncarta compañeros del Arenal, no sino que gastamos en estar viniendo todos los días, tuvimos que pagar carrera para venir. Gastamos cuando nos fuimos a Cuenca para buscar pistas de nuestros animalitos, fuimos llevando a varios compañeros para que ayuden a ver o que acompañen porque da miedo ir solito, esa gente que anda en robo sabe ser mala pero cuando a uno le ven de campo así inocentita. Dimos de comer a los señores que acompañaron en audiencia, a los señores que vinieron de cuenca a declarar. Todo nosotros pagamos pero como fuimos perjudicados bastantitos ya estamos viendo a ver si de corazón nos reconoce el que hizo el daño. Pero que ta bien estará, ya solucionado el problema no importa como quiera hemos de recuperar lo bueno es que ya vamos tranquilitos. Pero ya nomás hemos de venir de nuevo porque allá en el arenal si hay un caso grave, el suegro con la sacha nuera andan en malas cosas y ya pidieron que se acompañe para arreglar eso también.<sup>145</sup>

### **2.5.2. Voces del invitado**

En este apartado se presentan algunas voces del invitado en el conflicto mostrado con anterioridad. Permite este punto conocer la realidad del invitado y los sucesos que precedieron a la comisión de ciertos actos por los cuales fue llamado a la justicia indígena:

Vergüenza grande. Qué dirán mis amigos que me conocen o los mismos vecinos. Pero hay que hacerle frente a los problemas, equivocaciones que uno puede tener. Desde muchacho he sabido trabajar, un tiempo pasé en las minas trabajando duro. Después como peón y luego con ahorritos haciendo carreritas en un camión que compré. Yo empecé con estas brutalidades desde que el vicio del trago me cogió, desde ahí empecé, me da vergüenza decir, empecé la vida de *mozero*. Eso fue todo, de ahí sí, que por aquí por más allá empecé a coger cosas ajenas, luego se hizo facilito coger el ganado, nadie sospechaba, como trabajaba llevando siempre ganado, nadie se daba cuenta. Yo estoy arrepentido, pues no soy un ladrón. Sí tuve mi error, pero quiero enmendar. Por eso digo que ayuden a corregir mi actuación, yo estoy por ir a unas predicaciones sobre alcohólicos anónimos para dejar estos vicios y la *gastadera*. Eso sí, arreglando el daño que hice, ya conversé con algunos. A unos les pagué ya mismo pero a otros no me alcanza, por eso quedan las escrituras para que en un mes yo les pague. No faltaré mi palabra, pues ya ofrecí solucionar así.<sup>146</sup>

Conocer la justicia indígena permite este objetivo, es decir, permite sensibilizar a través del dialogo la realidad que presentan los participantes.

### **2.5.3. Voces de los participantes de la asamblea de justicia indígena**

En este apartado se presentan algunas voces de los participantes de la asamblea de justicia indígena. La presentación de las voces de los participantes se realiza en dos momentos: el primero, luego de terminar la asamblea de justicia indígena; y el segundo, después de algunos meses de haber concluido el tratamiento del conflicto por el cual se activó la justicia indígena.

---

<sup>145</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>146</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

Las voces que se presentan precisan ser de quienes participan de la asamblea y no de las autoridades que la dirigen. Asumiendo que la asamblea en la que se trató el conflicto supera las 300 personas, se hace evidente la dificultad para obtener y presentar en esta investigación todas las voces. Razón por la cual se presentan las siguientes voces, que coadyuvan al sostenimiento del marco analítico de esta investigación:

Aquí nosotros les llamamos a las gentes que tienen *llaki* para conversar bonito. Cuando se reniegan para venir es por algo, entonces con respeto les traemos. La Policía sí nos ha colaborado para eso. Cuando estamos aquí reunidos, decimos que hablen clarito lo que ha pasado. Nuestra intención en las reuniones es que las partes lleguen a un acuerdo, cuando ya no mismo se ponen de acuerdo, nosotros sugerimos. El contento que quieren las partes lo ponen ellos, se arreglan, se disculpan, se dicen de todo a veces y es bueno porque así decimos que afuera no se vuelva a decir nada de eso o hacer cosas. La idea es estar tranquilos, todo en paz. Nosotros, cuando hay que hacer purificación, hacemos para que salga la mala energía. Para que se recuerde una persona, para que entre en sí porque muchos andan con la cabeza en las nubes y hacen lo que hacen. A veces los que vienen por justicia indígena como afectados también los curamos, porque mienten, exageran, hacen quedar mal adrede. Aquí nos juntamos también, cuando los del Cabildo parecen medios raros cuando no interesan en los que se habla o lo que se dice. Eso de andar en celulares nosotros decimos que no vale cuando se hace justicia. Esto es serio, por eso chicos malcriados decimos que deje de eso.<sup>147</sup>

El segundo momento de las voces que se presentan se obtuvieron meses después de haber culminado la asamblea de justicia indígena y hace mención a que el invitado regresó a la comunidad de Tuncarta:

Después de unos meses regresó a la comunidad [refiriéndose al invitado] con toda su gente, él se presentó en la mesa y dijo gracias. Por ustedes ahorita soy dirigente de mi comunidad, autoridad como el compañero que estaba acá, yo ahorita estoy dirigiendo a mi comunidad, yo reconcilié, yo recapacité, yo estoy dando ejemplo clarito, yo viví en ese tiempo, pero Dios me perdonó a través de la gente y con ese perdón estoy aquí y que dijo la gente, muchas gracias por acoger [...], muchas gracias siga adelante, usted es el ejemplo para que vaya diciendo oiga compañero, te estás cayendo así como yo pero corregí y ahorititas una vida tan linda [...] y tengo mi trabajo, están rogando que trabaje y sin embargo antes yo estaba pecando, cogiendo lo que es ajeno. Ahoritas ya no hago, yo trabajo feliz de la vida.<sup>148</sup>

Con estos antecedentes y con lo expuesto en el capítulo primero de esta investigación, es propósito del siguiente capítulo presentar algunos criterios para la

---

<sup>147</sup> Extracto del diario de campo: lunes 05 de septiembre de 2016.

<sup>148</sup> Extracto del diario de campo: viernes 14 de octubre de 2016.

construcción/tratamiento social del “delito” en clave intercultural, como lo denomina Boaventura de Sousa Santos “ecología de los saberes”.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Boaventura de Sousa Santos, *De las dualidades a las ecologías*. (Bolivia: REMTE, 2012), 24.

## Capítulo tercero

### Aproximación intercultural para la construcción/tratamiento del “delito”

La historia de Orencio Nievas tuvo otro final cuando el Comisario leyó la carta. El contenido de la carta fue: “Señores Reyes Magos, yo les pido que este año no se olviden de traerme las botitas. Yo soy bueno y, según dicen los otros chicos, si uno se porta bien todito el año, ustedes no se olvidan del regalo”.<sup>150</sup> Las botas que robó Nievas eran para su hijo. El Comisario encontró en esta voz razón suficiente para cuestionar su trabajo, “mientras que la miseria haga ladrones de esta laya, yo nunca serviré *pa'* comisario”.<sup>151</sup>

La pregunta que de inmediato surge es ¿sucedió algo similar en los casos presentados en el capítulo primero y segundo?, ¿por qué un mismo acto se interpreta de forma diferente en la justicia estatal y justicia indígena?, ¿por qué el mismo acto (abigeato) se responde o soluciona de manera diferente?

Para presentar algunas respuestas a estos interrogantes, es oportuno iniciar con el cuestionamiento de que ambos sistemas de justicia (ordinario e indígena) están en proceso de (de)construcción y que para tal se debe cooperar entre sí.

En un segundo momento, a través del paradigma intercultural que configura al estado ecuatoriano, presentamos algunos lineamientos para este fin, singularmente respecto al punto de partida para el tratamiento de ciertos actos, que se entienden como perjudiciales o no deseados en una sociedad.

En un tercer momento, determinamos un criterio que permite converger a abogados y afectados en el tratamiento de ciertos actos no deseados. Finalmente analizamos una respuesta intercultural a ciertos actos, para lo cual será preciso acercarnos a través de la pregunta ¿Castigar o reparar?

---

<sup>150</sup> Carlos Portela, *Un par de botas*, banda sonora, 6'35". CD-ROM.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, 7' 40".

### 3.1. Perspectivas para una aproximación intercultural del “delito” y su tratamiento

Para una aproximación intercultural del “delito” y su tratamiento, la obra del profesor Antonio Carlos Wolkmer, titulada *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, es una hoja de ruta de la cual me sirvo para cumplir este objetivo.

El profesor Wolkmer, al referirse a la teoría crítica, hace algunos reparos de teorías tradicionales, que se limitaban a describir o vislumbrar los fenómenos sociales.<sup>152</sup> Al contrario de lo que una teoría crítica dinámica puede presentar:

La teoría crítica tiene, por tanto, el mérito de demostrar hasta qué punto los individuos están cosificados y moldeados por los determinismos históricos y naturales, incluso cuando no estén al tanto del discurso hegemónico y las falacias del mundo oficial. En un primer momento, los agentes creen que están actuando de modo libre e intencional al aceptar la representación de su imaginario social. Entre tanto, gracias a la teoría crítica, adquieren esa reflexión que disuelve las falsas legitimaciones y las pseudoobjetividades. La especificidad de tal revelación cualifica las condiciones materiales para la aplicación de una teoría crítica.<sup>153</sup>

La teoría crítica invita a la reflexión respecto a las representaciones de imaginarios sociales o legitimaciones objetivistas, que se encuentran presentes en la sociedad. Y es que una teoría crítica, ya desde la ciencia jurídica, “se legitima en el momento en que es competente para distinguir, en la esfera jurídica, el “nivel de apariencias” (realidad normativa) de la “realidad subyacente” (o subrayar aquello que no está prescrito pero que existe)”<sup>154</sup>

En el caso que se presenta en esta investigación, la teoría jurídica crítica permite distinguir al delito y su tratamiento como constructo social y, en la realidad subyacente a través de la propuesta de la justicia indígena, bajar al nivel que poco o nada se colige de la realidad normativa estatal. Esto es el dolor/*llaki*, que generan ciertos actos y el tratamiento que se está dando.

---

<sup>152</sup> Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (Bogotá: Ediciones Antropos, trad. Felipe Cammaert, 2003), 23.

<sup>153</sup> *Ibíd.*, 27. En igual sentido el profesor Wolkmer, en alusión a Geuss establece que “La teoría crítica provoca la autoconciencia de los agentes y de los grupos que se encuentran en una situación desigual y sufren las injusticias por parte de los sectores dominantes, de las clases privilegiadas o las élites. En ese sentido, desde el punto de vista ideológico, la teoría crítica tiene una formalización positiva en la medida en que sirva al proceso de esclarecimiento y emancipación, y responda a los deseos, intereses y necesidades de los realmente oprimidos”. Ver más Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (Bogotá: Ediciones Antropos, trad. Felipe Cammaert, 2003), 26.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, 32.



Una teoría jurídica crítica empieza precisamente por cuestionar la realidad normativa y dejar, en el tablero de la sociedad, lo que no se ve, lo que no interesa, lo no rentable. En un segundo momento es necesario el aporte de criterios epistemológicos para entender la factibilidad de diálogo intercultural, en el caso ecuatoriano entre el sistema ordinario e indígena.<sup>155</sup>

Para este fin, la premisa bajo la cual se desarrollarán algunos criterios para la aproximación del tratamiento del “delito” entre sistema ordinario e indígena, refiere a la categoría de interculturalidad que programa al Estado ecuatoriano, en concordancia con la máxima que ha sido consignada por la corriente denominada como “constitucionalismo popular” y que Roberto Gargarella la retoma, puesto que “el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes y mucho antes que a la justicia)”.<sup>156</sup>

### **3.2. La interculturalidad como proceso integrador de saberes e interpretaciones**

Una categoría que permite el diálogo, la integración e interpretación de los diferentes saberes es la interculturalidad. Para fomentar este diálogo se debe tener un diagnóstico y una crítica de los campos sociales en los que se pretende transformar.<sup>157</sup>

En el campo jurídico, esta investigación de forma modesta ha presentado un somero diagnóstico y una crítica de la construcción/tratamiento del delito en la justicia estatal, quedando pendiente un segundo espacio para formular alternativas en clave intercultural.<sup>158</sup>. Por ello a continuación se presentan algunos criterios que contribuyen a este fin.

---

<sup>155</sup> A criterio de Raymond Geuss: “para que una teoría crítica resulte formalmente adecuada y aceptable es necesario que cumpla cuatro requisitos: a) demostrar que la “transición del estado inicial al estado final propuesto es ‘objetivamente’ (teóricamente) posible”; b) dejar en claro que la “transición del estado inicial al estado final propuesto es ‘prácticamente necesaria’ (...pues) el estado inicial es un estado de dependencia, ilusión y frustración que satisface las condiciones de aplicación de una teoría crítica”; c) evidenciar que el paso de la condición inicial “al estado final propuesto puede ocurrir solamente si los agentes destinatarios adoptan la teoría crítica como su ‘autoconciencia’ y así mismo actuar de acuerdo con ella”; d) comprobar “de qué manera la sociedad satisface las condiciones para la aplicación de una teoría crítica, esto es, mostrar que el estado presente de una determinada sociedad hace de ella una instancia del ‘estado inicial’ que la teoría crítica describe.” Ver más en Raymond Geuss, *Teoría Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt* (Campinas, 1988), sp, citado por Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (Bogotá: Ediciones Antropos, trad. Felipe Cammaert, 2003), 27.

<sup>156</sup> Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 250.

<sup>157</sup> Erik Olin Wriqth, *Construyendo utopías reales* (España: Ediciones Akal, trad. Ramón Cotarelo, 2014), 25.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, 25.

### 3.2.1. El punto de partida para el tratamiento de conflictos, una aproximación intercultural

En una sociedad existen comportamientos que se consideran ofensivos para lo cual se brindan respuestas. ¿Qué comportamientos y qué respuestas? Dependerá del sistema en el que se analice. Ahora bien, un acercamiento intercultural entre lo estatal e indígena refiere al punto de inicio para tratarlos.

Por un lado tenemos que el punto de partida en la justicia estatal es la ley penal y, por ende, la predictibilidad de que una conducta tiene una respuesta, quizá que no es del todo mala, sino que cuando nos apuramos a realizar este trabajo de subsunción desbocado muchas veces se pierde otras alternativas de solución.<sup>159</sup> Según Zagrebelsky, esta simplificación lleva a “concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”.<sup>160</sup>

Esta última afirmación supone una alternativa de solución, impensable en un corte conservador del principio de legalidad. Por ello Ferrajoli hace evidente la necesidad de que una norma no se agote en la mera legalidad, muy necesaria por cierto, sino en una estricta legalidad. Si se pretende abandonar la legalidad en casos concretos, deben tenerse en cuenta distintos factores, como por ejemplo el arduo trabajo argumentativo del juez y todo el tema de la ponderación, del control de la constitucionalidad, etc.

Sin embargo, el criterio que considero oportuno presentar, desde la justicia indígena, es alcanzar a las personas de carne y hueso que están involucradas en el conflicto y conocer el *hatunllaki* que tienen. Este criterio permite una dinámica en el tratamiento de conflicto, pues se apoya fundamentalmente en la tradición oral, que corrige una flexibilidad especial.<sup>161</sup>

Hacer una pausa en el teatro penal e incluso constitucional y consultar a los actores principales de este ayuda a inteligenciar el actuar del juez en aras de la justicia,

---

<sup>159</sup> Steinert, Heinz, *Beyond crime and punishment. Contemporary Crises*, (S.L, 1986). 21- 38, citado por Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 2004), 8.

<sup>160</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, trad. Marina Gascón, 2009), 33.

<sup>161</sup> Silvina Ramírez, “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”, en *Pena y Estado: Revista latinoamericana de política criminal*, No 4 (I semestre de 1999): 71.

además de permitir que el juez realice un diagnóstico del *llaki* que presentan los afectados y así poder cumplir la función de Cruz Roja, que Zaffaroni distingue.<sup>162</sup>

Aunque el delito es una categoría subjetiva, si bien tiene una entrada general y abstracta en la ley penal, en la realidad social existen diferentes interpretaciones y no siempre es deseo de los actores principales que gane uno y pierda el otro, pues tales actos no se entienden en el sentido estricto de la ley penal. Esta alternativa que frena la tarea del maquinismo positivista, empieza por sospechar que el delito y su tratamiento es una construcción social:

Encontrar y justificar convicciones que sustenten un hecho delictivo es tan sólo, y nada menos, que una de las formas en que se expresa lo que podríamos llamar “ventaja cognoscitiva” de la pluralidad cultural: la elección de las condiciones en que se quiere creer. Ello da flexibilidad a la adjudicación de causas, que podrán justificar sólo en la medida que brinden verosimilitud a acciones que han ocurrido sin aviso previo.<sup>163</sup>

Esther Sánchez Botero ofrece una aproximación para entender la administración de la justicia indígena y empezar a dejar el miedo de presentar alternativas de interpretación y solución de conflictos:

La identidad cultural indígena no es una adscripción a una sociedad secreta o a una organización civil, en donde libremente se toman o dejan ciertos principios o reglas; la realización o no de cualquier acción implica mecanismos estructurales muy complejos. [...] Los litigios nunca son individuales, comparten esferas grupales.<sup>164</sup>

El criterio de recurrir al *llaki* para intentar direccionar el tratamiento de un conflicto empieza por cuestionar la lógica que Beatriz Kalinsky y Wille Arrúe presentan:

Al hombre medio sólo le interesa conocer si hubo o no delito, y en caso de que lo hubiera, si se puede o no comprender la criminalidad del hecho. Ahí empieza y termina el problema del delito y de los delincuentes. El infractor, sea quien sea y sin tener pertinencia legal aquello que pudiera haberlo impulsado a cometer el acto, debe ser castigado.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “Las claves de la cuestión criminal”, entrevistado por Silvina Frieria, en “Página/12”, Argentina, 22 de mayo de 2011. Edición electrónica: <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168604-2011-05-22.html>>

<sup>163</sup> Beatriz Kalinsky y Wille Arrúe, ““No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de política criminal. Justicia penal y comunidades indígenas*, No. 4 (1999): 32.

<sup>164</sup> Esther Sánchez Botero, “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”. En Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico, Volumen 2* (Colombia: Siglo del Hombre Editores, 2001), 163.

<sup>165</sup> Beatriz Kalinsky y Wille Arrúe, ““No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de política criminal. Justicia penal y comunidades indígenas*, No. 4 (1999): 33.

Y claro, para ello van la teoría del delito y todo el andamiaje penal para comprobarlo o no, y no precisamente es malo, sino que se puede evitar este esfuerzo cuando encontramos en el relato de los actores principales una perspectiva amplia de lo que ha sucedido y su forma de entenderlo. Esta alternativa intercultural invita a regresar sobre la premisa que señala Gargarella, “el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes y mucho antes que a la justicia)”.<sup>166</sup>

Sin embargo, para efectivizar un diálogo intercultural, no se trata de entrada de obviar a los abogados y a toda la teoría penal que, con beneficio de inventario, es buena, sino que se deben buscar puntos en común y repartir de mejor forma los papeles para que la obra sea un tanto más justa.

### **3.2.2. Los actores en el tratamiento del delito, una aproximación intercultural**

De donde vengo (Saraguro), cuando alguien muere los deudos asumen el dolor. Dedicamos días enteros sin dormir e incluso sin comer para acompañar al difunto. ¿Duele?, pues claro. La velación del difunto es en la casa que habitó en vida o en la de sus deudos. Vecinos, amigos, familiares, acompañan en el dolor, ayudan en todos los detalles (dar de comer a la gente que acompaña, arreglar el lugar donde se velará al difunto). El dolor se asume, no lo delegan a una empresa para que se encargue de ello. Se contrata a una funeraria que ayuda a alumbrar la velación, nada más allá de algunas luces.

Caso similar ocurre cuando se habla de un conflicto y la realización de la justicia indígena. La gente que tiene el *llaki* o *hatunllaki* asume el tratamiento. Vecinos, padrinos, amigos ayudan a solucionar el problema. Noches enteras dedican a solucionarlo, el acompañamiento (asamblea) se inicia en horas de la tarde y puede llegar incluso hasta el siguiente día.

La pregunta que brota de inmediato es ¿por qué tomarse tan en serio la solución del *hatunllaki*? Pues la respuesta es así de sencilla, porque el dolor, la tristeza, es grande y no se puede vivir con ella, se debe arreglar pronto para tener tranquilidad. Se debe sacrificar algunos días para curar el dolor y no aplazarlo.

---

<sup>166</sup> Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 250.

Un criterio intercultural apunta a la participación o intervención de abogados y afectados en la construcción y tratamiento del conflicto, sin duda con algunos lineamientos o reparos. Para ello van algunas precisiones y es que son varios los parámetros que han marcado distancia entre el accionar de los abogados y la sociedad. Un factor sin vacilación es la formación académica que se viene impartiendo y que ha significado un hermetismo entre el accionar del abogado en la administración de justicia y los usuarios que recurren a ella.<sup>167</sup>

El sistema de administración de justicia estatal impone las reglas de juego y el abogado intenta cumplirlas para llegar a la meta. Una competencia en la que participan abogados, jueces, fiscales, peritos, secretarios, policías y, sólo al final, como espectadores del teatro penal, quienes sufren, quienes tienen el problema o a quienes se les imputa cierto delito.

La crítica hacia los abogados y jueces como dueños de un proceso ha sido valiosa en la propuesta de Larry Kramer, en su obra denominada *The People Themselves*. Roberto Gargarella, al analizar esta obra, desarrolla un singular énfasis cuando se refiere a las objeciones, que se han realizado a la tesis de “constitucionalismo popular” que presenta Kramer; sin embargo, también señala reparos al referirse a la “historia oficial”, entre comillas pues:

Es una historia de abogados y jueces, en la que la ciudadanía sólo resulta invocada, pero no tiene voz. Esfuerzos como los de Kramer resultan, en tal sentido, muy valiosos, al tratar de reconectar la historia constitucional norteamericana –y así, los orígenes de la revisión judicial de las leyes- con movimientos sociales y luchas de raíz popular.<sup>168</sup>

Empezar a presentar una aproximación para la *justiciabilidad* desde los afectados (víctima-presunto infractores), conmina a proyectar la premisa “el gobierno

---

<sup>167</sup> Ramiro Ávila Santamaría, cuando escribe respecto a la “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”, consigna la frase: “La desgracia de la Función Judicial es la desgracia de la universidad.” De similar manera sostiene que “existe una cultura jurídica formalista-inquisitiva que se mantiene y reproduce gracias a la universidad y que –esto es demasiado optimista, admito, pero quiero convencerme que puede ser cierto– cambiando la cultura jurídica se aporta al cambio de una sociedad inequitativa, excluyente y pobre. [...] Finalmente, cuando me refiero, en términos generales, a las facultades de jurisprudencia, las exigencias y recomendaciones son dirigidas a las universidades públicas y a aquellas privadas que, por su misión (como las católicas 7), tienen la obligación de transformar la realidad en contextos, como los ecuatorianos, de exclusión, marginación y pobreza. Ver más en Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”. En: Luis Ávila y Santiago Andrade (eds.), *La Transformación de la Justicia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 377, 378, 379.

<sup>168</sup> Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 261.

le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes y mucho antes que a la justicia)".<sup>169</sup> Un sentido básico de democracia que, en el campo jurídico, goza de legitimidad se produce, según Gerardo Durango Álvarez:

Cuando el derecho protege y garantiza la autonomía de los individuos, cuando posibilita que participen activamente en la discusión y elaboración de las normas, está vinculando a los sujetos a una doble dimensión de legitimidad, esto es, a) como sujetos autónomos en los procesos de discusión y construcción individual y colectiva de los derechos fundamentales, y b) dotándoles de garantía de poder ampliar y exigir los derechos previamente discutidos en la configuración de las normas.<sup>170</sup>

El criterio de Durango Álvarez permite distinguir que la legitimidad del derecho viene dada por la *justiciabilidad* de los derechos. El teatro penal, bajo esta premisa, debe reformar la repartición de papeles e incluir como actores principales a los afectados.

Este criterio permite acercarnos a cuestionar y combatir una de las principales tesis de la modernidad, que ha sido explicada de buena manera por Zigmunt Bauman: “Los residentes permanentes del mundo de la modernidad líquida, curtidos en el arte de la vida moderna líquida, tienden a considerar la huida de los problemas como una apuesta más segura que la de quedarse a combatirlos”.<sup>171</sup>

No se debe huir de los problemas con el típico endoso a un tercero, en este caso a un abogado, algo que no precisamente es malo sino, como lo señala, Duncan Kennedy “la forma en que los abogados, jueces y legisladores presentan lo que hacen lleva a la gente a minimizar su responsabilidad”.<sup>172</sup>

Empezar a compartir la responsabilidad en el tratamiento de un conflicto, desde la propuesta de la justicia indígena, siempre ha estado presente. Vale tan solo revisar algunos de los principios que guían su forma de vida, entre ellos el *Yananti*, el

---

<sup>169</sup> Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 250.

<sup>170</sup> Gerardo Durango Álvarez, “El concepto de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez”, *Revista de Derecho*, No. 33 (enero-junio de 2010): 260, 261.

<sup>171</sup> Zygmunt Bauman, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores* (Buenos Aires: Paidós, trad. Albino Santos Mosquera, 2008), 95.

<sup>172</sup> Duncan Kennedy, fundador del movimiento Critical Legal Studies, entrevistado por Vicky Quade, en “Barrister”, *Revista* número 16, Massachusetts, 16 del otoño de 1987. Traducción Axel Eljatib, revisada por Christian Curtis.

“principio de complementariedad, el mismo que manifiesta lo esencial del vínculo de contrarios; siendo contradictorios conforman la unidad, la cabalidad”.<sup>173</sup>

Con esta posibilidad de complementariedad, un criterio intercultural indica que, cuando se evidencie cierto dolor generado por ciertos actos, se cuente con la presencia del afectado y de los presuntos infractores. Y que la primera intervención, sea de ellos, momento en el que expongan su dolor y la forma en que ellos consideran que puede ser aliviado.

Pero claro, se dirá que este criterio lo realiza la justicia estatal; sin embargo, considero que la forma de ejecutarlo debe ser diferente. El ser humano es un libro difícil de leer o entender y no se debe intentar hacerlo de una sola manera o en el lenguaje jurídico estatal.

Para ello, es necesario iniciar a cuestionar y bajar el nivel de *justiciabilidad* de lo técnico a lo popular. Con la aclaración compartida que realiza Richard Parker, cuando escribe:

Desde una perspectiva populista, deberíamos esperar que los jueces escribieran sus propias decisiones, y que deberíamos aplaudir las decisiones judiciales que la gente corriente pueda comprender fácilmente, incluidos los jueces de los tribunales inferiores. Eso podría tener el efecto benéfico de reducir el “ingenio” vanidoso que se muestra en las decisiones.<sup>174</sup>

Democratizar el lenguaje, con la propuesta de la justicia indígena, como lo relata Miguel González merece que:

Cuando se conversa con los participantes de justicia indígena, ellos mismos son los que cuentan con sus palabras lo que sucede. A muchos se le cae la cara de la vergüenza. Nosotros decimos únicamente que no mienta, que hable claro. Ellos delante de la asamblea cuentan, muchos tienen vergüenza grande. Cuando los invitados hablan ante quienes causaron el daño, bajan la mirada y muchos arrepienten. Tener frente a frente a los participante es bueno, es cuando ellos se miran y nada más que ellos saben lo que pasó y no pueden mentir pues le cae rapidito la otra persona, cuando cree que está hablando mentira.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Luis Macas, “El Sumak Kawsay”. En Antonio Luis Hidalgo, Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha, edit., *Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay* (Huelva: FIUCHUCHI/CIM, 2014), 187.

<sup>174</sup> La aclaración que Richard Parker presentan refiere al párrafo en el que señala: “Una enorme capacidad intelectual, logros académicos, dominio técnico-es decir, la mayoría de las cosas que se citan a menudo como “calificaciones”-son simplemente cosas secundarias. Por esa misma razón, la inteligencia, el conocimiento académico y la calidad de la redacción de las decisiones judiciales son también cuestiones accesorias”. Ver más en Richard Parker, “Aquí el pueblo gobierna: un manifiesto populista constitucional”. En Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo popular* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2011), 185, 186.

<sup>175</sup> Miguel González, Coordinador Interprovincial de Justicia Indígena del pueblo Kichwa Saraguro, entrevistado por Juan Pablo Guerrero, Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro, 06 de septiembre de 2016

Aclarar el panorama, cuando existen ciertos actos que se reputan como delitos, resulta indispensable. La presencia directa del invitado en el proceso de averiguación/confrontación permite un proceso de comunicación directo, que acerca a las partes a romper con clásica entrada binaria, que se puede tener cuando se aborda un conflicto desde occidente, esto es, la combinación binaria<sup>176</sup> de amigo/enemigo.

Esta combinación, que estereotipa y clasifica a los seres humanos acorde a ciertos parámetros, que se expusieron en el primer capítulo, empieza a ser menos cierta. Ahí el criterio intercultural que la justicia indígena cuestiona:

La dualidad bueno / malo permite entender la realidad natural, social y espiritual; los elementos opuestos tienden a eliminarse en una lucha constante, aunque lo ideal es que gane lo bueno sobre lo malo. En el mundo andino los dos elementos son necesarios, conviven, se relaciona, se necesitan; por ejemplo, la enfermedad es entendida como un desequilibrio de las energías que mantienen la vida, mientras que es la relación equilibrada de las mismas la que genera bienestar y se complementan en un equilibrio, que es proporcional a la calidad de las relaciones que mantienen.<sup>177</sup>

Para la justicia indígena conocer es un pilar fundamental para el tratamiento del conflicto. El verse todos los días, compartir la comida, conversar, reír o confrontar ayuda a conocer realmente a las personas. Este aspecto debe ser informado en clave intercultural al sistema estatal, porque ampliar la información sobre una persona ayuda a reducir la interpretación de ciertos actos como delitos.<sup>178</sup>

En el caso de estudio, si bien la entrada para la justicia estatal fue el delito de abigeato, en la justicia indígena con el paso de los días no es tan cierta, puesto que hay predecesores: equivocaciones, majaderías, enfermedad por vicios, sufrimiento, falta

---

<sup>176</sup> Marco Navas Alvear, en su ponencia presentada en el X Congreso Ecuatoriano de Sociología, Quito noviembre 2015, en alusión a Ost y van der Kerchove señala algunas combinaciones binarias en la comprensión del derecho “han examinado críticamente cómo la comprensión del derecho se ha asentado en visiones dicotómicas o binarias, abogando por una comprensión compleja de lo jurídico. En tal sentido, citando a G. Bachelard, recuerdan que la ciencia en general ha tenido una oscilación permanente entre términos binarios, por ejemplo, entre “empirismo” y “racionalismo”, en una suerte de “bipolaridad de errores” donde el científico tenía que adoptar una de las posiciones y no cabía una tercera posición, ni intermedios.” Ver más en Marco Navas Alvear, *Constitución y hegemonía, reflexiones sobre el rol de la constitución y el proceso constituyente en el proceso político* (Ponencia presentada en el X Congreso Ecuatoriano de Sociología, Quito: noviembre 2015).

<sup>177</sup> Luis Maldonado, “El Sumak Kawsay / Buen Vivir / Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador”. En Antonio Luis Hidalgo, Capitán, Alejandro Guillén García y Nancy Deleg Guazha, edit., *Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay* (Huelva: FIUCHUCHI/CIM, 2014), 201

<sup>178</sup> Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 2004), 10-13.



de trabajo, desgracias, problemas familiares, inclusive mentiras de quienes presentaron el pedido de justicia.

Las exposiciones y los diálogos que realicen los participantes permiten descubrir o construir la realidad en el sentido de que la subjetividad es presentada de la fuente primera y que, luego de un proceso de cotejamiento entre las partes, brinda pautas para la realización de justicia.

El delito se construye, no siempre llega a ser lo que todos de improviso pensamos, por lo que es difícil aceptar este fenómeno cuando se juzga sin escuchar, sin conversar con las partes. Si el sentido popular antes que técnico permite sensibilizar, en el próximo punto se demuestra que este factor determina que la respuesta (sanciones) sea diferente.

### **3.2.3. Una respuesta intercultural al “delito”, ¿Castigar o reparar?**

Un principio en el derecho que, por su configuración, se acerca de buena manera al ideal de justicia es el de proporcionalidad.<sup>179</sup> La idea de proporcionalidad sugiere, en un sentido básico, que la respuesta que se da por ciertos actos (delitos) no pueden pasar el umbral del daño causado.

El principio de proporcionalidad: el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción. Si una persona viola una señal de tránsito, un tipo se pasa un semáforo en rojo durante la noche, no puede ser privado de la libertad. La privación de la libertad es desproporcionada en relación al semáforo rojo inobservado.<sup>180</sup>

El principio de proporcionalidad en el campo penal puede ser entendido en una esfera general, que de ser tomada en cuenta en la creación de tipos penales encarrilaría de una buena forma el poder punitivo del Estado, tratando de limitar-moderar la lógica de garantizar derechos restringiendo dichos derechos. En una forma específica o caso concreto, en el que las circunstancias y derechos estén en colisión, se podrá optimizar en determinado grado tal principio.

---

<sup>179</sup> El principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana es reconocido en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República de Ecuador, que en su parte pertinente señala: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Ver más en Constitución de la República del Ecuador, Capítulo octavo, Derechos de Protección, artículo 76. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>180</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad”. En Miguel Carbonell, Ed., *El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Nro. 6, MJDH, 2009), 319.

Pero para poder encarrilar el poder punitivo de un Estado de forma proporcional, el criterio de la justicia indígena refiere a bajar al nivel del primer daño, es decir, al *llaki* que tiene una persona afectada por ciertos actos, en un caso concreto. Cuando se baja a este nivel, se permite dilucidar la intención del afectado.

En el caso de la justicia indígena, es posible llegar a un acuerdo, por lo que la respuesta es diferente, no siempre debe ganar uno y perder el otro. Para comprender este asunto, no se deben analizar las “sanciones”<sup>181</sup> que establece la justicia indígena de forma separada, pues ellas atienden siempre al conflicto en debate y no hay una suerte, al menos en la comunidad de Tuncarta, de única solución.

En cambio, en el sistema estatal la respuesta es la que se encuentra en la ley y que alejada está de cumplir el objetivo de rehabilitar o curar. Este fenómeno es evidente en la presentación de los dos casos de estudio, mismos hechos con diferentes respuestas.

Los campos jurídicos pueden imbricarse de forma tal que vean el mismo objeto de forma distinta y den como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. 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.<sup>182</sup>

Pero existen factores que influyen para que los campos jurídicos, que ven el mismo objeto, puedan reaccionar de forma diferente. Con el fin de aproximarnos a determinar estos factores, es necesario volver sobre la metáfora que inicia este trabajo. En la metáfora de *Un par de botas*, la carta jugó un papel importante. Luego de ser leída por el Comisario, este tuvo que cambiar su decisión. El Comisario ordenó que devolviesen las botas a la mujer de Orencio Nievas, mandó el pago del valor de las botas al Bolichero Vivas, ordenó que a Orencio Nievas lo liberasen y que pasase al siguiente día para ver si le hallan un trabajo. Finalmente, el Comisario cuestionó el

---

<sup>181</sup> Se utiliza el término “sanción” de forma indicativa para simplificar el proceso de entendimiento respecto a la forma de respuesta que tiene la justicia ordinaria e indígena. Con la aclaración que en justicia indígena se hace referencia a una restitución/limpieza.

<sup>182</sup> Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”. En Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosembert Ariza, coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo Principios generales del derecho indígena (Colombia: Antropos, 2008), 37.

cargo que desempeña. Este relato encontró en el Comisario lugar para reaccionar diferente.

¿En el caso analizado (capítulo segundo), se pudo leer una carta? Sin lugar a dudas diré que sí, la carta la leyó la persona invitada en todos los días de asamblea y fue escuchada por la comunidad. Pero también se escucharon cartas de familiares y a los amigos del invitado, como también se escucharon la carta de los afectados, de la gente que tiene el *llaki*. Expusieron su dolor y, como en cada caso, cómo afectó los actos del invitado.

Volviendo sobre la metáfora planteada, señalo que la historia del Comisario tendría en la justicia estatal otro final. Una vez que escuchó la carta que envió la mujer de Orencio Nievas y al haber calado en la sensibilidad de este, no siempre alcanza para superar el umbral de “inaplicar la ley”.

Esto último tan solo demuestra, como una apuesta justificativa del actuar de los jueces, que de nada servirán las buenas intenciones que la carta puede provocar en jueces para no administrar dolor, pues sus intenciones se agotan en lo que manda la ley. A tal delito, tanto dolor y poder tener la valentía del Comisario de incumplir y cuestionar su puesto no es una cosa que en estos tiempos se vea como una opción.

En 1963 Stanley Milgram, con su experimento sobre la obediencia a la autoridad, demostraba cuánto daño una persona puede generar a otra por el mero hecho de acatar unas órdenes. Las órdenes en el experimento consistían en aplicar, por cada error que cometa el “alumno” al contestar preguntas, una progresiva cantidad de descargas eléctricas que, de no ser porque eran falsas, habrían causado la muerte del alumno.<sup>183</sup>

En el caso de la justicia penal, ¿los jueces no estarán aplicando dolor a otra persona por respecto a la autoridad, a la ley? Propongo un símil del experimento de Milgran con lo que sucede en la justicia penal ordinaria, con la aclaración que lo ocurre en la justicia penal no es un experimento, el dolor que se reparte a una persona es real y anda a la vista de todos cuando visitamos las cárceles.

Los participantes en el experimento de Milgran fueron alumno (infractor, contesta las preguntas, recibe por cada error/delito descargas eléctricas), profesor (jueces, aplica progresivamente, por cada error/delito del alumno, descargas eléctricas), experimentador (autoridad política, ley que condicionada al juez para que

---

<sup>183</sup> Stanley Milgram, “Los peligros de la obediencia”. *Polis: Revista de la universidad bolivariana*, No. 11 (2005): 3-9.

siga con el experimento y aplique dolor) y la máquina de descargas eléctricas que singulariza la cantidad de voltaje a aplicar (ley penal, detalla la cantidad de dolor que se debe aplicar para cierto error/delito).

En el experimento el alumno (infractor) suplica al profesor (juez), que pare el experimento, que no soporta más el dolor que éste aplica. Muchos de los profesores intentaron parar el experimento, pero la autoridad no se lo permitió. No obstante, un grupo no aceptó las órdenes de la autoridad y terminó con el experimento, a sabiendas que dicha inobservancia podría haber influido en su paga por el experimento al cual acudieron.<sup>184</sup>

El grupo, que paró el experimento, no medió sus intereses económicos ante el dolor que se estaba generando. Exponer el *llaki* le permite al juez la primera entrada para que analice en el caso concreto las circunstancias y cotejarlas con el contenido constitucional que en Ecuador es bastante generoso.

Esta posibilidad no significa el papel desbocado de un juez, sino el tener en cuenta “el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos”<sup>185</sup>, que no es más que aceptar que no existe certeza para la aplicación de la justicia, sino diferentes puntos, muchos quizá contradictorios, pero que tan solo demuestran la complejidad de la aplicación de justicia en contextos plurales.

La justicia indígena no es las autoridades que la presiden, justicia indígena es todos los que en ella participan y se corrigen de forma mutua. Si el contenido constitucional deber ser aplicado sin que esto signifique caer en la inseguridad, la asamblea de justicia indígena es un ejemplo de que la ley puede obviarse en algunos casos porque dicha asamblea resguarda derechos fundamentales y, sobre todo, en aras del proyecto o cosmovisión de vida que tengan las partes.

---

<sup>184</sup> *Ibíd.*, 3-9.

<sup>185</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, trad. Marina Gascón, 2009), 145.

## Conclusiones

*Primera:* Congruente con los objetivos de una teoría jurídica crítica, se concluye que las representaciones sociales que se tienen de ciertos actos, que se califican bajo el concepto de delito, es relativa. El delito por lo tanto no es un concepto estático, oficial, único al cual no se lo pueda cuestionar o negar. El delito, en la pluralidad jurídica, adquiere distintas interpretaciones y en consecuencia distintas formas de respuesta. La ley penal estatal es tan solo un discurso entre otros.

*Segunda:* En el contexto ecuatoriano, el reconocimiento de la administración de justicia indígena permite, en toda su esfera de derecho, presentar su discurso jurídico respecto a qué actos se consideran como delitos y su forma de tratarlo. Este discurso no se agota en la esfera de los pueblos indígenas, sino que debe ser escuchado e integrado en la reformulación del discurso estatal.

*Tercera:* En la práctica social del discurso estatal se colige la lógica de su funcionamiento. En un delito de abigeato, su repuesta es generar dolor por tres años. En cambio, en la justicia indígena por los mismos acontecimientos se responde con la devolución del daño causado y un baño de purificación. La decisión, en la justicia indígena, es tomada por la comunidad que participa en la asamblea frente a lo que sucede en la justicia ordinaria, en la que el juez o tribunal decide.

*Cuarta:* Un criterio, que debe ser compartido en clave intercultural entre el sistema ordinario e indígena, refiere al punto de partida para el tratamiento del “delito”. La justicia indígena presenta para tal fin el *llaki*, una categoría que permite conocer el dolor de las personas afectadas por ciertos actos y, por ende, permite una dinámica en su tratamiento. Partir del delito niega alternativas de solución, que la justicia indígena consigue a través del *llaki*.

*Quinta:* Los participantes en el tratamiento de ciertos actos, que se presumen como delictivos en la justicia estatal, relegan la participación directa y principal de los afectados. En clave intercultural, la responsabilidad que es endosada a un tercero debe ser compartida y para este fin la justicia indígena, en atención a sus principios, permite esta opción.

*Sexta:* Un criterio, en clave intercultural que presenta la justicia indígena, consiste en conocer a las personas que intervienen en un pedido de justicia. Conocer a los afectados como al invitado ayuda a que ciertos actos no vayan en la lógica estatal

de delito, sino como categorías previas que no llegan a tal magnitud, gracias a un proceso reflexivo entre las partes.

*Séptima:* Un criterio, en clave intercultural que permite minimizar la lógica de garantizar derechos restringiendo derecho, se encuentra en la justicia indígena. Se abre el espacio al perdón. Cuando el afectado comunica su deseo, se permite dibujar algunas opciones, no siempre es causar más daño, sino restituir o curar el *llaki*.

*Octava:* La interculturalidad en el campo jurídico, si bien promueve el diálogo entre sistemas de justicia diferentes, debe generarse en condiciones de igualdad. La sentencia n° 113-14-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional constituye un precedente, que limita el eje intercultural entre sistemas de justicia. Una apuesta para viabilizar un diálogo refiere a que, en el teatro penal, se debe atender a una igualdad en los papeles que los actores representan. Abogados y participantes (afectado-infractor) pueden converger para la realización de la justicia.

*Novena:* Iniciar un proceso de inclusión de los afectados en el proceso penal, pasar del lenguaje técnico a lo popular no es nada más allá de partir de un sentido democrático. La democracia en los campos jurídicos es urgente.

*Décima:* Una aproximación intercultural no es un proceso fácil e inmediato, tomará algunos años. Es mejor una propuesta gradual a una arrogante propuesta radical. La interculturalidad no se aproxima tan solo con escritos, se debe bajar a la gente, convivir con ella, conversar e involucrarse para entender el sentido de justicia.

## Bibliografía

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima: Palestra, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: AbyaYala, 2012.
- , “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en *La Transformación de la Justicia*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- , “El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos/ MJDH, 2009.
- , “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
- Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Buenos Aires: Paidós, trad. Albino Santos Mosquera, 2008.
- Berger, Peter y Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires: Talleres Gráficos Color Efe, 2003.
- Bordieu, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2000.
- Bravo Rodríguez, Giovanni Francisco. *Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*. Quito, 2015, 109 p. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.
- Cárcova, Carlos María, *Acerca de las funciones del derecho*, México: Universidad Autónoma de Puebla, 1987.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 (1).

- Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional Colombiana, sentencia número C-936 de 2010.
- Courtis, Christian, “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, 2006.
- Christie, Nils, *Los límites del dolor*, México: Fondo de Cultura Económica, trad. Mariluz Caso, 1988.
- , *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 2004.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia: Antropos Ltda., 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: AbyaYala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- , *De las dualidades a las ecologías*, Bolivia: REMTE, 2012.
- Díez Ripollés, José Luis, “El derecho penal simbólico y la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Albacete: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Durango Álvarez, Gerardo, “El concepto de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez”, *Revista de Derecho*, nº 33, enero-junio de 2010.
- Durkheim, Emile, *Las reglas del método sociológico*, España: Orbis, trad. Echevarría Rivera, 1982.
- Entelman, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”, en *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, nº 4, mayo de 1986.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995.
- Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad, 1: La voluntad de saber*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1977.



- Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Kalinsky Beatriz y Arrúe Wille, ““No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal. Justicia penal y comunidades indígenas*, n° 4, 1999.
- Kennedy, Duncan, “¿Son los abogados realmente necesarios?”, *Revista “Barrister”*, número 16, Massachusetts (EE. UU.), 1987.
- Macas, Luis, “El Sumak Kawsay”, en *Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, Huelva: FIUCHUCHI/CIM, 2014.
- Maldonado, Luis, “El Sumak Kawsay / Buen Vivir / Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador”, en *Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, Huelva: FIUCHUCHI/CIM, 2014.
- Marambio Avaria, Alejandro “Notas para una construcción filosófica-política”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.
- Milgram, Stanley, “Los peligros de la obediencia”. *Polis: Revista de la Universidad Bolivariana*, n° 11, 2005.
- Navas Alvear, Marco Navas, “Constitución y hegemonía, reflexiones sobre el rol de la constitución y el proceso constituyente en el proceso político”, en *Ponencia presentada en el X Congreso Ecuatoriano de Sociología*, Quito, 2015.
- Parker, Richard, “Aquí el pueblo gobierna: un manifiesto populista constitucional”, en *Constitucionalismo popular*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.
- Pérez Luño, Antonio, *Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos, 2004.
- Portela, Carlos, *Un par de botas*, banda sonora, CD-ROM.
- Pozzolo, Susanna, “Apuntes sobre Neoconstitucionalismo”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Prado Chiriboga, Guido Xavier. *El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador*. Quito, Tesis (Maestría en Derecho Penal). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho, 2016.

- Ramírez, Silvina, “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”, en *Pena y Estado: Revista latinoamericana de política criminal*, n° 4, I semestre de 1999.
- Sánchez Botero, Esther, “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas”, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá: Siglo del Hombre editores/Universidad de los Andes, 2001.
- , “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia: Antropos, 2008.
- Sánchez Rubio, David, “Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico”, en *Umbral: Revista de derecho constitucional*, No. 4, Tomo I, jun-dic de 2014.
- Sanchís, Luis Prieto, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid: Trotta, 2005.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza Editorial, 2002.
- Searle, John *La construcción de la realidad social*, Madrid: Paidós Ibérica, trad. Antoni Doménech, 1997.
- Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, número C-936 de 2010.
- Steinert, Heinz, “Beyond crime and punishment. Contemporary Grises”, en *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, trad. Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 2004.
- Trujillo, Julio César, “Plurinacionalidad y Constitución”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: AbyaYala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- Unidad Judicial Penal, cantón Alausí, sentencia dictada dentro del proceso penal número: 00009-2016.
- Vilajosana, Josep, “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prismasocial: Revista de ciencias sociales*, n° 4 (junio de 2009).
- Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en *Justicia Indígena, Aportes para un debate*, Quito: AbyaYala, 2002.

- Wolkmer, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá: Ediciones Antropos, trad. Felipe Cammaert, 2003.
- Wright, Erik Olin, *Construyendo utopías reales*, Madrid: Ediciones Akal, trad. Ramón Cotarelo, 2014.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Las claves de la cuestión criminal”, entrevistado por Silvina Frieri, en “Página/12”, Argentina, 22 de mayo de 2011. Edición electrónica: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168604-2011-05-22.html>
- , *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Ediar, 1998.
- , *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, trad. Marina Gascón, 2009.

## Anexos

### 1. Entrevistas

<b>Nro.</b>	<b>Identificación</b>	<b>Fecha</b>	<b>Lugar</b>
1	Miguel González	06 de septiembre de 2016	Comunidad de Tuncarta, cantón Saraguro
2	Pedro Sigcho	05 de septiembre de 2016	Comunidad de Oñacpac, cantón Saraguro
3	Luis Minga	02 de septiembre de 2016	Cantón Saraguro