

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador
Departamento de Antropología, Historia y Humanidades
Convocatoria 2015-2017

Tesis para obtener el título de maestría de investigación en Antropología

Discurso y práctica en el proceso de construcción del primer código penal de la República del
Ecuador, 1837

Aída Lorena Chávez Balseca

Asesor: Fernando García

Lectores: Carlos Poveda y Adriana Rodríguez

Quito, octubre de 2020

Dedicatoria

Para mis hijos Martín, Renata, Eva los pequeños que siempre me hacen sonreír, a mi esposo Mauricio quien me motiva y apoya a seguir cumpliendo mis sueños. A mi madre que es mi guía y fortaleza.

Tabla de contenidos

Resumen	VI
Agradecimientos	VII
Introducción.....	1
Capítulo 1	5
Propuesta Teórica y Metodológica.....	5
1.1 Las ideas del Republicanismo	5
1.2 Positivismo Jurídico y control estatal	7
1.3 El Sistema Penal	10
1.3.1 El Castigo como herramienta ortopédica.....	11
1.4 La Antropología y el Derecho	12
1.5 Los sistemas de poder político.....	15
1.6 Genealogía y discurso.....	18
1.7 El discurso más allá de un análisis lingüístico	19
1.7.1 El discurso en un contexto social	20
1.8 Metodología de investigación.....	22
Capítulo 2	24
Contexto Situacional	24
2.1. El Republicanismo.....	24
2.2 El Republicanismo en el Ecuador.....	26
2.2.2 Regionalismo en el proceso de Independencia.....	28
2.2.3. Dispersión de poder y consenso de las elites regionales	29
2.3 Administración del Estado republicano.....	32
2.3.1 Administración de Vicente Rocafuerte.....	34
2.4 Sistema Jurídico.....	35
2.4.1 El Código penal de 1837	37
Capítulo 3	40
Análisis Normativo	40
3.1 El Código penal de 1837 y las influencias jurídicas externas	40
3.2. Discursos previos a la elaboración del Código penal	48
3.2.1. Discurso del Presidente de la Republica a las Cámaras Legislativas de 1837.....	48

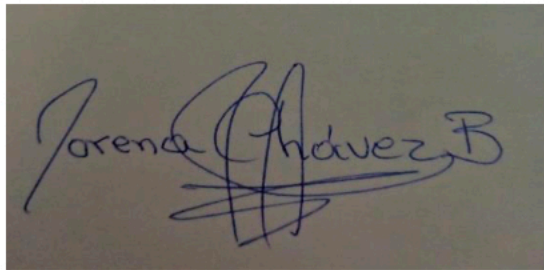
3.2.2. Ilustración y capitalismo en el “Ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles”	55
Capítulo 4	69
Análisis Procesual.....	69
4.1. Procedimiento en las causas penales 1837	69
4.2 Los expedientes judiciales como herramientas metodológicas para rastrear discursos, identidades y significados.....	75
4.3. Análisis del expediente judicial penal de los indígenas de la parroquia del Valle contra el cura párroco Sr. José Antonio Ambrocí (Loja)	76
4.4. Análisis de la causa criminal seguida de oficio contra el señor coronel Antonio Uscátegui acusado de la muerte de un sirviente doméstico señor Manuel Menga (1840 Quito).....	92
Conclusiones.....	105
Lista de referencias.....	110

Declaración de cesión de derecho de publicación de la tesis

Yo, Aida Lorena Chávez Balseca, autora de la tesis titulada “Discurso y práctica en el proceso de construcción del primer código penal de la República del Ecuador, 1837”, declaro que la obra es de mi exclusiva autoría, que la he elaborado para obtener el título de maestría de investigación en Antropología concedido por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador.

Cedo a la FLACSO Ecuador los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, bajo la licencia Creative Commons 3.0 Ecuador (CC BY-NC-ND 3.0 EC), para que esta universidad la publique en su repositorio institucional, siempre y cuando el objetivo no sea obtener un beneficio económico.

Quito, octubre de 2020.



Aida Lorena Chávez Balseca

Resumen

El inicio de la República del Ecuador después de la independencia de 1830, ocasionó un cambio de sistemas jurídicos, para pasar de la colonia a la nueva república con ideologías liberales y humanistas, sin embargo, la tradición se aferró a los sistemas jurídicos y sociales, las leyes consuetudinarias continuaron creando ambigüedades y contraposiciones con el derecho estatal.

Este trabajo investiga como la instauración del Código penal ecuatoriano de 1835, trataba de unificar a la sociedad bajo normas que rigieran para todos los ciudadanos, sin embargo, al ser un código de concepción europea no se concentró en la realidad nacional ocasionando contradicciones y conflictos los cuales para ser resueltos recurrieron a las instituciones que tenían solidez en la esfera social, económica y jurídica como fueron los militares y la iglesia.

Para develar estas contradicciones revise discursos, juicios y textos entre 1835-1840, y mediante el análisis de contenido se pudo identificar las luchas de poder entre las distintas instituciones que controlaban a la sociedad. Además, desde la Antropología jurídica se observa a los sistemas jurídicos inmersos en la cultura y el poder.

Finalmente, se puede concluir que las instituciones políticas hegemónicas como la iglesia o los militares querían perpetuar los poderes adquiridos en la colonia, mientras que el Estado trataba de consolidar y fortificar la república. Al haber sistemas jurídicos como el derecho canónico o los Consejos de guerra, la justicia se movía por las influencias personales lo cual ahondó las desigualdades sociales.

Agradecimientos

De manera muy especial agradezco a mi maestro Fernando García, quien con paciencia supó dirigir este trabajo, compartió abiertamente sus conocimientos y siempre me motivo para terminar esta investigación.

Agradezco a todos mis profesores que se esforzaron por transmitir sus conocimientos.

Introducción

El contexto histórico en el que se desenvuelve este trabajo es el momento en que inició la consolidación del Estado (1830) después de la independencia de los poderes coloniales, lo cual influyo en gran medida, en la implementación de un sistema jurídico universal. Las nacientes repúblicas hispanoamericanas se adscribían en principio a las nociones liberales de soberanía popular, igualdad ante la ley de gobiernos representativos, pero estas nociones eran inconsistentes con la legislación heredada de España que devenía de un orden jerárquico mientras que el derecho al inicio de la república se encontraba fragmentado en distintas jurisdicciones como la eclesiástica, consuetudinaria, militar.

Después de la independencia, los legisladores adoptaron un abanico de nuevas leyes, códigos y constituciones, pero estos textos fueron generalmente más fáciles de redactar que de aplicar. Si bien la tradición legal hispana siguió influenciando este esfuerzo muchos textos legislativos fueron copiados de fuentes europeas y norteamericanas, que eran consideradas lo más moderno de las ciencias jurídicas y el progreso. La presencia de los abogados entre los estadistas y legisladores de la post independencia es una evidencia adicional de que la legislación y la codificación fueron consideradas como fundamentales para la exitosa consolidación de las nuevas repúblicas independientes.

Bajo estas observaciones precedentes, aparece en el Ecuador la redacción de la primera Constitución de 1835 y la elaboración de los códigos civil y penal, siendo este último el objeto de mi interés.

El primer código penal de 1837, fue promulgado en la presidencia de Vicente Rocafuerte, siendo presidente del senado Juan José Flores y de la cámara de representantes José María de Santisteban. Fue la primera ley de carácter coercitivo que intentó unificar la pluralidad social y cultural bajo la nueva lógica de Estado independiente. Además, este código estaba influenciado por ideales liberales y republicanos, siguiendo la estructura y contenidos del Código penal español de 1822 y el Código penal francés de 1810. El código penal ecuatoriano, institucionalizó los principios fundamentales de la escuela clásica, que trataba sobre la legalidad de los delitos,

penas y la culpabilidad; aunque la república se había formado y el gobierno había establecido otras formas de burocracia, en la práctica perduraban los procedimientos penales coloniales.

Ante la situación social y jurídica expuesta surgen las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los procesos sociales y culturales que permiten definir un sujeto punible? ¿Hay una articulación entre el sistema jurídico penal de 1837 y la realidad ecuatoriana? ¿Cuál es la coyuntura y la relación de fuerzas que vuelve necesario un discurso jurídico? ¿Qué mecanismos de control se ocultan tras los discursos? En consecuencia, el objetivo de este trabajo será analizar los discursos y las prácticas que se elaboraron alrededor de este primer código penal. Para lo cual he estructurado mi trabajo en cuatro capítulos.

El primer capítulo muestra las herramientas teóricas que me ayudaron a analizar los contenidos de los textos, para evidenciar las teorías que estaban atrás de la elaboración de los códigos como son el republicanismo y el positivismo jurídico. También, está la delimitación del campo en el que se desarrolló mi estudio que es la Antropología jurídica, la cual me muestra los vectores para el análisis de los procesos judiciales. Los conceptos que he manejado para comprender las estructuras sociales y políticas se basan en la teoría de Foucault sobre el poder y sus trabajos de la cárcel. También consta la metodología de investigación que he utilizado como el análisis del discurso y de los contenidos que, junto a la lectura denotativa, me permitieron ordenar los textos e identificar argumentos significativos.

El segundo capítulo expone el contexto social, político y económico en el que se construyó el código penal. La estructura social de la naciente república padecía de una división regional heredada del período colonial. En consecuencia, se observa que la sierra centro-Norte, cuyo centro fue Quito, mantuvo a la mayoría de la población dentro sistema hacendatario. En la zona sur, Cuenca tenía actividades económicas como la producción y comercialización textil, también tenía la producción agrícola- ganadera con un sólido mercado interno. Como columna del crecimiento latifundista se encontraba a Guayas con su punto preferente Guayaquil que fue convirtiéndose en lo que hoy es el puerto principal. Como lo indica Ayala Mora (1993, 69), la realidad sociopolítica del Ecuador en las primeras décadas de la república fue la inestabilidad y la desarticulación. El control terrateniente reemplazo a la autoridad metropolitana y se desplazó

por ello a instancias regionales y locales, asentados en el régimen hacendatario. En estas circunstancias el proyecto nacional que se plantearon los criollos que fundaron el Ecuador, distó mucho de expresar a la mayoría de la población. No pudieron unificar a la comunidad cultural y social de todos los ecuatorianos, más bien consolidaron una ruptura entre las clases dominantes y el pueblo. En consecuencia, la fundación de la república no significó, el establecimiento de un Estado nacional.

El tercer capítulo contiene el análisis normativo, en este acápite expongo las similitudes del código penal ecuatoriano con los códigos penales español y francés. Elaboro un análisis del discurso que realizó Vicente Rocafuerte frente a la Cámara de diputados, quien insistió en la necesidad de un código penal propio. También hago algunas observaciones al ensayo sobre las cárceles que escribió Rocafuerte, y la inspiración europea que lo incentivo a crear un sistema carcelario y una codificación penal para el Ecuador.

El cuarto capítulo es un análisis procesual, aquí recojo la primera ley de procedimiento penal de 1839, en la cual observo algunas contradicciones entre la unificación social y los tratamientos diferenciados a las distintas poblaciones, lo cual se ejemplifica en un juicio de 1840, donde los indígenas de la comunidad del Valle se enfrentan al cura párroco, amparados por un protector y siguiendo el debido proceso. Este juicio evidenciará las contradicciones entre los ideales liberales plasmados en los códigos y discursos y las prácticas sociales de coacción y sometimiento. El segundo análisis es sobre un juicio de asesinato, en el que está involucrado el coronel Uscátegui y su sirviente Manuel Menga, en este caso se evidencia la práctica jurídica diversa que se mueve entre los consejos de guerra, consejos eclesiásticos y administraciones rurales indígenas con la aplicación de leyes consuetudinarias de tradición colonial que intentan sincretizarse en los nuevos códigos del Estado republicano.

En cuanto a la motivación para realizar este tipo de investigación académica, debo indicar que surgió ante la necesidad de hacer etnografía jurídica de procesos históricos que han perdido interés por parte de los antropólogos ya que no trata temas controversiales vigentes, sin embargo, considero que muchos de los conflictos actuales son la consecuencia de importantes acontecimientos históricos, además se deja al margen el carácter evolutivo, transformador y

multicausal de los procesos sociales, es por eso que la comprensión de las raíces de estos procesos proporcionará elaboraciones cada vez más acertadas al objeto de estudio de la Antropología Jurídica.

Por último, creo que la elaboración de esta investigación permitirá dar un nuevo enfoque antropológico al sistema penal ecuatoriano, puesto que, evidencia las construcciones identitarias que se forjaron en la elaboración del primer código, los significados que nacen de los diálogos contenciosos en los procesos judiciales, las contradicciones entre la norma, la práctica y el funcionamiento de las diferentes esferas institucionales del Estado.

Capítulo 1

Propuesta Teórica y Metodológica

El capítulo primero desarrollará las herramientas teóricas y metodológicas con las que se trabajará esta investigación. Los campos de análisis son la Filosofía Jurídica, la Antropología Jurídica, los Sistemas de Poder Político, Genealogía y Discurso.

1.1 Las ideas del Republicanismo

En este punto expondré las concepciones republicanas con las que se maneja la organización de la vida política del naciente Estado ecuatoriano y bajo el cual hay un discurso de libertad, igualdad y comunidad.

Como lo indica Philip Pettit (2004) el republicanismo se originó en la Roma clásica y después fue retomado en el Renacimiento, apareciendo con fuerza en el pensamiento constitucional de Maquiavelo, y desempeño un papel importante en la propia concepción de las repúblicas europeas, así mismo, proporciono los términos que serían dominantes en la política moderna occidental y que tuvo una especial relevancia en la guerra civil inglesa y durante el periodo que condujo a las revoluciones norteamericana y francesa.

Dentro de las tesis del republicanismo tradicional está la concepción de la libertad cuyo énfasis no era la libertad en el sentido positivo de la participación democrática, sino más bien por la libertad en el sentido opuesto a la interferencia (Pettit 1999, 50) . Esta concepción de la libertad como no-dominación es una noción tradicional, donde la libertad se presenta en términos de oposición entre ciudadano y esclavo. Asimismo, el pueblo no puede perder la libertad si hay interferencia, el sujeto de esa interferencia no –dominadora que tenían en mente los republicanos era el derecho y el gobierno que se dan en una república bien ordenada. En suma, hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: “cuando está controlada por los intereses y la opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones” (Pettit 1999, 56). Sobre esta misma base la libertad es vista como un estatus que existe sólo bajo un régimen jurídico adecuado. Así como las leyes crean la autoridad de que disfrutan los que

mandan, así también las leyes crean la libertad que comparten los ciudadanos (Pettit 1999, 57). En este sentido, la tradición republicana asigna a la libertad como no-dominación el papel de valor político supremo, y se acogió al supuesto de que la justificación de un estado coercitivo y potencialmente dominante consiste en que es un régimen que sirve a la promoción de ese valor. La tradición no propuso otro fin al estado, sino el de promover la libertad, presentó el ideal de no-dominación como la única vara con que medir y juzgar la constitución social y política de una comunidad (Pettit 1999, 113).

En relación a la formulación de las relaciones entre la ley y la libertad defendida por los autores republicanos, cabe indicar que contrasta con el pensamiento político contractualista. Para Hobbes o Locke, la ley resguarda nuestra libertad ejerciendo coerción sobre otros individuos para que ellos no interfieran en mis derechos reconocidos. Mientras que para Maquiavelo la ley resguarda nuestra libertad no solo ejerciendo coerción sobre otros individuos, sino también ejerciendo una coerción directa sobre cada uno de nosotros para que actuemos de una manera determinada, es decir, “la ley también se utiliza para obligarnos a cumplir con todos nuestros deberes cívicos, y de este modo asegura que el Estado libre del cual depende nuestra libertad permanezca en sí mismo libre de servidumbre” (Skinner 2004, 108).

Así mismo, Quentin Skinner (2004, 109) muestra que las justificaciones que dan los autores republicanos clásicos a la coerción que acarrea la ley también dista del pensamiento contractualista y del utilitarismo clásico. Para Hobbes o Locke, la libertad es un bien natural, una propiedad individual y la exigencia de la ley asegura y garantiza el ejercicio de la libertad. En cambio para Maquiavelo, la justificación de la ley no está relacionada con la protección de los derechos individuales. La principal justificación para su aplicación es que, “al ejercer coerción sobre los individuos para que actúen de tal manera que defiendan las instituciones de un Estado libre, la ley crea y resguarda cierto grado de libertad individual que, si no existiera, de inmediato degeneraría en una servidumbre absoluta” (Skinner 2004, 109).

Finalmente, para el republicanismo, la relación entre el Estado y los ciudadanos, tanto como de los ciudadanos entre sí, resulta más compleja. Como lo indica Ovejero, Martí y Gargarella (2004, 23), el estatuto republicano de ciudadanía no solo proporciona la individuo determinados

derechos vinculados a la libertad, sino que además le exige asumir deberes que van más allá del respeto por los derechos de los demás. “Implica asumir un compromiso en relación con los intereses fundamentales de la sociedad en su conjunto, lo cual a su vez supone la existencia de ciertas cualidades propias de cada uno de los miembros de la comunidad” (2004, 24). Éstas son, para Skinner (2004, 106) “las capacidades que nos permiten por voluntad propia servir al bien común, y de este modo defender la libertad de nuestra comunidad para, en consecuencia, asegurar el camino hacia la grandeza, así como nuestra propia libertad individual”. Por ello, las virtudes públicas aparecen íntimamente relacionadas con el sostenimiento de la libertad republicana.

Siguiendo a lo que sostiene Skinner (2004, 106) “una república que se autogobierna solo puede perdurar (...) si sus ciudadanos cultivan esa cualidad decisiva a la cual Cicerón denominó *virtus*”. El término *virtus* pasó a los pensadores italianos como *virtus*, y los republicanos ingleses lo tradujeron como *civic virtue*. De este modo, el término se empleó para denotar el abanico de capacidades que cada uno de los ciudadanos debe poseer.

En esta misma dirección, Philip Pettit (1999, 326) considera que las leyes republicanas necesitan del apoyo de “formas republicanas de virtud, o de buena ciudadanía”. Esta necesidad de civilidad deriva, primero de la extensión de las virtudes cívicas para asegurar una mayor obediencia y respeto a las leyes republicanas. En consecuencia, las leyes atienden mejor “a los intereses mudadizos de la gente y a los procesos de clarificación de las interpretaciones de esos intereses: con la necesidad de disponer de leyes que satisfagan las restricciones ligadas a la disputabilidad democrática” (Pettit 1999, 320). En definitiva, al extenderse la civilidad, el funcionamiento y la aplicación del ordenamiento jurídico republicano mejora, ya que los ciudadanos actúan no solo como obedientes acatadores de la ley, sino también como custodios preocupados de que nadie se desvíe del cumplimiento de la misma.

1.2 Positivism Jurídico y control estatal

El movimiento en favor de la legislación, nace de la doble exigencia de poner orden en el caos del derecho *primitivo* y por otro lado, suministrar al Estado un instrumento eficaz para intervenir en la vida social, además, como se ha visto es congruente con las concepciones republicanas

tradicionales de libertad y ley. El movimiento en favor de la legislación no es un hecho limitado y contingente, sino histórico universal, ligado a la formación del Estado moderno.

En congruencia al desarrollo del pensamiento político liberal y republicano en la formación de los Estados modernos, la producción legislativa del Derecho se basa en el positivismo jurídico. Para Norberto Bobbio (1993, 131) esta corriente doctrinal entiende el término *derecho positivo* de un modo específico, “como Derecho establecido por el poder soberano del Estado mediante normas generales y abstractas, esto es, como ley”. El positivismo jurídico nace, por tanto, del movimiento histórico en favor de la legislación, se realiza cuando la ley se convierte en la única fuente del Derecho, y su resultado último está representado por la codificación.

La idea de la codificación apareció, por obra del pensamiento ilustrado, en la segunda mitad del siglo XVIII. En Francia la idea de la codificación es fruto del pensamiento racionalista e ilustrado que dio lugar a la revolución francesa y es durante el desarrollo de este hecho cuando toma consistencia política la idea de codificar el Derecho. Este proyecto nace de la convicción de que puede existir un legislador universal (esto es, un legislador que dicta leyes válidas para todos los tiempos y lugares) y de la exigencia de realizar un *Derecho sencillo y unitario* (Bobbio 1993, 80).

Los filósofos de la Ilustración estaban convencidos de que el Derecho histórico, era solo una especie de Derecho “fenoménico”, pero fundado en la naturaleza de las cosas cognoscibles de la razón humana debía existir un Derecho natural que debía ser simple y unitario. Esta concepción jurídica representa un aspecto de aquel contraste entre naturaleza e historia; tal posición tiene su expresión en el pensamiento de Rousseau quien consideraba a la civilización y a sus costumbres como la causa de la corrupción del hombre que es “bueno por naturaleza” (Bobbio 1993, 81). En el mismo sentido, Siéyès argumenta en favor de las instituciones de justicia civil donde se aplican códigos civiles y criminales uniformes para toda la república, por lo tanto, el ejercicio del Derecho sería claro y no presentaría dificultad alguna, además cualquier ciudadano podría ser elegido miembro del jurado.

De acuerdo con los razonamientos realizados, cabe exponer brevemente los caracteres fundamentales del positivismo jurídico que pueden ser enunciados en siete puntos principales.

1. El positivismo jurídico considera al Derecho como un hecho y no como un valor. En el lenguaje iuspositivista el término “derecho” carece de toda connotación valorativa o de toda resonancia emotiva. Como indica Bobbio (1993, 141) “De esta actitud se deriva una determinada teoría de la validez del Derecho que se denomina teoría del formalismo jurídico en cuanto que la validez del Derecho está basada en criterios que conciernen únicamente a su estructura formal prescindiendo de su contenido” . Es decir que, según el positivismo jurídico, afirmar la validez de una norma jurídica no implica afirmar también su valor.
2. El iuspositivismo define el Derecho en función del elemento de la coacción, de lo que se deriva la teoría de la coactividad del Derecho, “considerar el Derecho como hecho lleva a considerar como Derecho aquel que está en vigor en una determinada sociedad” (Bobbio 1993, 141), esto evidencia que, las normas se hacen valer por la fuerza.
3. La teoría de la legislación es la fuente principal del Derecho positivo. “Esta teoría supone la elaboración de una doctrina de las relaciones entre ley y costumbre (...), de las relaciones entre ley y Derecho judicial, y entre ley y Derecho consuetudinario” (Bobbio 1993, 142). En consecuencia se excluye parcialmente como fuente del Derecho a la costumbre, sin embargo, toma en cuenta fuentes como la equidad y la naturaleza de los hechos o las cosas.
4. El positivismo jurídico considera la norma como un mandato, de lo que se desprende *la teoría imperativista del Derecho*, no obstante, existen “normas permisivas” que observan excepciones a la naturaleza imperativa del Derecho, así como también los destinatarios de la norma hacia quienes se dirigen los mandatos jurídicos.
5. El positivismo jurídico afirma la *teoría de la coherencia y la plenitud* de ordenamiento jurídico. La característica de la coherencia excluye que en un mismo ordenamiento jurídico puedan existir dos normas contrarias. Con el requisito de la plenitud el positivismo jurídico afirma que a partir de las normas explícita o implícitamente contenida en un ordenamiento, “el juez puede siempre recabar una regla decidendi para resolver cualquier caso que se plantee” (Bobbio 1993, 142), la regla decidendi

es una forma de decisión que queda a cargo del juez, puesto que, el positivismo jurídico excluye que existan lagunas en el Derecho.

6. El positivismo jurídico sostiene la *teoría de la interpretación mecanicista* que hace prevalecer, en la actividad del jurista, el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del Derecho. Este punto tendría relación con el primer carácter puesto que, al no tener el Derecho una connotación valorativa o emotiva, el jurista debe interpretar e investigar de la manera más objetiva siguiendo pasos mecánicos que no den lugar a subjetividades.
7. Bobbio (1993, 143) observa que hay un carácter moral e ideológico en el iuspositivismo, a lo que denomina *positivismo ético* y que converge en torno a la *teoría de la obediencia absoluta a la ley en cuanto tal*, esta teoría proviene del pensamiento racionalista del siglo XVIII . En este sentido, la ley del positivismo jurídico considera justa una ley por el simple hecho de ser válida.

1.3 El Sistema Penal

Para Foucault, los mecanismos y los efectos de la estatización de la justicia penal se originan en la edad media, dando lugar a una sociedad contemporánea o sociedad disciplinaria de comienzos del siglo XIX, donde hay una reelaboración teórica de la ley penal que puede encontrarse en Beccaria, Bentham, Brissot y los legisladores a quienes se debe la redacción del primero y segundo código penal francés de la época revolucionaria (Foucault 1996, 92).

Durante esta época se da una conceptualización del crimen, siendo este, un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad, mientras que el criminal es el enemigo social, aquel individuo que rompe el pacto que teóricamente había establecido con la sociedad “es una definición nueva y capital en la historia de la teoría del crimen y la penalidad” (Foucault 1996, 93).

Sobre estas consideraciones Foucault realiza una pregunta metodológica y dice “Si el crimen es un daño social y el criminal un enemigo de la sociedad, ¿Cómo debe tratar la ley penal al criminal y como debe reaccionar frente al crimen?” (Foucault 1996, 94), de esta forma, la ley penal debe reparar el mal o impedir que se cometan males contra el cuerpo social, dando lugar a proyectos

de penalidad como la institución de la prisión. Así, toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, “no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer” (Foucault 1996, 99).

Para lograr el control de los individuos, y que pueda ser efectuado por la justicia se requiere de una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, como la policía y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección: la policía para la vigilancia, las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas para la corrección.

Es así que se desarrolla en el siglo XIX alrededor de la institución judicial y para permitirle asumir la función de control de los individuos al nivel de peligrosidad, una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a estos a lo largo de su existencia (...). Esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos sino de corregir sus virtualidades (Foucault 1996, 100).

A esta época Foucault, la denomina ortopedia social, porque se trata de una forma de poder, una sociedad disciplinaria que se opone a la forma de las anteriores, una edad de control social, con nuevos sistemas de control social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, que se organizó en una versión autoritaria y estatal.

1.3.1 El Castigo como herramienta ortopédica

La propuesta metodológica de Foucault (2002, 30) prevé la consideración del castigo como función social compleja; adopta, en cuanto a los castigos, la perspectiva de la táctica política; sitúa la tecnología del poder en el principio de la humanización de la pena y del conocimiento del hombre y estudia la metamorfosis de los métodos punitivos a partir de una *tecnología política del cuerpo* donde se lee una historia común de las relaciones de poder y de las relaciones de objeto. De modo que, mediante el análisis de la benignidad penal como técnica de poder, puede comprenderse a la vez cómo el hombre, el alma, el individuo normal o anormal han venido a doblar el crimen como objeto de la intervención penal, y cómo un modo específico de sujeción ha podido dar nacimiento al hombre como objeto de saber para un discurso con estatuto científico.

El castigo es una función social compleja porque ni su génesis ni su teleología se explican por un grupo limitado de variables, sino que se trata de un problema de conjunto. Allí se mezclan de manera interdependiente condiciones culturales, políticas, económicas y sociales. En consecuencia, el ejercicio del derecho penal puede estudiarse desde una perspectiva de una *política* tendiente a conservar un status quo social, con sus consecuentes relaciones de poder, que a su vez generan cambios en las técnicas de castigo toda vez que sean necesarios para mantener el equilibrio (Foucault 2002, 32).

La obra de Beccaria (2010) en esta dirección, es la exposición más destacada. Para lograr el triunfo de la razón, se intentaba además limitar el poder absoluto de los monarcas para integrarlo al sistema judicial en un dominio racional. De esta racionalización se deriva en última instancia la idea de desplazar el punto de inflexión del castigo del cuerpo a la mente de los infractores, en un sistema racionalmente diseñado para lograr una disciplina que hiciera menos apetecible el delito por la representación del castigo, del que derivarían, desventajas tales que debían por sí solas desalentar a los individuos a quebrantar.

Frente a esta posición que se tiene al valor del sistema penitenciario como solución pragmática al problema de la delincuencia, Foucault adopta una postura diferente, analizando el sistema carcelario no en cuanto la solución inmediata que pudiera brindar para el problema del delito, sino en la medida en que instituye un nuevo sistema de poder, capaz de ser transferido a otro tipo de instituciones sociales, cuyos efectos se derivan de constituir una nueva estructura de dominación. De ahí que la racionalidad del modelo benthamita le permitía convertirse en mecanismo de disciplina de otras instituciones como la fábrica o la escuela.

La cárcel aparece como la *institución total*, capaz de atender tantas necesidades de castigo como aparezcan y produciendo además, en teoría, cuerpo dóciles, de lo que paradójicamente, se depende la desviación, advertida por Foucault (2002, 68), de que la cárcel no era una institución reeducativa sino marginadora transformando definitivamente al infractor en delincuente.

1.4 La Antropología y el Derecho

El acercamiento entre el derecho y la antropología para Milka Castro (2014, 18) se puede

evidenciar en dos momentos: el primero entre los siglos XVIII y XIX con el colonialismo y la expansión del capitalismo en Europa, el segundo momento se da en el siglo XX, por la expansión de la economía-mundo capitalista, la emergencia del movimiento indígena y las transformaciones de los marcos jurídicos internacionales y nacionales. Siendo el siglo XIX cuando intelectuales y científicos buscan una nueva visión humanística y cultural del derecho, sin embargo, los diversos estudios se han realizado desde una tradición germana, anglosajona, francesa y es apenas en la década de los ochenta que se desarrollan investigaciones desde Latinoamérica.

Conceptualizo a la Antropología Jurídica como Norbert Rouland (1990, 9) expone “la discipline qui, par l'analyse des discours (oraux ou écrits), pratiques et représentations, étudie les processus de juridicisation propres à chaque société, et s'attache à découvrir les logiques qui les commandent”¹. De la misma manera muestra que las diversas teorías del pluralismo jurídico insisten en la necesidad de buscar las manifestaciones del Derecho en otro lugar que no sean los dominios de la teoría clásica del Derecho e indica que “Il s'ensuit que, sur le plan politique, les mêmes théories relativisent la tendance de l'État à se présenter, par le relais de la prééminence de la loi dans la hiérarchie des sources du Droit, comme la source principale ou exclusive du Droit”² (Rouland 1990, 27). También se observa que en la tradición occidental la regulación jurídica se ejerce en los sectores de la vida social que una sociedad juzga esenciales a su cohesión y su reproducción, sin embargo, los trabajos antropológicos muestran que esto no ha sido así en todo lugar y tiempo, donde el Derecho no es un objeto de contornos inmutables sino más bien una forma de pensar las relaciones sociales. Como indica Rouland (1991, 116) “pour les philosophes, le droit est naturel et la politique un artefact; pour l'anthropologue, la politique est une donnée première, alors que les phénomènes juridiques, essentiellement *pluriels*, ne sont que le produit des différents groupes humains”³.

En el mismo orden Esther Sánchez (2014, 145) indica que la particularidad de la Antropología

¹ “La disciplina que, por análisis de discursos (orales o escritos), prácticas y representaciones, estudia los procesos de juridización propia a cada sociedad, y se dedica a descubrir las lógicas que les controlan”

² “De lo que se desprende que, sobre el plan político, las mismas teorías relativizan la tendencia del Estado que se presenta a través de la preminencia de la ley en la jerarquía de las fuentes de Derecho, como la fuente principal o exclusiva de Derecho”

³ “Para los filósofos el derecho es natural y la política un artefacto; para el antropólogo la política es un primer dato mientras que los fenómenos jurídicos, esencialmente plurales, no son más que el producto de diferentes grupos humanos”

Jurídica es indagar el orden jurídico en una sociedad, pero concretamente como variable de la cultura. Además, resalta el oficio de los antropólogos y dice:

(...) lo que hacen los antropólogos con los criterios de la antropología jurídica es encontrar, en ciertas expresiones, "señales específicas" sobre como el derecho mediante cierta institucionalidad regula la vida de la gente, o cómo comparte con lo que hacen otras instituciones, por ejemplo la religión o las ideas culturales con relación a la salud y la enfermedad (de la sociedad o de individuos transgresores), ofreciendo explicaciones que revelen en un determinado orden: cómo es, por qué funciona, qué aspectos presentan conflictos y posibilidades de cambios, cuál es su lógica, y qué instituciones sostienen los principios reguladores (Sánchez 2014, 146).

Por lo tanto, el derecho, es el conjunto de normas establecidas y obligatorias que deben ser cumplidas por los miembros de un grupo, que representa un mecanismo de la cultura, si bien puede ser apartado del conjunto, es aprehendido, conocido e interpretado, por el antropólogo jurídico, en el marco de un contexto integral.

Por esa razón, el antropólogo jurídico se aproxima siempre sin utilizar las categorías del derecho específico de una sociedad como patrón o como marco de referencia para otras, y tampoco lo hace para ajustar los procesos jurídicos a través de todas las culturas. El único camino válido es desde los referentes de la cultura, y esto significa desentrañar las categorías jurídicas a partir de cada sociedad en su diversidad histórica propia (Sánchez 2014, 155).

El acercamiento antropológico al fenómeno sociocultural "derecho" es un acercamiento "desde afuera", la esfera de lo jurídico es vista por la antropología (...) como un aspecto de la realidad social, como un aspecto cultural (Krotz 2002, 24).

Krotz, citando a Teresa Sierra, indica que la perspectiva antropológica, a diferencia de la visión jurídica, no busca construir modelos de aplicación general, abstrayendo los contextos sociales, sino dar cuenta de la manera en que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos en la cultura y en el poder. Es precisamente el reconocimiento del vínculo entre ley y estructura social lo que lleva a hacer visible la diversidad legal al interior de cualquier sociedad.

Krotz (2002, 22), citando a Leopold Pospíšil, indica que “los sistemas legales forman una jerarquía que refleja los grados de inclusión de los subgrupos correspondientes, propongo llamar nivel legal el conjunto de los sistemas legales y subgrupos del mismo tipo y grado de inclusión (por ejemplo, familia, linaje, comunidad, confederación política”. El estudio de las normas jurídicas, sus justificaciones y sus aplicaciones en una sociedad dada revela mucho sobre otros aspectos de la misma, por ejemplo, sobre las concepciones hegemónicas del ser humano de la convivencia social, de la justicia e incluso del sentido de la vida (Krotz 2002, 27). La ley es un elemento clave de cualquier sociedad o grupo de seres humanos, mediante el cual se puede advertir las ideas vigentes respecto a cuestiones como la noción del ser humano, el ámbito de validez de igualdad, libertad y solidaridad, la relación entre posesiones y derechos.

El derecho no es un sistema independiente de la sociedad o de la cultura, sino que ambos se encuentran mutuamente imbricados, y las disputas y su proceso de resolución tienen un componente cultural, donde se expresan los valores y actitudes de los litigantes (Sierra y Chenaut 2002, 126). La Antropología Jurídica observa como el poder y el cambio inciden en los procesos jurídicos, es decir, se busca entender la manera en que los diferenciales de poder dan forma al despliegue normativo y legitiman determinados modelos y prácticas culturales, a expensas de otros. Asimismo, se trata de conocer cómo estos inciden en los conflictos, en la manipulación de las normas y en los mismos foros para manejar las disputas. Se busca también indagar en la manera en que el cambio social afecta los procesos jurídicos, y estos a su vez inciden en el cambio social. (Sierra y Chenaut 2002, 138) .Se considera al derecho como un producto de la agencia humana que es ventajoso para unos a expensas de otros, mientras que las normas jurídicas son formulaciones que tienen lugar como resultado de discusiones, argumentaciones y negociaciones de agentes conscientes (Sierra y Chenaut 2002, 140).

1.5 Los sistemas de poder político

Considero que los discursos jurídicos no pueden ser vistos solamente desde la esfera de lo penal ya que estos corresponden a un sistema político. Para Marc Abélès (1997) “los sistemas políticos”, se han ido orientado hacia formas de análisis que estudian las prácticas y las gramáticas del poder poniendo de manifiesto sus expresiones y sus puestas en escena. Además indica que un enfoque antropológico consecuente y deseoso de no cosificar el proceso político

tiene que combinar, tres tipos de intereses: en primer lugar, el interés por el poder, el modo de acceder a él y de ejercerlo; el interés por el territorio, las identidades que se afirman en él, los espacios que se delimitan; y el interés por las representaciones, las prácticas que conforman la esfera de lo público (Abélès 1997, 3). Por lo tanto, hay que abandonar la idea de considerar el sistema político como un imperio dentro de un imperio para a continuación tratar de hacer coincidir las partes, en este caso, la institución y la sociedad.

Lo único que puede facilitarnos un mejor entendimiento de lo político, no ya como una esfera separada sino como la cristalización de actividades modeladas por una cultura que codifica a su manera los comportamientos humanos, es tratar de tomar en consideración el ejercicio del poder y su arraigo en un complejo en el que se mezclan inextricablemente sociedad y cultura (Abélès 1997, 4).

Ante lo planteado, la antropología no debería llevar a cabo una crítica de la política, sino más bien comprender cómo el poder emerge y se afirma en una situación determinada.

En el mismo orden, Albert Noguera observa el aporte de Gramsci a la caracterización de la dominación en las sociedades modernas, no sólo como un fenómeno económico, sino también y, sobretodo, como un fenómeno subjetivo o cultural, señalando, su interpretación de la cultura como dimensión esencial de estructuración y desarrollo de la dominación en las sociedades estatales modernas (Noguera 2011, 1). También identifica la capacidad de los agentes sociales de pensar su acción y las propias estructuras en que ella se enmarca, la capacidad de comprensión de su realidad, y por tanto, capacidad para incidir en ella de forma intencional cuando se produce la amenaza de sustitución de su coherencia interna, tanto cultural como identitaria, por nuevas formas de organización sociopolítica más acorde a los intereses de sectores dominantes (dicotomía *dominación/liberación*) (Noguera 2011, 2).

Noguera, siguiendo a Althusser, reconoce los aparatos ideológicos del Estado, el primero es el elemento de *reconocimiento* o de *legitimidad*, que se da cuando los individuos reconocen un orden como legítimo. Este elemento representará en la modernidad, el elemento interno de caracterización del concepto Estado, y el segundo es el elemento *coacción*, que actúa en el nivel de las “garantías” de la legitimidad y de la eficacia del orden estatal. La coactividad aparece ya

no como elemento constitutivo, sino como una característica exterior del orden válido (Noguera 2011, 5).

Grissoni y Magiori definen el Estado de la siguiente manera: “El Estado es el conjunto de organismos por medio de los cuales se ejerce la hegemonía y la coerción de la clase dirigente sobre las clases subalternas, no con la mera intención de preservar, defender y consolidar sus intereses económico-políticos, sino también para elaborar una acción educativa de conformidad del conjunto del cuerpo social, de manera que los objetivos e intereses de la clase dominante aparezcan como datos y valores universales” (Noguera 2011, 5). En tal sentido la dominación no es algo objetivo y separado del hombre, sino también algo que existe en el hombre, los hombres “obedecen” o “desobedecen” impulsados por un sentido de moralidad, por creer que unas normas son “buenas-malas”, “justas-injustas” (Noguera 2011, 7).

Pero la existencia de este consenso generalizado, obtenido gracias a un determinado control-dirección de índole ideológica ejercida por una clase, significa que esa clase es hegemónica (Noguera 2011, 7), es capaz de estructurar la construcción ideológica de la sociedad alrededor de un sistema cultural, para Gramsci, la hegemonía es una producción cultural (Noguera 2011, 8).

(..) la construcción de una cotidianidad o realidad de vida cotidiana -relación de las personas entre ellas, con las instituciones y estructuras sociales, la producción simbólica, la naturaleza y el mundo de objetos materiales- donde modos de proceder *ideo- lógicos* establecidos por la clase dominante se convierten en modos de proceder *lógicos de y para* todos (la respetabilidad deviene normalidad), es el elemento básico para la construcción de la hegemonía política (Noguera 2011, 9).

Foucault, explica que lo que hace que el poder se mantenga es que no pesa solo como potencia que dice no, sino que cala de hecho, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; hay que considerarlo como una red productiva que pasa a través de todo el cuerpo social en lugar de como una instancia negativa que tiene por función reprimir (Foucault 1981, 137).

Finalmente, la Antropología Política ha hecho avances dentro del estudio del estado tradicional como son los trabajos de Malinowski, pero también sobre el Estado moderno modificando las

imágenes comunes que se tenían sobre las sociedades tradicionales y modernas, estas ya no pueden ser vistas como sociedades unanimistas, obtenidas de consensos mecánicos o como sistemas equilibrados poco afectados para los efectos de la entropía. Como lo indica Balandier (1967, 221) “L’étude des aspects politiques conduit à saisir chacune de ces sociétés dans sa vie même, dans ces actes et ses problèmes, au-delà des apparences qu’elle exhibe et des théories qu’elle induit”⁴. Por lo tanto, la Antropología Política se mueve sobre una realidad esencialmente dinámica, por lo cual, requiere tomar en consideración la dinámica interna de las sociedades.

1.6 Genealogía y discurso

Michel Foucault hace un recuento de la genealogía y la historia a partir de la lectura de la obra de Friedrich Nietzsche, haciendo énfasis en la genealogía vista como una manera de ver y entender la historia; fundamentalmente una alternativa diferente a la historia que se ha creado desde Occidente, la “historia oficial”. La historia, tiene mucho de metafísica, busca el origen de las cosas, “busca las significaciones ideales y de los indefinidos teleológicos” (Foucault 1988, 1). Mientras que la genealogía se opone a la búsqueda del origen, lo que busca es entender cómo se dan los procesos, los azares y las meticulosidades del comienzo “el genealogista se ocupa de escuchar la historia más que de alimentar la fe en la metafísica” (Foucault 1988, 2), lo que se pretende es entender la manera en que se crearon los fenómenos que surgieron a partir de un hecho.

También Foucault hace una diferencia entre la genealogía, con una forma de hacer historia distinta a lo que comúnmente se ha venido trabajando e indica “(...) esta forma de historia que reintroduce (y supone siempre) el punto de vista supra histórico (...) esta historia de los historiadores se procura un punto de apoyo fuera del tiempo; pretende juzgarlo todo según una objetividad de apocalipsis; porque ha supuesto una verdad eterna, un alma que no muere, una conciencia siempre idéntica a sí misma” (Foucault 1988, 6), de igual manera la genealogía y el sentido histórico escapan a la metafísica, no se apoya en las constancias o la leyes históricas.

⁴ “ El estudio de los aspectos políticos conduce a captar cada una de estas sociedades en su vida misma , en esos actos y sus problemas, más allá de las apariencias que ella exhibe y de las teorías que ella induce”

El papel de la genealogía para Foucault (2008, 12) “se opone al despliegamiento metahistórico de las significaciones ideales y de las indefinidas teleologías, a la búsqueda del “origen”. “Hacer genealogía será insistir en las meticulosidades y azares de los comienzos, prestar una atención escrupulosa a su irrisoria mezquindad”. La genealogía se define como una historia particular cuyo objeto específico sería el de dar cuenta de la constitución de los saberes y los discursos sin referirse a un sujeto fundador y trascendente.

Como lo indica Foucault, las genealogías son “anticiencias”. Es en términos políticos de apuestas, y no de querellas de territorios, donde la genealogía se desmarca de la historia: el punto de ruptura entre historia y genealogía es el poder. Además nunca antepone la cientificidad de la historia, sino que, por el contrario, apela a su necesaria y saludable contribución al relativismo de las ideas y de las instituciones. Se trata no de considerar que los hechos están dados objetivamente, sino más bien de “*hacer la historia de la objetivación de esos elementos*”.

En fin, hacer una genealogía es ocuparse de las meticulosidades y de los azares de los comienzos, de la historia con sus intensidades, sus debilidades, sus furores secretos, sus grandes agitaciones febriles, es el cuerpo mismo del devenir. La genealogía no pretende remontar el tiempo para establecer una gran continuidad por encima de la dispersión del olvido. Su objetivo no es mostrar que el pasado está todavía vivo en el presente. “La genealogía, como el análisis de la procedencia, se encuentra por tanto en la articulación del cuerpo y de la historia. Debe mostrar al cuerpo impregnado de historia, y a la historia como estructura del cuerpo” (Foucault 1922, 15) .

Asimismo, este autor indica que “La relación de dominación tiene tanto de “relación” como el lugar en la que se ejerce tiene de no lugar” (1922, 17). Por esto precisamente cada momento de la historia, se convierte en un ritual; impone obligaciones y derechos; constituye cuidadosos procedimientos. Establece marcas, graba recuerdos de las cosas e incluso en los cuerpos; se hace contabilizadora de deudas. Por lo tanto, se trata de hacer de la historia una contra memoria, y de desplegar en ella una forma totalmente distinta del tiempo.

1.7 El discurso más allá de un análisis lingüístico

Siguiendo a Foucault (1996) , quien indica que hay que considerar los hechos del discurso ya no simplemente por su aspecto lingüístico sino como juegos estratégicos de acción y recreación, de

pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha. “El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos en determinado nivel, y polémicos y estratégicos en otro” (Foucault 1996, 16). De igual manera, la producción del discurso está controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función “conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (Foucault 1992, 5), de esta forma, el discurso en la política más que transparentar sería el ejercicio del poder mismo.

En el marco de lo expuesto, cabe añadir la discusión en torno a la construcción interna de los discursos, entre la separación de lo verdadero y lo falso que no es ni arbitraria, ni modificable, ni institucional ni violenta, pero que plantea esa voluntad de verdad que ha atravesado a la historia dando lugar a “un sistema de exclusión (sistema histórico, modificable, institucionalmente coactivo)” (Foucault 1992, 9) , los discursos que se dicen pero que también origina una forma de saber que es valorizado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuido.

Otro punto complementario del discurso es la referencia al autor, considerado no como el individuo que habla y que ha pronunciado o escrito un texto, sino el autor como principio de agrupación del discurso, como unidad y origen de sus significaciones, como foco de su coherencia (Foucault 1992, 17) , así el discurso jurídico tiene un autor disciplinario que es la ciencia del Derecho con todas las reglas de elaboración que tiene la jurisprudencia.

1.7.1 El discurso en un contexto social

Según Teun A. van Dijk (Van Dijk 2000) es a través de los estudios del discurso o análisis del discurso que se puede dar una definición fundamental de su complejidad que se debe abordar desde la interdisciplinariedad. Plantea que si queremos explicar lo que es el "discurso", resulta insuficiente analizar sus estructuras internas, las acciones que se logran, o las operaciones mentales (procesos cognitivos) que ocurren en el uso del lenguaje. En este sentido es necesario dar cuenta que el discurso como acción social ocurre en un marco de comprensión, comunicación e interacción que a su vez son partes de estructuras y procesos socio-culturales más amplios. De esta manera, por ejemplo, las destrezas narrativas pueden ser constitutivas de una cultura colectiva o las habilidades de argumentación en el Parlamento pueden ser inherentes a los

ambientes legislativos. El abuso del poder político puede involucrar a la manipulación y legitimación de la propaganda como tipos o funciones de una "comunicación discursiva" que cualquier oposición política puede de igual forma realizar.

En síntesis, lo que puede aparecer como mero discurso local, en muchos casos, se instituye como procesos y estructuras complejas a un nivel más global de la sociedad. Estas formas de análisis del discurso no son simples; requieren de un estudio más integrado en todos los niveles o dimensiones vistos hasta aquí; así las relaciones entre discurso y estructuras sociales resultan a menudo ser indirectos y altamente complicados de abordar.

Finalmente, las categorías teóricas que utilizare en esta investigación son: el Positivismo Jurídico, esta doctrina permite la elaboración de las leyes a través de los códigos y normas, mediante las cuales se expresa el poder soberano del Estado, el naciente estado ecuatoriano basaba sus principios jurídicos en este pensamiento que se direccionaba a unificar a la sociedad mediante la coacción. Segundo, la ortopedia social propuesta por Foucault, muestra las herramientas para poder controlar a la sociedad de una manera punitiva pero también psicológica, de tal modo que se evidencia los sistemas de control social que se establecieron para organizar y controlar la sociedad ecuatoriana con la elaboración del código penal, los preceptos para establecer una cárcel como lugar de castigo y rehabilitación. Tercero, cultura y poder, estos dos conceptos me permitirán identificar los grupos de acción social dentro de este entramado, si bien están las clases dirigentes que elaboran el código también están los implicados criminales ¿Quiénes son estos sujetos? ¿De qué manera son juzgados? al responder estos cuestionamientos se puede develar el componente cultural con el que se maneja la resolución de conflictos en los inicios de la república. Por último, el análisis del contenido del discurso, que expone Foucault y Van Dijk, examina las estrategias de acción política, social jurídica que se encuentran en los textos que contiene esta investigación los cuales provienen de discursos realizados por Vicente Rocafuerte, pronunciamientos de la Cámara de Senadores y Diputados, el contenido textual del código penal de 1837 y los juicios penales.

1.8 Metodología de investigación

El carácter investigativo de este trabajo es cualitativo, por lo tanto, se enfoca en la indagación de hechos históricos a través de fuentes textuales; los discursos y ensayos de Vicente Rocafuerte los encontré en la biblioteca Aurelio Espinosa Pólit, los informes de las cámaras de Senadores y Diputados sobre la elaboración del código penal en la biblioteca de la Asamblea Nacional y los juicios penales que se encuentran en el Archivo Nacional.

Con respecto a estos expedientes retomo lo que dice Esther Sánchez (2014, 170) “el expediente no puede ser concebido más que como un conjunto de signos, de palabras que no necesariamente equivalen exactamente a la realidad”, pero que resulta importante porque es la materia prima que posibilita la reconstrucción cultural y social, además permite ubicar situaciones circunstanciales sociales, políticas o económicas. Además, el estudio del documento implica un análisis de su contenido profundo, a fin de buscar los niveles simbólicos que dan sentido y orientación propia a una sociedad, o precisamente las explicaciones que provienen de una comprensión e interpretación integral (Sánchez 2014, 171).

Para analizar y comprender estas fuentes documentales se hace necesario clasificarlos mediante un esquema que facilite su examinación partiendo de un procedimiento inductivo y holístico. Sin embargo, para el análisis del contenido se hace necesario otros estudios adicionales como la hermenéutica y el acercamiento a la realidad mediante la construcción de genealogías que permitan ver la relación de fuerzas entre los actores de la emergente república del Ecuador y discontinuidades en las prácticas judiciales.

Siendo un estudio de recolección de archivos se hace necesario la técnica del fichaje, está es una técnica auxiliar empleada en investigación científica que consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila en una investigación por lo cual constituye una herramienta valiosa en esta tarea.

Además, para el análisis del código penal elaboré un cuadro comparativo que me permitió establecer semejanzas y diferencias con otras realidades jurídicas. Éste cuadro denotara las

posiciones ideológicas, las continuidades, y las divergencias sociales. En cuanto al estudio de los discursos, juicios, realicé un análisis del contenido para observar en una primera instancia el objeto con el que fueron elaborados, la posición política del autor, y en una segunda instancia denotar las significaciones que se materializan en los hechos, prácticas y discursos.

Capítulo 2

Contexto Situacional

En este capítulo se hará una contextualización que permita identificar la situación social, política en la que se originó el primer código penal de la república del Ecuador.

2.1. El Republicanismo

La construcción del republicanismo se dio bajo diferentes imaginarios que responden a situaciones sociales y políticas propias de la región así como la participación de otros conjuntos sociales que no eran las élites como los pardos en Cartagena o los campesinos en Perú, sin embargo, hay un discurso de patriotismo, libertad y hermandad que se repite en la fundación de las repúblicas hispánicas, que si bien responde a constructos teóricos provenientes de la Ilustración, también está implicado las relaciones sociales entre las élites, los esclavos libres y los indígenas.

En este primer punto señalare el presupuesto con el que se manejó la construcción de las repúblicas hispanoamericanas como lo indica Valeria Coronel (2016, 8) citando a Doménech y Bertomeu, el Estado-nación sería el garante de los acuerdos para la felicidad, es decir, para los consensos derivados de la participación de los ciudadanos, además Kant establece el carácter fiduciario de la soberanía delegado por el pueblo soberano a la república, así mismo, en la escuela republicana democrática la propiedad privada depende de la legitimación del soberano si y solo si, esta aporta al interés común, contrario al valor que adquiere la propiedad privada en el pensamiento del liberalismo individualista (Coronel 2016). En este mismo sentido María Julia Bertomeu (2004, 44) observa que los republicanos estaban más interesados en las implicaciones constitucionales que en las sociales, y la concepción de la libertad era más una ausencia de interferencia. Por otro lado, Marixa Lasso (2007, 32) observa los discursos que dieron forma al republicanismo hispánico, donde discursos de patriotismo, libertad, hermandad y unidad republicana redefinió las relaciones raciales coloniales durante las guerras de la Independencia, a lo cual se cuestionó que esta nociones de democracia racial era un mito que ayuda a perpetuar la hegemonía racial, sin embargo fueron estos espacios de lucha político en la que se construyeron sujetos políticos que reivindicaban sus derechos a ser reconocidos como ciudadanos.

En segundo lugar, el republicanismo en Hispanoamérica se contextualiza en las revoluciones del siglo XVIII, donde los mecanismos de adaptación del capitalismo y su consolidación anterior al siglo XIX mantuvieron fuerte al sistema y las revoluciones no lograron hacer cambios fundamentales, pero no se puede decir que las fuerzas populares fueron suprimidas, el precepto de soberanía y ciudadanía permitieron a ciertos colectivos ser sujetos políticos, sujetos que en otros ámbitos no hubieran tenido ningún derecho como lo es en el liberalismo clásico, así lo demostraron los haitianos, los afrodescendientes y las comunidades indígenas que se sirvieron de esos preceptos para ser parte de la nación emergente como fue en Cartagena el reconocimiento de los pardos como ciudadanos, las elites republicanas liberales no reconocieron ciertos derechos, entonces exigieron una transición de una república de la elite a una república popular, de igual manera las comunidades indígenas tenían una dinámica económica diferente desde sus antepasados basado en los pisos ecológicos como lo muestra John Murra (1999) que les permitió crear redes de relaciones de subsistencia.

En este mismo sentido, se observa que el Imperialismo del siglo XIX fue el que derrocó a las monarquías de tipo territorial y creó puentes de conexión de tipo global y estableció las condiciones para el mercado global, las cuales crearon condiciones básicas para el desarrollo capitalista porque permitió hacer una división social del trabajo que había comenzado la monarquía española y definió los territorios de materia prima sin la necesidad de crear la ficción de que aquellas sociedades eran parte de las monarquías sino que eran productores de materias primas como la India, el África que no tenían las mismas condiciones que las colonias hispánicas que habían sido concebidas bajo una visión renacentista las cuales eran parte de una monarquía de antiguo régimen. Un punto importante que muestra Marx (2007, 229) es que “la base de toda división del trabajo desarrollada, mediada por el intercambio de mercancías, es la separación entre la ciudad y el campo. Puede decirse que toda la historia económica de la sociedad se resume en el movimiento de esta antítesis”. Siguiendo con lo expuesto por Marx, lo interesante de esta división es que no fue solamente en las ramas de la producción que se insertó, sino al interior de las sociedades, es así que en la formación de las repúblicas hispánicas se acogió los preceptos teóricos del republicanismo como la igualdad, la libertad, la fraternidad a pesar de las contradicciones sociales que existían pero fueron los modelos del capitalismo que dieron la estructura de producción y jerarquización sin olvidar como lo indica Louis Dumont

(1999, 22) que el poder se sostuvo sobre una base ideológica definida, el individualismo, lo que se trata de obtener es la sumisión y no la subordinación donde se cuestiona colectivamente entre los ciudadanos el bien común, pero ¿quiénes eran ciudadanos en una sociedad heterogénea? . Con respecto a esta interrogante, se puede indicar fue una hegemonía burguesa –terrateniente que usó la cultura en la construcción de identidad colectiva, lo cual permitió una forma de dominación de tipo consensual para los intereses de las burguesías que eran quienes manejaban los medios de producción y tenían una renta capitalista, además que desarrollaron un método específico que ubicó a la burguesía como agente dominante, lo que hacía que los Estados-nacionales estén recubiertos por ficciones culturales aceptadas por la población, estas ideas ayudaban a un control social, pero también se legitimó en un campo de verdades como lo es el Derecho Canónico que regulaba la vida social y lo hizo en el Ecuador hasta la revolución liberal de 1895.

En conclusión, el Estado-nacional representó una dimensión nacional de una etapa del desarrollo de la producción industrial, donde el papel de los Estados era mantener vínculos internacionales, mientras que los regímenes de producción en la construcción de mercados internos se volvieron relevantes en ese momento del desarrollo del sistema capitalista. Así mismo, no era solamente la elite de la pirámide económica la que dicta la racionalidad del Estado, sino que es resultado de las formas de conflictividad social que emprenden varios actores que se disputan la administración del capital y por el poder político.

2.2 El Republicanismo en el Ecuador

Con la salida de Venezuela el 13 de enero del 1830, se disolvió la Gran Colombia y los países que la conformaban, Colombia, Ecuador, Venezuela, Panamá, se declararon libres y soberanos, rompiendo todos los lazos con Colombia. Ante esta situación la ex Audiencia de Quito debía organizarse en un Estado soberano. El 13 de mayo de 1830, a petición del procurador de la ciudad, Ramón Miño, se reunió en la universidad de Quito una Junta de Notables que proclamó la separación del distrito del Sur. Mientras se reunía la Asamblea Constituyente, fue designado el general Juan José Flores como jefe supremo, consecuentemente los otros dos grandes departamentos se adhirieron, Guayaquil el 19 de mayo y Cuenca el 20 (Pareja 1990, 68). Para ratificar el proceso de soberanía era necesaria una Convención Constituyente y una Carta Política,

la Convención se dio en Riobamba el 14 de agosto y la promulgación de la Constitución se hizo el 23 de septiembre. La Constitución de 1830, consta de un preámbulo, 75 artículos y la disposición final. En este documento se indica los límites del territorio que son los tres departamentos de Quito, Guayas y Azuay. Para el goce de los derechos de la ciudadanía se requería: “1. ser casado, o mayor de 22 años; 2. tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero; 3. Saber leer y escribir” (Constitución del Estado del Ecuador 1830, Art.12). Así mismo, se establecieron los poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo, Consejo de Estado y Judicial. Como se puede observar, detrás de fórmulas participación democrática y soberanía popular, se escondía una realidad de restricción sistemática. En consecuencia, el Estado que se reconstituyó desde 1830 antes que ser un órgano representativo de una clase legitimada por el consenso, se constituyó en un organismo legitimador de los poderes terratenientes regionales (Quintero 2013, 71).

Como lo indica Quintero (2013, 69) “El Estado ecuatoriano del siglo XIX, como forma institucional de dominio político, no surgió de la desintegración total del sistema colonial, sino que en mucho fue su prolongación”, es decir, la proclamación de la Constitución de 1830 fue un discurso de los ideales de nación que tenían los idearios de la gesta patriótica, sin embargo, la forma de administración no había cambiado e incluso las formas jurídicas civiles y penales seguían perteneciendo a un sistema colonial.

Al sistema colonial le sucedió un estado controlado por las oligarquías terratenientes que habían sido las usufructuarias de la lucha independentista contra España. Se trataba de una formación política ideológica de tipo precapitalista, cuya orientación estaba marcada por la necesidad del control sobre las masas indígenas y los esclavos negros y por la dispersión del poder a nivel local y regional (Ayala 1983, 147) . Sobre lo expuesto, se observa el inicio de construcción de un Estado terrateniente, en el cual se establecen los mecanismos para la consolidación del latifundio como forma de producción dominante y eje de poder regional en todo el país, se consolidan las bases para la formación de una fracción serrana de la clase terrateniente con capacidad estatal, a la vez que se evidencia la persistencia de la fragmentación regional terrateniente y “se produce la confluencia de una serie de factores que posibilitan posteriormente plantearse la unificación de la

clase en el Estado” (Quintero 2013, 70) . A continuación, se indicara brevemente la regionalización en el naciente Estado para poder comprender las divisiones político- económicas.

2.2.2 Regionalismo en el proceso de Independencia

Una vez alcanzada la Independencia y luego del periodo gran colombiano, la regionalización siguió siendo la marca vital en la estructuración de un proyecto de Estado nacional. Los intereses contrapuestos de las élites regionales se hicieron más notorios al fragor de los movimientos autonomistas e independentistas del siglo XIX (Hidalgo 2008, 87). Manuel Chiriboga (1980, 55) indica, “mientras para Quito fue la crisis económica la base del independentismo, para los de Guayaquil y Cuenca serán las consecuencias del auge económico”. Sobre esto, la administración colonial se encargará de dividirlos más, aprovechando las adscripciones jurisdiccionales y los intereses económicos. Ninguno de estos grupos podría pues imponer su consenso. La falta de consenso se evidencio desde la primera asamblea constituyente, en 1830, que propicio el nacimiento de una república por conveniencia, concretada en un pacto de unión de indudable inspiración federal, entre los representantes de las tres regiones históricas de la antigua presidencia de Quito (Chiriboga 1980, 56).

En lo político y lo social, las tres regiones se comportaban y expresaban de manera diferente. Quito, como capital histórica de la Audiencia, había desarrollado una cultura política burocrática. La presencia de una clase media de abogados dedicada a actividades públicas, evidenciaba la existencia de un sistema de estructuras corporativas donde el cuerpo social se pensaba de manera vertical: en la cúspide piramidal, los criollos y terratenientes imponían su influencia, apoyados por una tradición legalista, heredera del juridicismo tomista (Hidalgo 2008, 89). Cuenca era la segunda ciudad más poblada del Distrito del Sur, pero alejada del poder central, en su interior se desarrolló posiciones atomizadas, ideológicamente cercanas al federalismo. Guayaquil, uno de los puertos más adelantados del Pacífico, jugo un rol privilegiado en la configuración geopolítica de las nacientes republicas, desde su independencia, el 9 de octubre de 1820. Desde finales del siglo XVIII, la economía de la región costera se revitalizo con el despegue de Guayaquil, por el creciente flujo de capital comercial, proveniente de la exportación cacaotera. Bajo esas circunstancias, Guayaquil negocia su participación en la Convención de Riobamba, al punto que condicionó su entrada al nuevo orden constituido (Hidalgo 2008, 94).

2.2.3. Dispersión de poder y consenso de las elites regionales

Para Ayala (1980, 14), las primeras tres décadas de la vida republicana del Ecuador se caracterizaron por la inestabilidad y desarticulación. Como se ha observado, el poder tomado de los representantes de la corona española tendió a dispersarse en instancias locales y regionales. La oligarquía serrana, pese a que logro en el reparto la cuota más alta de poder, afrontó la dura oposición del grupo comercial guayaquileño, además que soporto el resquebrajamiento interno que se volvió crónico y que le impidió organizarse a escala nacional. El que ninguna de las fracciones dominantes lograra alcanzar la hegemonía, convirtió al ejército, constituido por los veteranos de la Independencia, en árbitro del conflicto por el poder. Su vinculación a una u otra fracción generó esas alianzas caudillistas, propias de la época (Ayala 1980, 16).

La dispersión del poder se reflejaba en el cuadro socio-político. Así lo muestra Ayala (1983, 152) “La inexistencia de una real dependencia entre las zonas de producción interandinas hace que las alianzas terratenientes adolezcan de una crónica inestabilidad, plagada de enfrentamientos y contradicciones localistas”. El ascendente predominio económico de los terratenientes, frente al debilitamiento y posterior caída del estado colonial significó que, en el momento de la Independencia, se hubiera consolidado el control local y regional de los terratenientes. Pero esto, impidió la inexistencia de un poder central fuerte y por ende fue la causa de la persistencia de un conflicto oligárquico. Las causas más evidentes de ese conflicto fueron las que se produjeron en la creciente diferenciación de los intereses de los grupos dominantes de la Sierra y la Costa. Las plantaciones del litoral, demandaban trabajadores que debían ser desplazados de los valles andinos, esta situación propició una corriente migratoria entre las dos regiones que drenaba permanentemente de trabajadores a las haciendas serranas (Ayala 1983, 152).

Los terratenientes serranos sobrellevaron esta situación mediante el reforzamiento de los mecanismos de represión y la demanda de que el Estado ejerciera mayor control en este ámbito, lo que produjo varios enfrentamientos.

Al mismo tiempo, se desarrolló otro conflicto en torno al “libertad de comercio”. Los terratenientes de la Sierra intentaban defender el mercado para la producción doméstica, mediante el mantenimiento de barreras impositivas a las importaciones, mientras que, el interés de los

grupos terratenientes vinculados a la exportación y los comerciantes importadores, propugnaban facilitar la introducción de bienes importados mediante la baja de impuestos (Ayala 1983, 153). Este debate entre proteccionistas y librecambistas, obviamente, dio lugar a momentos de tensión. En igual forma, los enfrentamientos no eran solamente de Costa y Sierra sino que se dieron también a nivel de los espacios regionales del altiplano andino, las oposiciones del austro (Cuenca y Loja) frente al centro-norte, fueron permanentes en la historia del siglo XIX.

A pesar de las tensiones terratenientes por el poder, agrariamente enfrentados entre sí, los sectores dominantes mantuvieron, al mismo tiempo un consenso sobre la necesidad del reforzamiento de las formas de dominación de las masas trabajadoras. Esta consolidación de fuerza dominante se apoya sobre una organización administrativa en la que los hacendados locales eran la cúspide, de esta manera, mediante la presión económica y la manipulación extraeconómica, dirigían las decisiones de terratenientes menores, comerciantes locales, logrando así, el control de las asambleas parroquiales. Luego, en el marco de las asambleas cantonales y provinciales, se negociaban posiciones y cuotas de poder, estableciendo alianzas más amplias, acaudilladas por grandes latifundistas, a quienes se les denominó “caciques” (Ayala 1983, 154). Los jefes y tenientes políticos eran cercanos a las comunidades indígenas para lograr un mayor control sobre las poblaciones las contradicciones se daban entre las practicas jurídicas que mantenían el status de coloniales, mientras que la legalidad de los funcionarios se daba en la ley del Estado. Con respecto a esta situación Andrés Guerrero (1990, 28) observa que “ El primer ordenamiento del aparato jurídico republicano, concedía a los tenientes parroquiales una capacidad limitada: “conocer” demandas, sobre injurias y faltas que no excedan los 16 pesos” , además que se especificaba las penas máximas que el funcionario podía infligir, sin embargo, a través del proceso de oralidad , las prácticas jurídicas de aplicación de penas se volvían sumamente flexibles a las consideraciones del funcionario burocrático de un Estado descentralizado.

En el mismo contexto descrito, un espacio de concesión terrateniente se fraguó a partir de la conciencia de clase. Al igual que el Estado colonial, el Estado terrateniente reconocía la existencia de “castas”, definidas por sus desigualdades, las mismas que estaban fijadas jurídicamente. Quintero observa que:

La profundidad del corte étnico-ideológico en el Ecuador influyó para que, a pesar del nuevo orden “republicano”, la sociedad no fuese concebida por los propietarios como un conjunto de ciudadanos, sino que fuese definida en términos de una jerarquización de “castas”: blancos, mestizos, indios, negros, pardos, de tal suerte que la condición de “ser indígena”, se mantuvo al igual que en la colonia como elemento de discriminación racial abierta y explícita en la aplicación de leyes distintas a las que normaban para los “no indígenas” (2013, 79).

Como lo muestra lo citado, los elementos coordinadores de la política continuaban con el orden moral e intelectual que se había instaurado en la Colonia, estas castas se habían encerrado en un círculo que tenía su propio ethos del mundo en el cual los “blancos” tenían luchas internas por la mano de obra o las decisiones políticas que afectasen a sus intereses, pero seguían cohesionados en un grupo con ejes ideológicos como el racismo y el elitismo; la concepción tradicional de la autoridad, determinados por el profundo corte étnico cultural que atravesaba la sociedad.

Sobre la base de estos ejes ideológicos, el grupo de “blancos terratenientes” ejercieron mecanismos proteccionistas sobre los indígenas y esclavos afrodescendientes para evitar abusos del clero, a pesar de la explotación por los terratenientes. Como consecuencia de esta ideología, los terratenientes criollos establecieron el acceso a la acción y comprensión de la política como deber y derechos privativos, negando toda participación a los otros grupos. Además de la cohesión en el dominio político, los terratenientes eran partícipes de una misma *comunidad cultural* que reconocía en España a su nación, en el castellano su lengua, y en la religión católica, las costumbres y hábitos occidentales, su tradición cultural (Quintero 2013, 81).

Aun cuando los terratenientes afianzaron su poder no pudieron constituirse en una “clase nacional”, los constantes conflictos internos de intereses, las inestables alianzas regionales y caudillistas, el divorcio entre las familias “blancas” y los demás grupos étnicos no permitieron crear una “nación ecuatoriana”. No obstante, como lo indica Ayala (2011, 26), el Estado ecuatoriano fue constituyendo nación, los grandes terratenientes tenían un propio proyecto nacional, que a pesar de ser contradictorio, permitió mantener la unidad del país más allá de las crisis políticas, los enfrentamientos regionales y las guerras limítrofes, ese proyecto a pesar de sus contradicciones logró imponerse por más de sesenta años.

2.3 Administración del Estado republicano

La primera Constitución del Ecuador (1830) determinaba que el gobierno del Ecuador era popular, representativo, alternativo y responsable. El poder supremo y soberano de la nación, se ejercía a través de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo sería el principal y la fuente de los otros dos. El congreso se reuniría cada dos años y estaría compuesto de una sola cámara, sin embargo, en la Constitución de 1835 se cambió esa disposición y se estableció un sistema bicameral, de senadores y de diputados, los cuales debían ser electos en igual número por cada uno de los antiguos departamentos.

El poder ejecutivo tenía entre sus facultades la de mantener el orden interno y la seguridad exterior del Estado, dirigir al ejército, decretar estado de sitio, conmutar sentencias de muerte y recaudar impuestos. El poder judicial tenía autonomía en sus competencias y funciones a través de instancias seccionales y locales, como el control de una Corte Suprema, establecida en Quito (Ayala 1983, 148).

Al declararse el gobierno como “popular y representativo” la constitución y las leyes establecían la elección como mecanismo de concepción de la autoridad. El sistema electoral era indirecto. Las asambleas electorales que se constituyeron a nivel de parroquias designaban electores que integraban las cabeceras cantonales las que, a su vez, nominaban las asambleas provinciales. Estas últimas votaban por las autoridades seccionales y los representantes al Congreso, quienes elegían al presidente y vicepresidente de la república (Ayala 1983, 149). A pesar de las declaraciones de universalidad democrática, habían condiciones rígidas de acceso a la ciudadanía, lo que hacía que este régimen de sufragio fuera de corte aristocrático-corporativo y estuviese consagrado por un procedimiento constitucional que aseguraba la permanencia de personas que sirvieran a los intereses corporativos, no obstante, este mecanismo favoreció al entendimiento terratenientes interregionales (Quintero 2013, 81). Como consecuencia de las restricciones a la ciudadanía, que había citado en párrafos anteriores, además que la mayoría de la población no sabía leer ni escribir, implicó una escasa participación y una ausencia de movilización política de la mayoría de la población.

Los procedimientos legales también se mostraban contradictorios en el ejercicio, a pesar, de haberse gestado desde un corte igualitario y liberal que fue evidente. Frente a la declaración de “igualdad” ante la ley se mantenían y reforzaban mecanismos de diferenciación racial y de estamentos, se mantenía la esclavitud de los afrodescendientes, la tributación exclusiva de los indígenas sumando que ellos no podían presentarse libremente a juicio, los privilegios de ciertas agrupaciones. Como lo señala Ayala (1983, 151) “más allá de las declaraciones constitucionales de vigencia de la democracia moderna sobrevivía una sociedad colonial jerarquizada y de fuertes rasgos corporativos”. En suma, la contradicción era perfectamente funcional a la vigencia del sistema corporativista manejado por lo terrateniente regionales.

Para Juan Maiguashca (1994, 357) “El Estado ecuatoriano hizo una contribución primordial al proceso de formación nacional durante el siglo XIX no tanto como expresión de dominación social sino como una institución burocrática”. La razón para desarrollar la institución democrática se basa en que, debido a la desarticulación de las economías regionales y a la pobreza de las arcas nacionales durante todo el siglo XIX, el Estado ecuatoriano como institución no pudo hacer muchas cosas en el sentido material, pero en el plano de lo ideal se logró iniciar un proceso de integración nacional (Maiguashca 1994, 358). Además que los conflictos relativos a la integración nacional en el país no se dieron sobre el eje funcional sino sobre el eje territorial, es decir, que los agentes históricos principales no fueron clases sociales sino más bien fuerzas que se enfrentaron a nivel espacial, como “el poder central”, “los poderes regionales”, “los poderes locales”.

Maiguashca llama “poder central” al Estado como institución, es decir, el aparato burocrático gubernamental, mientras que los “poderes regionales” y “locales” a pesar de no ser instituciones formales, eran sistemas locales de dominación social.

Siguiendo estas afirmaciones, Quintero (2013, 87) observa que, el aparato institucional de representación política, marca una novedad institucional respecto del Estado colonial, y que este aparato se convirtió en uno de los vehículos de mediación del conflicto de las fracciones terratenientes regionales. De igual manera ratifica que, la difusión del poder territorial de la clase terrateniente no solo se da en extensión sino en profundidad, además del afianzamiento del

latifundio como forma de producción y eje de poder político, también se da como eje para la formación social.

De acuerdo con lo expuesto por Quintero, el estado decimonónico ecuatoriano tuvo novedades institucionales burocráticas que sirvieron para ejercer control sobre los grupos de mano de obra, mientras que Maiguashca añade que, si bien hubo dominación, también se creó un imaginario de nación sobre el que se forjó un proyecto político que sirvió al Estado ecuatoriano durante un siglo, bajo el concepto de república. La república postuló un imaginario político, legal y social basado en los principios de libertad y de igualdad. La soberanía del pueblo, la representación política, la separación de los poderes, las libertades individuales, la igualdad ante la ley, los derechos humanos: estos y otros principios constituyeron un horizonte en el que, tanto federalistas como unitarios, serranos o costeños tenían como paradigma de estructura estatal. En consecuencia, las elites políticas utilizaron la idea de república como un instrumento de integración nacional.

2.3.1 Administración de Vicente Rocafuerte

Para 1830, el republicanismo se presentaba como un ideal político. En la primera administración, Juan José Flores, (1830-1834) reflejó las aspiraciones de una base social, que se inclinó por la república. En consecuencia Flores realizó un esfuerzo por articular un proyecto de gobierno inspirado en un republicanismo de corte jurídico-político (Maiguashca 1994, 374). Flores se retiró del poder, luego de varios enfrentamientos entre los terratenientes quiteños tradicionales en la política y los modernizantes con quienes Flores había simpatizado (1994, 374).

Al mismo tiempo que hizo un manifiesto retirándose del mando, Juan José Flores respaldó la proclamación de Rocafuerte como jefe supremo en Guayaquil. Posteriormente, la Constituyente reunida en Ambato, bajo la jefatura de Rocafuerte en 1835, dictó la segunda Carta Fundamental del Ecuador. En ésta se suprimió la ambigüedad de la Federación Colombiana, de igual manera se nombró a Vicente Rocafuerte, Presidente Constitucional.

Al comenzar su periodo, este mandatario fue un republicano convencido. Como tal tuvo fe en la eficacia de las leyes. Según él, en un país tan heterogéneo como el Ecuador, las leyes homogeneizarían y unirían a las diversas razas, culturas y regiones del país (Salvador Lara 1984, 441). En esta lógica se inscribieron sus proyectos centralizadores, que debían remover los obstáculos que se opongan a la libre circulación de los productos de la agricultura y de la industria, para lo cual organizó los barcos para la navegación fluvial además de establecer la policía marina (Ayala 1983, 176). De igual manera dictó la primera ley de hacienda y promulgo el primer código penal ecuatoriano que rigió hasta 1872.

Con el paso del tiempo, Rocafuerte se impacientó con las reglas del juego constitucional, llegando a utilizar métodos autocráticos (Maignashca 1994, 375), puesto que como se ha mencionado anteriormente, la discrepancia entre las instituciones políticas republicanas y la realidad del país era más grande de lo que preveía. Rocafuerte comprendió que, dada la naturaleza “feudal” de la sociedad ecuatoriana, solo el Estado podía emprender la tarea de modernizarla y de integrarla, sin embargo, la tarea fue difícil y al final de su administración, desalentado se sumió en el pesimismo (1994, 375). Pero el desencanto de Rocafuerte era compartido por otras fracciones e incluso por Juan José Flores quienes concluyeron que, la única manera de gobernar a la sociedad ecuatoriana era creando instituciones políticas compatibles con su naturaleza y con la cimentación de un poder central fuerte.

2.4 Sistema Jurídico

Mientras el Ecuador formó parte de la Gran Colombia, prevaleció el Derecho colombiano con la “Declaración de la Constitución de Cúcuta”, pero, al obtener su independencia política, debió organizar sus propias instituciones republicanas (Granja Maya 1996, 60). Los primeros 27 años de vida republicana en materia penal y de hacienda, se rigió con la legislación española que imperó en el sistema colonial.

Como se puede observar, al liberarse de la Nueva Granada, el Congreso de Cúcuta de 1821, ratificó la Ley Fundamental de 1819 y elaboró la nueva Constitución de la Gran Colombia que en su Art. 188 dispone que: “Continuarán rigiendo en su fuerza y vigor las leyes que han regido

hasta la fecha, en todas las materias y puntos que directa e indirectamente no se opongan a la Constitución, ni a los decretos que expidiera el Congreso” (Granja Maya 1996, 59).

Siguiendo a estos planteamientos, se puede advertir que la mayoría de países latinoamericanos, en el inicio de su vida republicana, siguieron con los códigos penales heredados de la colonia y algunos adoptaron artículos de constituciones europeas hasta la elaboración definitiva.

En el caso de América, ejemplos de ello son el Código colombiano de 1890, el Código Penal mejicano de 1871 (que contaba con la no despreciable cantidad de 1.151 artículos), el Código de Nicaragua de 1872 modificado en 1891, el de Honduras de 1880, el de Costa Rica del mismo año, el de Guatemala de 1889, el de El Salvador de 1881, el de Santo Domingo de 1884, el Código Penal de Venezuela de 1897, el Código Penal del Ecuador de 1890, el Código chileno de 1875, el Código Penal peruano de 1862, el Código del Brasil de 1890, el Código uruguayo de 1889, el Código paraguayo de 1880 y el Código Penal argentino de 1887 (Bernate 2004, 2).

Después de observar los años de elaboración de los Códigos Penales en Latinoamérica se puede señalar que el Ecuador fue uno de los países pioneros en elaborar un código penal propio, aunque estuviese inspirado en el Código español y francés y las prácticas judiciales contradigan al humanismo ilustrado.

En otro punto, Rafael Quintero (2013, 72) denota que “el aparato jurídico fue el aparato estatal que artículo en forma decisiva los intereses de las clases terrateniente regionales aplicando leyes que favorecían el crecimiento de la hacienda, garantizaban la dominación directa y la diseminación política”. El diseño del marco jurídico pretendía cubrir tres áreas primordiales: la primera, eran las leyes tendientes a asegurar la sujeción extraeconómica del campesino (concertaje, leyes contra la vagancia, contra el libre tránsito); la segunda, los decretos dirigidos a empobrecer la propiedad campesina e indígena para someterla al latifundio; la tercera, leyes encaminadas a favorecer el monopolio de la tierra (2013, 72).

Para ejemplificar estas aseveraciones Quintero (2013, 73) indica que “el papel del Estado como sancionador legal de los poderes terratenientes regionales se muestra con claridad en el Congreso de 1833, el que expidió un decreto facultando al propietario o mayordomo de un predio a reducir

a prisión o doblarles el trabajo a los “conciertos o jornaleros”, que faltasen a su deber”. Siguiendo a esta argumentación, los debates republicanos en torno a la protección de los indios se movían bajo la lógica terrateniente de ampliación y consolidación del latifundio, más que un desarrollo capitalista.

2.4.1 El Código penal de 1837

El 17 de abril de 1837 se dictó el Primer Código Penal de la República del Ecuador y la Ley de Procedimiento Penal, bajo el título: “CODIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, SANCIONADO POR LA LEGISLATURA DE 1837.- DECLARATORIAS DE S.E LA CORTE SUPREMA SOBRE LA VERDADERA INTELIGENCIA DE LOS ARTICULOS 9,57,500 Y 512 DEL CODIGO PENAL, LEY DE JURAMENTADOS Y SUS ADICIONALES Y LEY DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL CON SUS ADICIONALES”. “EL SENADO Y LA CAMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, REUNIDOS EN CONGRESO, HAN VENIDO EN DECRETAR Y DECRETAN EL SIGUIENTE CODIGO PENAL” (Código Penal de la Republica del Ecuador 1837).

El presente código contiene un título preliminar y dos partes fundamentales: la primera que estudia los delitos de la naturaleza pública y la segunda de naturaleza privada. El título preliminar comprende diez capítulos y cinco secciones; el capítulo primero contiene enunciados de carácter general sobre la ley penal y su violación, determinando los elementos constitutivos que se asocian con la transgresión.

Se incorpora en la ley el principio de tipicidad, entendido como una descripción del hecho y se indica que no podrán aplicarse penas que no estén señaladas en el código o contempladas en la ley, con lo cual se comienza sistematizando los preceptos constitucionales que contienen declaraciones de derechos humanos protegidos por el Estado (Granja Maya 1996, 72) .

De igual manera, se considera el hecho delictivo, como hecho humano ilícito y se determinan las condiciones de su ejecución y resultado como acción del hombre, aunque también puede presentarse como tentativa. El código penal de 1837, en su Art.1 dice “El que libre y voluntariamente, y a sabiendas hiciere lo que la ley prohíbe, u omitiere lo que la ley manda, viola la ley e incurre en las penas que se establecen por este Código, o que en lo sucesivo se

establecieren por la autoridad legislativa” (Código Penal de la Republica del Ecuador 1837). Este articulo muestra que, no existe una definición general de la ley penal, pasando directamente a considerar la participación del sujeto en la comisión del hecho delictivo, “dentro de la dirección y marco ideológico de la Escuela Clásica del Derecho Penal que equiparara al Derecho con libertad y al delito con la violación del Derecho” (Granja Maya 1996, 73). En suma, la influencia de la escuela clásica del derecho penal en nuestro primer código, nos lleva a la conclusión que se considera el delito como el resultado de la oposición simple del hecho humano con la ley, sin considerar la personalidad del infractor, ni las causas que motivaron esa acción ilegítima.

Para estructurar el código penal, se inspiraron en los preceptos de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad, de esta manera quedó abolido el criterio judicial como norma de procedimiento, toda vez que, los hechos punibles solo serían aquellos identificados y descritos en la ley, sin embargo, como lo mostró Quintero, en párrafos anteriores, habían decretos que daban poderes facultativos a los mayordomos, además que los grupos vulnerables como los indígenas afrodescendientes, no conocían la ley y menos aún podían defenderse ante un tribunal, esto muestra que, la fuente principal del Derecho que es la costumbre, no fue utilizado en la creación de las leyes penales para cambiar la realidad ecuatoriana, sino que fue elaborado en una idea romántica del “deber ser” de la sociedad.

Sobre el marco de consideraciones de Maiguashca, el Estado ecuatoriano en sus inicios desarrollo un poder burocrático- institucional central, lo cual confirma que fuésemos uno de los primeros países en crear un Código Penal con concreciones lógicas novedosas, a las que Granja (1996) considera un acierto científico. Para ilustrar lo dicho, en el capítulo II del Título Preliminar del Código Penal de 1837 que dice: “De las Penas y de su ejecución”, encontramos dos secciones tectónicamente sistematizadas; la primera que corresponde a las penas y la segunda, a la ejecución de la penas. Las penas siguiendo los artículos de esta ley, se dividen en represivas, correctivas y pecuniarias. Se destaca la pena de muerte como justificación y defensa del sistema; el extrañamiento del territorio de la Republica; la pena de obras públicas –como novedad- las penas de presidio, forman parte de las penas represivas. Las penas correctivas comprenden: la reclusión en una casa de trabajo, la prisión en una cárcel o fortaleza; el confinamiento en un pueblo o distrito determinado; el destierro temporal en un pueblo o distrito determinado; la

inhabilitación para ejercer empleo o cargo público y la suspensión de los mismos, el arresto; la sujeción a la vigilancia de las autoridades; la satisfacción; el apercibimiento judicial; la represión judicial; la fianza de buena conducta; y la interdicción de los derechos de ciudadanía. Hay algunas novedades que se presentan en la ejecución de penas, como la reclusión en casas de trabajo entendidas como el inicio de los centros de rehabilitación.

Existe un alcance que se vuelve contra los terratenientes, siguiendo la Constitución (1835) para poder ser ciudadanos activos, ecuatorianos, que son todos los nacidos en el territorio del Ecuador, se requería de ciertas cualidades como: 1. Ser casado o mayor de diez y ocho años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de doscientos pesos, o ejercer una posesión o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente, doméstico o jornalero; 3. Saber leer y escribir. En consecuencia, la pena de interdicción de los derechos de ciudadanía, podían solamente ser ejecutados contra este grupo oligárquico.

Entre las penas pecuniarias se establecen la multa; la pérdida de algunos efectos cuyo importe se aplicaba como multa; la indemnización de daños y perjuicios y el pago de costas judiciales. El objetivo y fin de la pena, no era otro que el de infringir sufrimiento y expiación, por esto, el Derecho Penal de los primeros tiempos de vida republicana encuentra hechos simples y llanamente contrarios a la ley y su objetivo inmediato era la sanción penal correspondiente, sirviendo de freno social.

Capítulo 3

Análisis Normativo

El tercer capítulo hace un análisis normativo sobre el Código Penal de 1837, con el objetivo de visibilizar el sistema jurídico penal que refleja las características socioeconómicas y políticas, a la vez que expresa los valores sociales aceptados consensualmente. También se realiza un análisis del ensayo sobre las cárceles de Vicente Rocafuerte y las motivaciones que dieron lugar a la elaboración del Código Penal.

3.1 El Código penal de 1837 y las influencias jurídicas externas

En el capítulo anterior, señalé que el primer código penal fue inspirado en los preceptos de la revolución francesa: igualdad, fraternidad, libertad. Además el código penal de la nueva república del Ecuador mantuvo con la herencias del código penal de la colonia española, que estuvo fuertemente influenciada por las legislaciones románica, germánica y canónica, al mismo tiempo influenciada por la filosofía escolástica que fue determinante hasta el siglo XVIII, posteriormente aparecen las codificaciones y la filosofía que los lleva hasta el Iluminismo, con la influencia de filósofos como Rousseau y la proclamación de los Derechos del Hombre, que se reflejó en gran parte de las constituciones americanas.

Siguiendo con lo expuesto, hubo dos fuentes principales para la creación del Código penal ecuatoriano de 1837; el Código penal francés de 1810 y el Código penal español de 1822. Para evidenciar semejanzas y diferencias realizaré un cuadro que exponga, estructuras y artículos.

Tabla comparativa de los códigos penales de Francia, España y Ecuador

Código Penal Francés 1810	Código Penal Español 1822	Código Penal Ecuatoriano 1837
<p><u>Estructura</u> <i>1. Disposiciones preliminares.</i></p> <p><i>2. Libro Primero:</i> De las penas en materia criminal y correccional y de sus efectos. 2.1. De las penas en materia criminal 2.2. De las penas en materia correccional 2.3. De las penas y de las demás condenas. 2.4. De las penas de reincidencia.</p> <p><i>3. Libro Segundo:</i> De las personas punibles, excusables o responsables por delitos o crímenes.</p> <p><i>4. Libro Tercero:</i> De los crímenes, de los delitos y de su castigo.</p> <p><i>5. Libro cuarto:</i> De las contravenciones de policía y sus penas. 5.1. De las penas 5.2. Contravenciones y penas. 5.2.1. Primera clase. 5.2.2. Segunda clase 5.2.3. Tercera clase.</p> <p>Fuente: (Código Penal Francés 1810 s.f.)</p>	<p><u>Estructura</u> <i>1. Título Preliminar</i> 1.1. De los delitos y culpas 1.2. De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros. 1.3. De las penas y sus efectos, y el modo de ejecutarlas. 1.4. Del modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas; de las circunstancias que los agravan o disminuyen; de las personas que se deben aplicar cuando concurren diferentes; y de la exclusión de todo asilo para los que delincan. 1.5. De las reincidencias, y del aumento de penas en estos casos. 1.6. De la obligación que todos tienen de impedir los delitos, y de noticiarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes. 1.7. Del derecho de acusar los delitos; y de los acusados y procesados. 1.8. De los reos ausentes y contumaces. 1.9. De la rebaja de penas a los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y de la rehabilitación de los</p>	<p><u>Estructura</u> <i>1. Título Preliminar</i> 1.1. Disposiciones preliminares. 1.2 De las penas y de su ejecución.</p> <p><i>2. Parte primera:</i> Delitos contra la causa pública. 2.1. De los delitos contra la seguridad exterior del Estado. 2.2. De los delitos contra la seguridad interior del Estado. 2.3. De los delitos contra la salud pública. 2.4. De los delitos contra la fe pública. 2.5. De los delitos contra la moral pública. 2.6. De los delitos contra la Hacienda Nacional. 2.7. De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. 2.8. De los delitos contra la libertad de imprenta.</p> <p><i>3. Parte segunda: Delitos contra los particulares.</i> 3.1. De los delitos contra las personas. 3.2. De los delitos contra las propiedades.</p> <p><i>Anexo: LEY DE JURADOS 1848</i></p>

	<p>mismos después de cumplir sus condenas.</p> <p>1.10. De los indultos.</p> <p>1.11. De la prescripción de los delitos y culpas.</p> <p>1.12. De la indemnización a los inocentes.</p> <p>1.13. De los delitos y delincuentes no comprendidos en este Código.</p> <p><i>2. Parte primera:</i> De los delitos contra la sociedad.</p> <p><i>3. Parte segunda:</i> De los delitos contra los particulares.</p> <p>Fuente: (Código Penal Español 1822 s.f.)</p>	<p>Fuente: (Código Penal de la Republica del Ecuador 1837)</p>
--	---	--

El cuadro comparativo anterior muestra que hubo una influencia del código francés y español. La primera parte de la estructura del código francés que se refiere a los crímenes contra el Estado y la Carta Constitucional, son recogidos por el código ecuatoriano puesto que como república requería un código del mismo orden político. Sin embargo hay una mayor similitud con el código español en lo que se refiere a delitos contra la seguridad interior del Estado, libro que contiene capítulos para los delitos contra la fe pública, la moral o delitos de salud pública. Esta semejanza no es solo esquemática también es de contenido. Por ejemplo:

Título IV. De los delitos contra la salud pública. Capítulo primero: De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia o flebotomía.

Art. 363: Cualquiera que sin legal aprobación, conforme a los reglamentos respectivos, ejerciere la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia o la flebotomía, pagar una multa de veinte y cinco a doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno a seis meses, si por su impericia no se hubiera seguido males de consideración a los pacientes a quienes asistió o suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno a seis años, además del pago de la, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte (Código Penal Español 1822 s.f.).

Título III. De los delitos contra la salud pública. Capítulo primero: De los médicos, cirujanos, boticarios y de los que ejercen el arte obstetricia o de los flebotomianos.

Art. 197: Cualquiera que, sin legal aprobación, o a lo menos sin permiso de la junta de sanidad de la cabecera del cantón o provincia, ejerciere la medicina o cirugía, pagará una multa de veinticinco a doscientos pesos, y será apercibido; más esta disposición no tendrá lugar en las poblaciones donde no haya facultativos. Pero si por su impericia se hubieren seguido males de consideración a los pacientes a quienes hubiere asistido, sufrirá además de la multa expresada, una reclusión de seis meses a cuatro años, sin perjuicio de la pena mayor que le correspondiere conforme al capítulo 3, si hubiere usado de falsos títulos (Código Penal de la Republica del Ecuador 1837) .

Las similitudes entre los códigos penales, muestran que la normatividad unitaria era el proyecto identitario de la burguesía en proceso de consolidación, resultando una idea uniforme de nación. Así se combinaban y reforzaban mutuamente la acción de los mecanismos creados para reducir la diversidad sociocultural realmente existente (...) y la búsqueda del “espíritu nacional”,

considerado de modo romántico como esencia inmutable de un pueblo, que se revelaba también en su tradición jurídica, que lo distinguía de sus vecinos y rivales (Krotz 2002, 16) .

Siguiendo con lo expuesto, la idea de unicidad que tenía la burguesía, no podía ocultar las diferencias de las realidades sociales a las que se intentaba aproximar. Si bien se copia el artículo, y se lo introduce incluso con las mismas sanciones, existe una aclaración que dice “más esta disposición no tendrá lugar en las poblaciones donde no haya facultativos”. Las haciendas serranas o costeñas estaban compuestas por comunidades indígenas y campesinas, quienes utilizaban sus conocimientos médicos ancestrales y confiaban en esos saberes, los alumbramientos eran atendidos por parteras. Esta situación social impedía que se sancione a los curanderos indígenas que atendían a la mayoría de la población rural, la sanción tal vez pasaría a ser social al desacreditar, escarnecer a este tipo de medicina que no era la occidental.

También hay que aclarar que, los sistemas de reglas son productos de la historia y por ello están llenos de lagunas, inconsistencias e incluso contradicciones. Más aun cuando el acervo histórico no pertenece del todo a la realidad que se quiere aplicar. Esto facilita que se utilice el sistema normativo vigente más como recurso en una disputa o lucha que como guía de acción (Krotz 2002, 21). Bajo la premisa de que el código penal era una pauta para la resolución de eventuales conflictos y no la solución de los conflictos existentes, se puede comprender la inexistencia de debate de la Cámara de Diputados y del Senado previo a la creación del código penal.

Continuó la 3ª discusión del Código penal, dándose principio por el art.475 que fue aprobado con el párrafo 1º, y el 2º con la modificación de 8 a 10: el artículo 476 fue aprobado, y a su párrafo único hizo la moción el H. Señor Arteta, apoyada por el H. Señor Guerra: “Que todos los artículos que tienen relación sobre niños expósitos, se declare que solo tengan lugar cuando se establezcan casas de expósitos, o en los lugares donde las haya establecidas”; y fue aprobada, con exclusión del arte 46: siguióse aprobando los artículos 477 con la modificación de 2 a 5 años, 478, 479, 480, 481 y su párrafo único con la modificación de 10 años, 482, 483 con la modificación de 120 años de obras públicas (...) y el 497 quedó aprobado con la adición –pero si por este delito sobreviniese la muerte o demencia o algún otro grave daño, sufrirá la pena establecida de “cinco a diez años de obras públicas” (..) Y habiendo dado la hora, se levantó la sesión. El vicepresidente, F. Marcos. -El Senador secretario, Ángel Tola (Congreso 1837).

Como se observa, en esta acta del 23 de febrero de 1837, la Cámara del Senado aprobó los artículos del código haciendo pequeños cambios, principalmente se discutió sobre el tipo de sanciones o algunas adaptaciones para que encaje en el ámbito social. También se denota una falta de experiencia política y administrativa de la naciente república que creó a principios del siglo XIX la necesidad de adoptar modelos de organización política provenientes de otras realidades y revoluciones y determino una especie de hipercentralidad del tema constitucional en el debate político, dejando a un lado el debate y estudio de los códigos que organizaban la sociedad sea en el ámbito penal, educación, civil.

En referencia a lo expuesto, Mauricio García Villegas (2002, 16) explica que “La ausencia de una participación política organizada a través de partidos políticos fuertes y con arraigo social, determinó un traslado de la función política de articulación social propia del sistema político, al discurso jurídico” es decir, las reformas constitucionales y de los códigos fue una solución política para resolver las deficiencias de una democracia representativa fuerte. Cabe indicar que el discurso sobre la emancipación y producción jurídica, no logró una ruptura con el pasado colonial sino que creó un derecho efímero y limitado para ciertos círculos urbanos. Para Boaventura de Sousa Santos (2009, 54) el proceso de construcción nacional en las sociedades que se liberaron del colonialismo está también forjado por la ideología de la centralidad y la unicidad del Estado-nación, esto es, la creencia de que la construcción del Estado moderno exigía la homogeneización de las diferencias sociales y territoriales.

En efecto, la selección de los modelos constitucionales y de sus respaldos ideológicos en América hispánica estaba más fundada en las necesidades de legitimación política que en su efectividad instrumental, el problema de la efectividad jurídica de tales modelos estaba supeditado al logro de su efectividad política (Ocampo López 1983, 52). Considero que, en parte también nace de la concepción del mismo derecho positivista, más que de los antojos políticos puesto que el derecho está concebido como un ente abstracto de la soberanía popular. Otro punto a resaltar del Código penal ecuatoriano son los delitos contra la Hacienda Nacional y contra el derecho de imprenta. Estos capítulos se desarrollan un poco más que en los códigos español y francés.

En primer lugar, los delitos contra la Hacienda Nacional dictaminan las sanciones para estafas o malversaciones de las rentas nacionales siendo estas hechas por funcionarios o terceros que intervengan en estas situaciones, a estos se suman los delitos de exportaciones e importaciones. Asimismo, hay sanciones para quienes no contribuyan con la cuota de los gastos públicos, no importa si el ciudadano se encuentra fuera del país. Lo cual evidenciaba un aspecto de la situación republicana; la centralización del poder que se muestra en la carta magna y en el código penal intentando abarcar todas las esferas de tensión posibles a la norma jurídica.

Bajo este planteamiento, se deduce que la sociedad es un proceso de integración que se encuentra permanentemente en tensión: toda configuración cohesionada está constantemente amenazada por fuerzas disruptivas. Uno de los mecanismos esenciales para garantizar y reforzar su permanencia y reproducción es la esfera del derecho (Krotz 2002, 31). La esfera del derecho se construye en un sistema de reglas que incluye enunciados formalizados, pero igualmente incluye la generación, aplicación, interpretación, vigilancia y modificación de tales enunciados, así como las instituciones, los cargos o roles especializados y los actores sociales involucrados en todos estos procesos. El código penal trataba de abarcar todas las contingencias que se presentaban en ese momento sean civiles, eclesiásticas o aduaneras como la exportación clandestina que no dejaba un rédito a las arcas nacionales, que para el momento post independentista era esencial, ya que el manejo centralizado del Estado requería de un flujo constante y creciente de dinero.

En segundo lugar, el delito contra el derecho de imprenta, muestra la parte ideológica que motivo a realizar un código penal. Los nuevos referentes normativos que se establecieron en la conformación de la república, resultaron ser los marcos legales legitimados por las elites intelectuales de los recién independizados. Los intelectuales como Vicente Rocafuerte, quien había estudiado varios años en Francia y España, fue influenciado por los autores de la Ilustración como Kant y Voltaire. Este último autor defiende la libertad de pensamiento y de expresión en su manifestación específica de la libertad de imprenta e indica que “La naturaleza dice a todos los hombres (...) aunque fueseis todos de la misma opinión, lo que seguramente jamás sucederá, aunque no hubieses más que un solo hombre de la misma opinión deberías perdonarle: porque yo soy la que le hace pensar cómo piensa” (Voltaire 1962, 151). Así, la

libertad de expresión es una manifestación de esa diversidad natural, cada individuo debe poder decir y publicar lo que piensa.

En congruencia a estas consideraciones filosóficas, el desarrollo del Título octavo: de los delitos contra la libertad de imprenta dice:

Art. 424. El funcionario público, civil, militar o eclesiástico que por vías de hecho, directamente o sujeciones o amenazas, impidiere o restringiere o hiciere impedir o restringir de cualquier de cualquier manera a algún ecuatoriano el derecho que tiene por el artículo 103 de la Constitución, para escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones, será privado de su empleo o cargo, y condenado a la interdicción de los derechos de ciudadano por cuatro a diez años (Código Penal de la Republica del Ecuador 1837).

Se puede observar en este artículo que las personas punibles incluyen a funcionarios y eclesiásticos, demuestra que la idea de república está en concordancia con las ideas de la Ilustración, precisamente Voltaire (1962, 178) señalaba que “ En una república digna de ese nombre, la libertad de publicar sus pensamientos es derecho natural del ciudadano (...) y los delitos cometidos con la pluma deben ser castigados como los delitos cometidos con la palabra”. En el código penal tanto el derecho como la religión fueron los referentes centrales de una justificación ideológica y política. Esta situación se puede apreciar, por un lado en la innovación de títulos como la imprenta, o la defensa de los niños y mujeres. Y por otro, en buena parte de artículos dedicados a los delitos de la moral siguiendo los preceptos de la iglesia católica.

En definitiva, el sistema de reglas se ocupa de los conflictos. Las reglas de la ley definen aquellos conflictos que en un momento dado considera relevantes o esenciales la sociedad respectiva, hay una selección de aquellos conflictos que la sociedad en cuestión considera de algún modo y por alguna razón fundamental para su identidad, permanencia y reproducción. Como indica Krotz (2002, 33) el ámbito de la ley es el ámbito del reconocimiento y del tratamiento teórico y práctico de los conflictos sociales básicos de una sociedad.

3.2. Discursos previos a la elaboración del Código penal

Como ya se mencionó en el numeral anterior, las ideas independentistas tuvieron una fuente de inspiración en el americanismo que era una especie de nacionalismo continental de tipo cultural, no político, y que fue difundido, entre otros, por los jesuitas expulsados en 1767, quienes exaltaban la riqueza natural cultural del continente americano, (García Villegas 2002, 17) no fue un pensamiento revolucionario pero preparo las revoluciones. Por otra parte, la Ilustración y el Humanismo se plantearon como modelos para fundar una nación y una cultura política, los conceptos como libertad, soberanía popular, representación o la división de poderes fueron conceptos abstractos que no trascendieron en el cambio pragmático social.

La nación en los discursos quedo en su concepto filosófico, mientras que para la élite terrateniente, fue una nueva idea de poder (Domínguez Nárez 2012, 2).

3.2.1. Discurso del Presidente de la Republica a las Cámaras Legislativas de 1837

Este discurso presentado por Vicente Rocafuerte, se ofreció en la apertura de las cámaras legislativas (Senadores y Diputados) en 1837. En el cual hay fragmentos que denotan la inspiración de la Ilustración en la formación de la república.

Como verdadero Ecuatoriano se encoje de pena mi corazón al verme en el congojoso apuro de confesar, que estamos muy atrasados en la carrera de la civilización, y que tenéis, Señores, mucho que trabajar, para vencer las resistencias, que se oponen a nuestra marcha social, y para llegar al punto de satisfacer las necesidades, que exige el siglo ilustrado en que vivimos. La razón del pueblo, es la seguridad del orden; pero si esta razón, lejos de estar cultivada, está oscurecida por la superstición, entorpecida por una especie de esclavitud feudal, y paralizada por hábitos arraigados de inercia y abatimiento, es lo mismo que si no existiera (...).

Los gobiernos son para las naciones, y no las naciones para los gobiernos (...) nuestras instituciones no están en consonancia con nuestras costumbres coloniales; con los restos de una aristocracia (...) con los intereses de un clero que no carece de miembros educados en las máximas de la inquisición; con la ausencia de la justicia, que se pierde en el laberinto de nuestra confusa legislación, compuesta de leyes góticas, españolas, colombianas y ecuatorianas (...).

De esta nueva lucha entre las opiniones monárquicas y republicanas, se ha formado una nueva combinación política, peculiar a estos climas, y es una oligarquía dominadora (...) que ha remplazado la tiranía española, y que cubierta con el manto de la libertad se interesa en mantener a la mayoría del pueblo sujeta a la gleba; proclama la igualdad, y continua la desigual contribución de indígenas (...) se manifiesta admiradora del sistema liberal, y lo contraria, esforzándose en perpetuar los anteriores abusos políticos, religiosos, forenses y comerciales. Nuestras leyes son muy liberales en el papel, y en la práctica muy contraria a su espíritu, y a nuestras acciones (...) (Rocafuerte 1837).

Siguiendo el esquema de la alocución, se puede encontrar varios puntos a destacar. El primero es sobre la finalidad del gobierno, sirviendo a la nación, es decir, el sistema institucional político forjando al ciudadano. En este sentido, el discurso expresa la preocupación por buscar la fundación de una nación, aunque el idealismo sea rebasado por ambiciones de poder, y aunque el concepto de nación que se concibe en ese momento sea el de un conjunto de instituciones salidas de los libros de los filósofos y de la experiencia norteamericana, que terminó por volverse la referencia principal (Domínguez Náñez 2012, 11).

Siguiendo a las consideraciones anteriores, el pensamiento humanista se volvió una representación. En todas las cuestiones del poder, el lenguaje, más que un discurso, es sólo una representación. Dos conceptos básicos, el de libertad y el de igualdad, sostienen ese lenguaje humanista en el lenguaje constitucional y el lenguaje político. Pero el pensamiento humanista de los independentistas, como dijimos, era limitado: la revolución no incluyó replantear poderes constituidos en la colonia; el ejercicio de la justicia sobre las poblaciones indígenas o el ejercicio del poder de la iglesia católica.

Asimismo, la expresión “La soberanía reside en la nación” (Artículo 2. de la Constitución de la Republica 1835), es una declaración, sin garantías de tener consecuencias reales. El humanismo político implica la educación, el respeto a las culturas, la voluntad de crear espacios y volver tangible el poder a todos los ciudadanos por la fuerza declarativa de la Constitución, y no por su representación comercial o social. Una de las limitaciones fundamentales de la élite intelectual, en la que por ejemplo formo parte José Mejía Lequerica, tiene su origen en no darse cuenta que siguieron con la noción de la Constitución de Cádiz respecto a lo siguiente: que el poder soberano

no reside en el rey o en un presidente sino en una asamblea. Esta tesis sedujo particularmente a la élite criolla pero era equivocada. Así lo indica Domínguez (2012, 13) al decir que: “Una asamblea o Congreso no es la soberanía sino su depositaria, de ahí que la declaración de soberanía popular y la concepción de un Congreso como soberano, haya generado tantos problemas incluso a lo largo del siglo XIX”.

Los independentistas plantearon un pensamiento constitucional importante para la nueva idea de nación, pero lo hicieron como discurso, sin que vislumbre que la voluntad es la parte más importante del sentido de la Ilustración. La noción de libertad se vio comprometida desde el principio, cuando la elite intelectual siguió la noción filosófica de que la soberanía reside en el pueblo, promovió al mismo tiempo la idea de que el Congreso era la autoridad total, porque representaba a esa soberanía. Esto en realidad significa que retomaban la noción de la Constitución de Cádiz de que la soberanía, despersonalizada en el concepto “pueblo”, residía en el Congreso mismo.

En segundo lugar, hay una crítica a las prácticas de la iglesia católica, sobre todo por la influencia adquirida en América, desde los tiempos de la conquista. Tal como lo expone Roberto Gargarella (2014, 175) los graves excesos cometidos, desde el Estado, en nombre de los valores religiosos, y contra las convicciones personales, habían dejado en claro el sentido que tenía “retirar” al Estado de la esfera de lo privado. Por lo tanto, había una urgencia por poner un límite al Estado teocrático, inquisitivo, con herencia colonial.

Situación que es destacada en el discurso de Rocafuerte, al señalar que la iglesia católica se ha quedado en ideas que no concuerdan con el humanismo, la religión está desligada del fin discursivo del nuevo Estado y el desarrollo de la sociedad, tales consideraciones se pueden observar en lo que Hegel proponía dejándose inspirar por Rousseau al establecer tres requisitos para una autentica religión popular: “sus doctrinas tienen que fundarse en la razón universal. La fantasía, el corazón, la sensibilidad tienen también que recibir su parte, no pueden quedar vacíos. Tiene que estar hecha de forma que todas las necesidades de la vida, las acciones públicas del Estado puedan conectar con ella” (Habermas 1989, 39).

La religión tenía que estar presente en las instituciones del Estado y en la praxis de la sociedad, como lo indica Habermas (1989, 40) “Solo como elemento de la vida pública puede la religión prestar a la razón eficacia práctica”. Esta separación de la iglesia con los fines prácticos revolucionarios, era lo que Rocafuerte reprochaba, al considerar que todas las facciones de la sociedad debían estar comprometidas en un mismo objetivo; igualdad, libertad, fraternidad, ideales que distaban de la realidad social y política.

Para el republicanismo, el logro de una sociedad autogobernada requería de ciudadanos políticamente comprometidos con su comunidad, que es precisamente a lo que apelaba Rocafuerte. Este llamado descansaba sobre el supuesto de que la ciudadanía era o podía llegar a ser, una ciudadanía cívicamente activa, ya que si dicho compromiso faltaba, todo el proyecto del autogobierno colectivo quedaba bajo amenaza (Gargarella 2014, 176).

Un tercer punto es sobre la retórica de la igualdad, como muestra Marixa Lasso en su trabajo sobre el mito republicano de armonía racial (2007, 33), las elites usaron la retórica de la igualdad con el simple fin de conseguir apoyo de la población afrodescendiente durante las guerras de independencia y los conflictos posteriores, en Ecuador la democracia racial y la inclusión de los indígenas era una estrategia que permitió perpetuar la hegemonía de las elites criollas, además de evitar levantamientos, revueltas, y procurar los esfuerzos en la consolidación de la república y la fortificación del Ejecutivo como lo indica Rocafuerte “Los poderes no están bien equilibrados: el Ejecutivo no tienen bastante fuerza y vigor para comprimir las facciones, y llenar la primera de sus atribuciones, que es de conservar el orden interior, y seguridad exterior de la República”.

Ellos compartían la noción cristina de igualdad entre los hombres y la creencia ilustrada según la cual el mérito debía determinar el estatus social antes que el origen. Lasso explica que hubo una ideología ilustrada por parte de los diputados americanistas en Colombia para integrar a pardos e indígenas siguiendo las ideas de Jean Jacques Rousseau, para afirmar que “establecer en todos los ciudadanos aquella unidad moral tan necesaria para que la acción del gobierno, lejos de hallar estorbos y choques violentos en los diferentes hábitos y opiniones, este expedida para promover el bien general” (Lasso 2007, 37).

Del mismo modo, en las cámaras de la asamblea ecuatoriana, se hablaba sobre una república con un cuerpo político unificado, donde todos los ciudadanos tienen los mismos derechos, los mismos intereses y virtudes, sin embargo se menciona a los indígenas en los discursos nacionalistas con una visión romántica proteccionista, puesto que no eran ciudadanos, siguiendo el Art.9 de la Constitución de 1835; no sabían leer ni escribir y no tenían una propiedad raíz libre de doscientos pesos, tampoco en la unidad nacional no aparece la discusión sobre los afrodescendientes como si sucedió en Cartagena.

Hay un planteamiento final que voy a hacer en torno a este discurso, primero, sobre el tema de la debilidad del Ejecutivo para controlar el territorio y, segundo, el apartado sobre la justicia que está ligado al primero. Cuando Vicente Rocafuerte habla sobre la debilidad del Ejecutivo señala que:

El Ejecutivo, siendo responsable de sus actos, él debería nombrar los gobernadores de las provincias, que son sus agentes inmediatos; pero no sucede así: el pueblo, o por mejor decir los oligarcas, que han usurpado su poder, los nombran; y este nombramiento que puede deber a la intriga, los pone en estado de competencia con el gobierno supremo, cuyas órdenes eluden impunemente, entorpeciendo el curso de la administración (...). Son incalculables los inconvenientes que nacen de esta falta de equilibrio entre los poderes, y del poco enlace y subordinación que existen entre el Ejecutivo y sus agentes inmediatos (...). En estado de atraso, de inmoralidad, y de efervescencia política en que nos hallamos, son más temibles los estragos de la anarquía, que los del mismo despotismo. Debilitar la fuerza del Ejecutivo, es alentar las esperanzas de los facciosos, pues solo un gobierno enérgico es capaz de contenerlos; y puede fijar sólidamente el orden, la paz y la protección de las propiedades (Rocafuerte 1837).

El sistema centralista burocrático que defendía Rocafuerte, mostraba la necesidad de crear un gobierno fuerte y unitario, que fuera capaz de mantener la unidad nacional como de hacer frente a las agresiones del exterior. No obstante, este sistema centralizado había sido impuesto por la metrópoli hispana a sus colonias, este centralismo contaba con el apoyo de los republicanos que no veían las razones para cambiar la administración territorial. De igual forma, Rocafuerte denunció la desigual contribución de indígenas de origen colonial, que en republicanismo se rebautizó como contribución personal, evidentemente hubo modificaciones, pero continuó el

aparato compuesto por un cuerpo de intermediarios encargados de la administración étnica y la recaudación del tributo. Sin duda, esta es una contradicción con los ideales republicanos de libertad e igualdad. Contradicción que fue suprimida en 1857 bajo el gobierno liberal del general Francisco Robles.

En este mismo sentido, Andrés Guerrero (2010, 23) explica que la continuidad entre el Estado colonial y el republicano se enraizaba en una necesidad imperiosa enclavada en las estructuras sociales heredadas de la Colonia. Puesto que se necesitaba de intermediarios étnicos que hablaran el idioma, conocieran las realidades indígenas. La reorganización y reinstitución de un aparato especializado en la intermediación étnica era necesaria. Es así que contrario a los principios fundadores de la república se volvió a nombrar a los intermediarios étnicos, los hacendados, los caciques y los tenientes políticos llevando con ellos una doble legitimidad; la conferida por el Estado nacional y la del acervo indígena.

Estas situaciones lograron expandir la soberanía del Estado nacional hacia el ámbito de los indígenas, un proceso que sin duda fue fomentado por la racionalidad intrínseca del Estado y la tendencia a la monopolización burocrática del espacio, que consistía en ampliar su jurisdicción hasta cubrir todos los recovecos de la vida social.

Ante la situación de contradicciones ideológicas, también estaba el tema del control de poblaciones y el poder que debía tener el Ejecutivo, para poder abarcar todos los territorios, amparados en la administración de justicia, estas extensiones de los brazos del Estado permitirán realizar su función, siguiendo con el discurso Rocafuerte, sobre la justicia dice que:

La recta, pronta y fácil administración de justicia, reclama toda vuestra atención: es la necesidad más urgente de la nación, el objeto de su constante clamor, y de la angustia del gobierno. No podéis eximiros de la obligación en que estáis constituidos de continuar y terminar la discusión del código civil y del criminal, que dejó pendiente el Congreso del año 33 (...). El auxiliar poderoso de la libertad política, es el juicio de los jurados: esta noble institución puede adaptarse a todos los grados de la escala social en que pueda hallarse una nación; y convencido el Ejecutivo de los benéficos resultados que ha producido en todas partes del mundo, sobre todo en Asia, entre los pueblos sujetos al dominio de la Gran Bretaña; se atreve a recomendar su establecimiento a vuestra

patriótica consideración; y a que os decidáis a hacer los primeros ensayos en las causas criminales (Rocafuerte 1837).

Como lo plantea Guerrero (2010, 34) la innovación del naciente Estado-nación, es la creación de ramificaciones cada vez más extendidas de funcionarios y la delegación de atribuciones jurídico-políticas de gobierno sobre los indígenas en los ámbitos cantonal y parroquial. Estas medidas son el comienzo de un funcionamiento diferente del sistema político republicano con respecto al gobierno colonial. El Estado adoptó, en este nivel de su actuación, un sesgo personalizado y cotidiano en las tareas de la administración de las poblaciones indígenas.

La administración de justicia extensiva se puede observar en la Ley de jurados que se instauró en 1848, cuando se consideró que algunos delitos han cundido en la república por la lentitud de las formulas judiciales, además que los juicios por jurados son breves y protegen la inocencia. ¿Quiénes podían ser jurados? Según el art 3 del Capítulo II “Son jurados los ciudadanos que se convocan ocasionalmente, para examinar el hecho de los delitos referidos en el artículo 1. Y decidir según las pruebas”. El art 6 del Capítulo II indica lo que se requiere para ser jurado:

1. Tener 30 años de edad. 2. Ser ciudadano en ejercicio. 3. Ser padre de familia. 4. Ser propietario de bienes raíces del valor libre de mil pesos, o de una capital en giro de la misma cantidad, o gozar de una renta de trescientos pesos, proveniente de una profesión o industria útil. 5. Tener residencia fija en las capitales de provincia, o en lugares que no se hallen a más de una legua de distancia de dichas capitales (Ley del procedimiento criminal 1839).

Las condiciones para ser jurados, muestra el privilegio de facto otorgado a ciertas clases sociales blanco-mestizas que excluían a los indígenas y esclavos afrodescendientes. Donde no hay criollos no hay ciudadanos y por ende, no pueden organizarse las instituciones estatales locales. El trabajo de Guerrero (2010, 35) dice que esta situación llevo a implementar una medida eficaz de algo que se asemejó a una colonización blanco-mestiza interna, una política que el mencionado autor la califica de “expansión criolla nacional”, en la cual, el gobernador de la provincia reparte solares alrededor de la plaza a familias blancas con el propósito de que se arraiguen en el pueblo de indios, construyendo viviendas, cultivando huertos y finalmente convirtiéndose en vecinos

ciudadanos que podrán ocupar los cargos de jueces y tenientes políticos, al ser ciudadanos óptimos.

Finalmente, el naciente Estado-nación respaldado en las premisas del republicanismo, logró el control de las poblaciones, a la vez que se fortaleció, utilizando al derecho legitimado como herramienta de poder. Como lo indica Sierra y Chenaut (2002, 204) el derecho es un discurso que conlleva y construye significación, un medio a través del cual se reproduce la dominación de los grupos en el poder, o un medio a través del cual se reproducen diversos tipos de identidades a través del carácter dual que tiene el derecho, de dominación y resistencia. Esto indicaría que el derecho no es imparcial ni tienen un carácter estático, lo que significa observar al poder y los privilegios que se encuentran insertos en dinámicas históricas, y además los cambios jurídicos condensan relaciones sociales y de poder.

3.2.2. Ilustración y capitalismo en el “Ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles”

Vicente Rocafuerte había viajado a México por asuntos diplomáticos, pero rápidamente tomó partido en los enfrentamientos independentistas de 1821, en la algidez de los debates monárquicos y republicanos, Rocafuerte se unió a los republicanos y escribió algunos panfletos, ensayo sobre la tolerancia religiosa, por los cuales fue encarcelado. En prisión escribió el ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles.

Rocafuerte, al igual que otros autores de la época habían desarrollado varios escritos sobre administración burocrática, sistemas penales, educación, religión, filosofía. Los intelectuales se constituyeron como autoridades en la construcción del discurso nacional; desempeñaron un papel predominante en la creación de una narrativa que confirió al pasado una identidad.

Los intelectuales recogieron de la realidad concreta los elementos a los cuales le confirieron significado nacional. Como indica Claudia Wasserman (2010, 114) el pensamiento latinoamericano respecto a la cuestión nacional osciló entre la búsqueda de una identidad autónoma, la valorización de los patrones de desarrollo externos, evidenciando preocupaciones relativas a la dependencia, y por el otro, el atraso. Las condiciones en la periferia del sistema para el desarrollo de una posición intelectual autónoma dependieron sobre todo de los procesos de

profesionalización de los intelectuales, de las condiciones de institucionalización de las carreras y de la multiplicidad de las funciones atribuidas a los intelectuales en sociedades con regímenes de producción agrícola como la latinoamericana.

En estas circunstancias, siguiendo a lo expuesto por Wasserman, los intelectuales no podían ejercer funciones exclusivas o prioritariamente relacionadas al pensamiento abstracto, estuvieron durante mucho tiempo, envueltos por completo en problemas coyunturales de las sociedades en que vivían. Los procesos de profesionalización e institucionalización de las carreras fueron lentos y confundidos con la política partidaria. A los pensadores de América Latina se les atribuyó no solo la función de diagnosticar los males y los problemas de sus respectivos países sino también el deber de desarrollar estrategias para solucionar estas cuestiones.

Bajo los razonamientos anteriores, Roca fuerte diagnosticó las situaciones que nos alejaban de las naciones “desarrolladas europeas” y dejándose influenciar por las corrientes de la escuela clásica elaboro este ensayo. En la introducción se puede observar las concepciones iluministas sobre la función del Estado en torno a la justicia.

Es tan íntima la conexión de la libertad con la justicia, que no se concibe la existencia de la una sin presuponer la de la otra (...). La justicia constituida es el estado: la misión del estado es de hacer respetar la justicia por la fuerza, la que debe emplearse, no solo en reprimir, sino también en castigar la injusticia; de aquí se deriva la sociedad civil y política, que no es otra cosa más que justicia puesta en acción por el orden legal que presenta el estado. (...). El único derecho legal es de ser respetado en el pacífico ejercicio de la libertad: el único deber (se entiende en el orden civil) es el de respetar la libertad de los otros. (...) podemos concluir que no hay libertad en donde no hay justicia, y que sin justicia no puede existir un buen gobierno. (Roca fuerte 1830, 1)

La decadencia de la justicia anuncia la ruina de la libertad, y prueba la mala organización de un gobierno. El actual poder ejecutivo, demasiado ilustrado para dejar de conocer las fuerzas de estas verdades, y demasiado patriótico para contentarse con indicar la raíz del mal sin aplicar el remedio (...) ha decidido empezar por las fétidas e inmundas cárceles.

Emprendo con tanta más satisfacción este utilísimo trabajo cuanto he viajado por esas naciones y que penetrado de que no hay libertad sin justicia, ni buena administración de justicia sin cárceles bien atendidas y manejadas, he visitado con alguna atención casi todas las que están establecidas en Europa y en los Estados Unidos del Norte. No pretendo decir nada de nuevo, nada que no esté

ya escrito sabido recomendado por los filantrópicos Howard, Buxton, Lord Sufflid, Lyancour, Bentham y Cuningham (Rocafuerte 1830, 3).

Como lo indica Rusche y Kirchheimer (1984, 89), el iluminismo produce un movimiento contra la indeterminación de las penas, básicamente en defensa del derecho de propiedad, tratando de graduar delitos y penas (Montesquieu, Beccaria, Bentham). En su intento por generalizar las penas, Beccaria propone instaurar penas pecuniarias en interés de la propiedad; pero ante la poca capacidad de pago de las clases bajas, recomienda la detención como medida substitutiva, de donde resulta que la privación de la libertad es consecuencia de la violación del derecho de propiedad y una consecuente equivalencia entre propiedad y libertad personal.

Ciertamente, el ensayo sigue los conceptos de la escuela clásica del derecho, que tuvo una enorme influencia en la elaboración de los códigos penales que se estaba produciendo en Europa a fines del siglo XVIII e inicios del XIX, incidiendo especialmente en la separación entre delito y moral, en la necesidad de que el delito y la pena estén determinadas en una ley, como expresión de la voluntad popular, y en fijar unas penas proporcionales al daño del delito. La idea de voluntad popular nace del concepto de contrato social, desarrollado por Rousseau y Hobbes. En el cual el Estado establecía un acuerdo producto de la libre voluntad de los miembros de una sociedad, supuestamente cedían de forma voluntaria sus reclamos de soberanía individual. Sin embargo, como lo observa Hobbes (Melossi 2018), su contrato era un constructo hipotético, no un hecho histórico. El Estado, fue creado por la libre volición de los sujetos, pero al mismo tiempo, era responsable del carácter voluntario y racional del contrato. Por tanto, era el Estado, por medio de sus normas e instituciones, el conductor de los sujetos hacia su *libre apreciación* de la propia racionalidad estatal. Un Estado *racional*, construido según los principios de filosofía natural, era la mejor prueba de la necesidad racional de que existiera.

El acuerdo social, por el cual se crea el estado civil, terminó por convertirse en un verdadero mito de la edad moderna y el supuesto que obraba sobre los líderes políticos e intelectuales del siglo XVIII. El cultivo de la racionalidad en la sociedad y el establecimiento de un orden legal con las instituciones sociales puestas en funcionamiento para este fin eran una misma cosa debido a que

el Estado descansaba en el consentimiento voluntario de individuos racionales y propietarios, se convirtió en un objetivo para crear una sociedad de ese tipo de personas.

La invención de un variado conjunto de máquinas sociales puestas en funcionamiento con el fin de racionalizar personas y cosas, como el panóptico de Bentham, no fue necesariamente un producto de la acción de autoridades públicas, a lo cual Darío Melossi (2018, 36) explica que “los primeros asilos holandeses para pobres, o casa de trabajo, así como la preciada invención de Bentham, fueron concebidos originariamente como instituciones privadas, orientadas a generar ganancias”. El propósito de estas instituciones era transformar a los miembros de las “clases peligrosas” en sujetos plenamente racionales que al menos se considerarían a sí mismos dueños de su propia fuerza de trabajo, capaces de valerse de ella bajo la forma de un contrato laboral. El Estado también era visto como el beneficiario de tales instituciones, en tanto un individuo “reformado”, es decir, podía entrar al estado *civil* y abandonar su propio estado de naturaleza *privado* (Melossi 2018, 37) . Dicho de otro modo, los poderes públicos se involucraron como agentes de racionalidad, pues esta era la razón de ser del Estado. En fin, el orden legal representaba la consagración de las leyes del estado de naturaleza que protegían y desarrollaban los derechos básicos de la vida, la libertad y la propiedad.

Otro aspecto desarrollado por este ensayo fue sobre la suavidad de la pena e indica que:

Todos los gobiernos cultos han empezado a revisar sus leyes penales y a reformar sus cárceles: se han penetrado de la verdad del hecho, que la suavidad de la pena es el mejor medio de disminuir los delitos; que la ley busca en el castigo la enmienda del reo y no sus padecimientos (...). La sociedad no debe perder de vista, que el simple acusado tiene todos los derechos de un inocente; no hay razón para castigarle hasta que se compruebe el crimen: atormentarle en el intervalo del juicio, es un atentado contra la humanidad, porque si realmente, si lo absuelve el tribunal, ¿Cómo se le resarcen los perjuicios que se le han causado, como se le compensan las penas que ha sufrido? Fundados en tan obvios principios de razón y de filosofía los legisladores ingleses y americanos han proclamado la benéfica ley del *Habeas Corpus* (Rocafuerte 1830, 3).

Con la influencia de Beccaria y la actitud racionalista de la Ilustración que inspiraba tanto al científicismo como al humanitarismo. El progreso técnico entrañaba el progreso moral y ello

repercutía sobre la dureza de los castigos del régimen colonialista, que debía ser abandonada de acuerdo a un nuevo proyecto penal que no solo sería favorable a los individuos y sus libertades sino también a las sociedades y a su gobierno eficiente, mientras que los códigos pasarían a ser los veedores del Estado.

Los penalistas ilustrados pretendían racionalizar el castigo, para que actuara a la vez como instrumento estatal y como límite al Estado en protección del ciudadano. En relación a esta tarea se observa la aplicación al campo penal de la teoría del contrato y, en todo caso, un esfuerzo para definir la justificación y finalidad del castigo estatal.

A lo largo de todo el siglo XVIII, en el interior y en el exterior del aparato judicial, tanto en la práctica penal cotidiana como en la crítica de las instituciones, se advierte la formación de una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar Foucault (2002, 95) dice:

la “reforma” propiamente dicha, tal como se formula en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, cuyos objetivos centrales eran hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos sino mejor: castigar con una severidad atenuada, quizá pero castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social.

A fines del siglo XVIII coexisten tres maneras radicalmente diferentes de castigar: la antigua penalidad de los suplicios, la de los reformadores y el modelo carcelario. El discurso de los reformadores no es un discurso negador, crítico de las prácticas punitivas del antiguo régimen; comporta también, en su parte positiva, una reflexión profunda sobre el derecho de castigar y un ambicioso proyecto de renovación del aparato penal:

El verdadero objetivo de la reforma (...) no es tanto fundar un nuevo derecho a castigar a partir de principios más equitativo, sino establecer una nueva “economía” del poder de castigar, de asegurar una mejor distribución del mismo, de impedir que no quede ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados ni demasiado repartido entre instancias que se oponen; que esté repartido en

circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua y hasta el más pequeño de los corpúsculos del cuerpo social (Foucault 2002, 83).

Desde el punto de vista de la construcción de los discursos/poderes de Foucault, debería entenderse además que la racionalidad de un sistema penal, o de otro, sólo es tal en relación al sistema de producción de los enunciados, es decir que no sería la tortura o los suplicios menos racionales que el encarcelamiento, sino que un sistema y otro resultan irracionales para otro contexto socio-histórico. Foucault (2002, 89) inserta el estudio de las formas de punición en el marco de una aproximación genealógica, que no supone una continuidad en el devenir histórico, sino que su propio desarrollo depende de las discontinuidades. Desde este punto de vista, considera que las distintas formas punitivas están estrechamente ligadas a los modos de ejercicio del poder que, a los postulados explícitos de fundamentación del derecho penal, o a sus condiciones económicas subyacentes. Los principios fundacionales del derecho penal son básicamente la prevención y la intimidación: los postulados de prevenir y ejemplificar.

La transformación de los mecanismos punitivos emancipa al poder público del deber de actuar directamente sobre los cuerpos de los condenados, desplazándose a un sistema más burocrático de la pena. Los efectos de la pena dejan de ser las sensaciones dolorosas para el castigado y visuales o auditivas para el espectador, para convertirse en las restricciones a los derechos, a lo cual Foucault (2002, 18) dice que es un paso de “un arte de sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el mismo autor sugiere situar los sistemas punitivos en cierta *economía política del cuerpo* (Foucault 2002, 33). El complejo mecanismo que lo convierte en lugar primordial de castigo no puede explicarse por elementos aislados, sino como resultante de la singular y compleja evolución de la cultura occidental en sus variables económicas, sociales, políticas e ideológicas. El cuerpo asume en este mecanismo penal diversas funciones que lo identifican como el lugar geográfico de la pena; se lo convierte en pregonero de sus propia destrucción, mutilación y encierro. Existe una congruencia de factores, una trama de significaciones que legalizan y vuelven funcionales las normas de derecho, desde la complejidad de la cultura. Como lo muestra Garcés (1999, 217) la evolución de las formas penales está más

emparentada con una *cosmovisión* derivada de modelos de organización social, política y factores económicos; por lo cual, se vincula los sistemas penales y las manifestaciones de poder político. Por lo tanto, la encarcelación sería una forma históricamente privilegiada del dispositivo de castigo.

En un principio, la cárcel no tiene sentido punitivo. Es un resguardo práctico-legal para que el procesado no evada la justicia, y un resguardo simbólico para que el infractor no siga dentro de la sociedad. También pretende evitar una venganza privada. Se compromete el cuerpo del condenado en un espacio oculto necesario a la administración judicial. No puede ir libremente por las calles mientras se sustenta su proceso porque es un enemigo público (en el sentido de la profilaxis social) y debe alejarse de la sociedad. Foucault (2002, 29) denomina este principio como *encierro-garantía*. Sin embargo, el encarcelamiento constituye la primera instancia visible que pena el delito.

La concepción de Rocafuerte sobre la cárcel denota el objeto de la pena y dice:

Una cárcel de nuevo estilo no admite como las antiguas, ningún género de tormento ni de mortificación que degrade al preso o le quite la salud; puede considerarse como una casa de reclusión, de seguridad y de penitencia; como una escuela práctica de aseo, de orden y de regularidad; como un asilo en donde el delincuente y el vicioso van a reflexionar sobre las funestas consecuencias de sus pasados extravíos, y dando a la sociedad una satisfacción por los perjuicios que le han inferido, modifican la perversidad de su carácter, y cambian sus malos hábitos de disipación, en los del trabajo, cultivo de inteligencia y ejercicio de buenas acciones (...). La práctica del culto, los consuelos de la religión, los sermones proporcionados a la capacidad y situación de los presos, las conferencias morales, son remedios muy eficaces para curar los males del alma (...). Coopera al importante fin de la instrucción el silencio, que es parte del castigo del preso (Rocafuerte 1830, 6).

El objetivo al que se aspira el gobierno de las nacientes repúblicas, con el escarmiento y el ejemplo legislado por derecho penal, es la recomposición de la sociedad y de las relaciones sociales dañadas. Siguiendo a Garcés (1999, 211), el fenómeno de *composición social*, se deriva del sentido de la restauración del orden que tenía la composición en un derecho penal todavía a

mitad de camino entre lo privado y lo público. El ejercicio penal, más allá de los fines teóricamente definidos, conduce inevitablemente a reconstruir un orden social quebrantado. Esta *composición social* equivale a aquella reconstitución, basándonos en lo de intercambio que tiene la sanción: no es necesariamente por una suma de dinero que se reconstituye el orden, pero sí de algún otro bien como la libertad, la vida o el cuerpo del delincuente. A través de esta composición se procura devolver a la sociedad su orden preestablecido. Todo el derecho penal busca restaurar la convivencia social.

Después de una sucinta introducción, Rocafuerte hace una descripción del funcionamiento de las cárceles de Filadelfia, de New York, de Bury St. Edmund y de Gante. De las cuales identifica seis puntos en común y sobre las que se debe construir una cárcel. El primer punto es la salud; la comida, aseo de la cárcel, el cuidado de los presos.

El segundo punto es la clasificación, donde se ordena a los presos por naturaleza de sus delitos, de su edad, y *de los medios que tengan de extender el contagio de sus malas costumbres* (Rocafuerte 1830, 8). En base a esta clasificación, Rocafuerte considera que debe haber varios tipos de casas para encerrar a los viejos, mujeres, jóvenes, sin embargo, observa que el costo es muy alto para el gobierno, pero considera que en una misma edificación se podría hacer la misma clasificación con los diferentes tratamientos.

El tercer punto es la inspección, un sistema carcelario que permita una vigilancia constante de los presos, adoptando la estructura arquitectónica de Bentham a lo cual indica:

Para que el alcaide o director general de la cárcel no pierda un instante de vista a los presos, se ha inventado dar al edificio una forma poligonal; cada lado del polígono forma un departamento separado del otro con su respectivo patio, en el centro del mismo polígono se eleva un edificio, desde donde el carcelero o los miembros de su familia puede constantemente estar viendo los patios, y seguir los pasos de cualquier preso sospechoso, sin que él conozca la constante vigilancia que se ejerce sobre su persona. Bajo de este plan de construcción poligonal se está construyendo en Europa, y en los Estados Unidos las nuevas careles; y es de desear que nosotros lo adoptemos en los estados y en los innumerables establecimientos de esta clase que hay que formar en la vasta extensión de la República (Rocafuerte 1830, 8).

Como se muestra en la cita anterior, el efecto mayor del panóptico era inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantice el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. “Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y de sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce” (Foucault 2002, 233), en suma que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores.

Bentham había sentado el principio de que el poder debía ser visible e inverificable. Visible, porque el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la torre central desde donde es espiado. Inverificable, porque el detenido no debe saber jamás si en aquel momento se lo mira, pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado.

En referencia a lo escrito por Foucault (2002). El panóptico es una maquina maravillosa que a partir de deseos de los más diferentes, fabrica efectos de poder homogéneos. Una sujeción real nace mecánicamente de una relación ficticia. De suerte que no es necesario recurrir a medios de fuerza para obligar al condenado a la buena conducta, de hacer la arquitectura transparente a la gestión del poder; de permitir que la fuerza o las coacciones violentas sean sustituidas por la eficacia benigna de una vigilancia sin falla; de ordenar el espacio a la reciente humanización de los códigos y a la nueva teoría penitenciaria. “La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder” (Foucault 2002, 238).

El cuarto punto, es el trabajo que dice:

La introducción del trabajo en las cárceles tiene por objeto principal la enmienda del preso, la reforma de sus malas costumbres, y no los aprovechamientos pecuniarios: el beneficio que resulta al mismo preso y al gobierno de un sistema de industria bien dirigido, debe ser una consideración muy accesoria y de muy poca importancia, comparada al gran resultado moral de su corrección, y de la perfección a la que debe encaminarse la sociedad por la disminución de los vicios y de los

crímenes. Fundados en este principio los ingleses y los americanos, han introducido en sus cárceles un molino (treading mill) que los mismos presos ponen en movimiento con sus pies, sin emplear otra acción que la del peso de sus cuerpos (...). El producto de este trabajo se aplica a la mantención del preso, y si algo le sobra se le reserva la parte que le toca para cuando salga a la calle (Rocafuerte 1830, 11).

Existe una congruencia entre lo expuesto y lo citado por L. Faucher en Foucault (2002, 283)³. “El trabajo es la providencia de los pueblos modernos; hace en ellos las veces de moral, llena el vacío de las creencias y pasa por el ser el principio de todo bien. El trabajo debía ser la religión de las prisiones”. Es decir, que una sociedad-maquina como la de producción capitalista, precisaba medios de reforma puramente mecánicos.

El trabajo por el cual el recluso sostiene a sus propias necesidades convierte al ladrón en obrero dócil. Y aquí interviene la utilidad de una retribución por el trabajo penal; impone al detenido la forma moral del salario como condición de existencia y rehabilitación. El salario es la motivación que hace adquirir el amor y el hábito del trabajo; da a esos malhechores que ignoran la diferencia entre lo mío y lo tuyo, el sentido de la propiedad, de “la que se ha ganado con el sudor de la frente”; les enseña también a ellos que han vivido en la disipación, lo que es la previsión, el ahorro, el cálculo del porvenir (Foucault 2002, 278). En fin, al proponer una medida del trabajo hecho, permite traducir cuantitativamente el celo del recluso y los progresos de sus enmiendas. El salario del trabajo en la prisión no retribuye una producción, más bien funciona como un motor y punto de referencia de las transformaciones individuales, es simplemente una ficción jurídica porque no representa una libre cesión de la fuerza de trabajo sino como un artificio que se supone eficaz en las técnicas de corrección.

Para Foucault (2002, 281), en este tipo de trabajo correccional no hay un provecho ni tampoco la formación de una habilidad útil sino la constitución de una relación de poder, de una forma económica vacía, de un esquema de sumisión individual y de sus ajustes a un aparato de producción.

El quinto punto es sobre la instrucción, la cual se desarrolla en torno a la instrucción religiosa primordialmente y las condiciones que puedan rehabilitarlos como la música. Al respecto dice:

Este ramo requiere principalmente un capellán de mérito y virtud, una capilla construida en forma de abanico, de modo que las varias clases de presos puedan todos asistir a los oficios sin verse ni comunicarse unas con otras. El hombre que comete un asesinato está arrebatado regularmente de un frenético furor, que puede considerarse como un primer grado de locura o de desorden del cerebro, y a fin de calmarlo, creo sería muy conducente tener un buen órgano en la capilla (...). El establecimiento de una escuela es también indispensable. Todas estas medidas bien combinadas son suficientes para inspirar temor, para corregir las malas inclinaciones.

Ojalá se formen entre nosotros como en Inglaterra, Francia, Suiza y Holanda, juntas de señoras para promover la reforma de las cárceles, la mejora de los hospitales, el adelantamiento de los hospicios, la abolición de la mendicidad, y el fomento del aseo, del orden y de la instrucción religiosa entre las mujeres de la última clase de la sociedad. Con hechos de esta naturaleza, y no con vanas palabras e intrigas de partido, se convence al pueblo de las verdaderas ventajas de un sistema liberal (Rocafuerte 1830, 14).

En este punto se puede destacar, la importancia que se da a la religión en los procesos de cambio de malas conductas de los delincuentes, desde el capellán que los guía a los servicios religiosos hasta la lectura extensiva y reflexiva de la biblia. Esta era una idea que recogió de la experiencia que Rocafuerte había tenido de la cárcel londinense de Newgate, donde las mujeres de clase alta leían con fervor las sagradas escrituras que provocaban en los presos devoción, según lo indica en este ensayo:

La señora Frey leyó un capítulo de la Biblia con una unción y un espíritu profético que inspiró devoción a todos los asistentes (...) y parecía grabar en ellos los sagrados preceptos (...) para arrancarlas del crimen y atraerlas al regazo de la religión, única y verdadera fuente de alegría, de virtud y de toda esperanza de presente y de futura felicidad. Confieso que la presencia de esta señora en la cárcel, me hizo acordar del cuadro del admirable Rafael que está en las cámaras del Vaticano de Roma (la soltura de San Pedro) cuando el ángel resplandeciente de gloria y de celestial hermosura se apareció en medio de las tinieblas de la cárcel, y rotas las cadenas que ligaban al santo Apóstol, lo liberto de los horrores de esa lúgubre mansión (Rocafuerte 1830, 13).

Si bien es cierto que las escrituras protestantes y católicas tienen el mismo objetivo de la salvación, los caminos para llegar a ella son diferentes, el protestantismo inglés del siglo XIX, no

requería la compra de indulgencias ni la utilización de esos recursos para la construcción de más iglesias o para el mantenimiento del gran aparato burocrático de la iglesia católica; el protestantismo requería para la salvación una vida ascética, sin pérdidas de tiempo, trabajo y ahorro; cualidades, que como lo mostró Weber (2001) serían las bases para el desarrollo del capitalismo.

Esta contradicción comparativa, difiere de la realidad para la cual se hacia las recomendaciones del ensayo, el catolicismo en las nacientes repúblicas latinoamericanas era piedra angular, en Ecuador la iglesia católica controlaba la educación, parte del derecho civil, administración de tierras y estaba presente en las decisiones políticas como parte de la cámara de diputados. Otra contradicción que revela este punto es la alusión de las ventajas del sistema liberal, habría que recordar que el sistema liberal propugnaba la separación de los poderes y la laicidad del Estado, pero ¿Cómo separar a la iglesia de la educación y de las esferas públicas, si se sugería su presencia total en la vida carcelaria? Se debería observar el contexto general, la iglesia no podía ser separada de la vida social y política, a pesar de los ideales liberales de Rocafuerte, aunque quisiera seguir a Voltaire o Maquiavelo; él reconocía que para la unión republicana requería de una máquina de ejercicio del poder que ya estaba instaurada, la iglesia católica llevaba más tiempo administrando poblaciones que el Estado, ella era el verdadero Leviatán, mientras que el Estado republicano para 1835, era una continuación del régimen colonial fragmentado entra la reforma y la tradición.

El sexto punto se trataba sobre la disciplina en las cárceles, no se trata a profundidad como se debe ejercer disciplina, ese punto lo desarrolló en la introducción y los otros acápites, es más bien, un protocolo para los que dirigen y trabajan en la cárcel, los pasos que deben seguir durante los procesos de encarcelamiento y clasificación, e indica que:

Al entrar cada preso en la cárcel, se le deberá instruir en el régimen del establecimiento (...). El alcaide de una cárcel moderna tiene obligaciones de la más alta trascendencia que lo hacen acreedor al respeto y consideraciones de sus conciudadanos (...). Como los militares están más acostumbrados a mandar y hacerse obedecer, se podría elegir el empleo de alcaide en el infinito número de oficiales retirados que tiene la república. El ministro de justicia instruiría de todo al cuerpo legislativo, quien se hallaría entonces en el caso de dictar sobre la materia, leyes acertadas,

fundadas en hechos y datos positivos, y no improvisados por un partido o por una facción (Rocafuerte 1830, 16).

Se debe quitar los boquetes y prohibir las visitas de cárcel a los curiosos, porque distraen a los presos de su trabajo y de aquella calma que tanto conviene a los progresos de la reforma. El silencio está acompañado de la clasificación (...), el silencio parece ser el alma de la disciplina; está observado tan estrictamente, que los presos no responden a las preguntas que les suelen hacer los que van a visitar el establecimiento (*cárcel de Bury, mi aclaración*) (Rocafuerte 1830, 18).

Con referencia a este último acápite, cabe señalar lo que Foucault (2002, 271) dice, citando a Baltard, “la prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo, de su educación física de su actitud para el trabajo de su conducta cotidiana de su actitud moral, de sus disposiciones; la prisión, mucho más que la escuela, el taller o el ejército que implica cierta especialización, es omnidisciplinaria”. Al mismo tiempo, la prisión no tiene exterior ni vacío; no se interrumpe, solamente cuando se acaba la tarea, su acción sobre el individuo debe ser deber ininterrumpida, es decir, una disciplina incesante.

En fin, otorga un poder casi total sobre los detenidos; tiene mecanismos internos de represión y de castigo: disciplina despótica. Lleva al límite el más fuerte de todos los procedimientos que se encuentran en los demás dispositivos de disciplina. Tiene que ser la maquinaria más poderosa para imponer una nueva forma al individuo pervertido; su modo de acción es la coacción de una educación total.

En cuanto al silencio que se indica deben tener todas las cárceles, como medio de disciplina y reflexión de los prisioneros; Foucault (2002, 272), siguiendo a Tocqueville observa que, la soledad debe ser un instrumento positivo de reforma. Por la reflexión que suscita, y el remordimiento que no puede dejar de sobrevenir: “Sumido en la soledad, el recluso reflexiona. Solo en presencia en presencia de su crimen, aprende a odiarlo, y si su alma no está todavía estragada por el mal, será en el aislamiento donde el remordimiento vendrá a asaltarlo”. Así la soledad asegura una especie de autorregulación de la pena, y permite una suerte de individualización espontánea del castigo: cuanto más capaz de reflexionar es el penado, más culpable ha sido al cometer su delito; pero más vivo también será el remordimiento, y más

dolorosa la soledad. El aislamiento asegura el coloquio a solas entre el detenido y el poder que se ejerce sobre él.

También se puede decir que la prisión no es la hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; no está subordinada al tribunal como instrumento dócil consecuente a las sentencias que éste da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es el tribunal, que en relación con ella, es exterior y subordinado (Foucault 2002, 273). La prisión no está sola, sino ligada a toda una serie de otros dispositivos “carcelarios”, que son en apariencia muy distintos, pero que tienden todos, como ella, a ejercer un poder de normalización.

En cuanto a la exaltación que se ha hecho en este ensayo de la libertad como un objeto que se puede utilizar para sancionar, Massimo Pavarini (1999, 37) señala que, solo con la aparición del nuevo sistema de producción capitalista la libertad adquirió un valor económico: en efecto, solo cuando todas las formas de la riqueza social fueron reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de libertad, es decir, de trabajo asalariado. Y desde este preciso momento la pena privativa de libertad, se convirtió en la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías. La heterogeneidad de las acciones criminales (delitos contra la vida, el patrimonio, el estado) podía encontrar en el momento sancionador su propio equivalente en la privación de un bien por definición fungible como solo puede serlo la moneda: el tiempo como riqueza.

Por último, se observa que la cárcel cumple también una función instrumental hacia una exigencia emergente: el conocimiento criminal. Es un espacio organizado que permite observar y analizar una colectividad permanentemente expuesta. Quien es observado se transformará muy pronto en conejillo de indias, el observador en sabio, la cárcel en observatorio social. La cárcel, de observatorio privilegiado de la marginalidad criminal, se ofrece como taller para intentar el gran experimento: la transformación del hombre, la educación de aquel sujeto heterogéneo, que es el criminal, en sujeto homogéneo, esto es en proletario. Por lo tanto, la ciencia criminológica se reconoce en esta doble dimensión: es ciencia de la observación y es ciencia de la educación (Pavarini 1999, 39).

Capítulo 4

Análisis Procesual

En este capítulo se hace un estudio sobre la Ley de Procedimiento Penal de 1839 y un juicio penal de 1840, éste juicio es una demanda de los indígenas de la comunidad del Valle contra el cura párroco, se ha tomado estos textos afín de identificar los argumentos y estrategias legales que se producen en el seno del Estado. También se exploran los límites de poder y las relaciones entre las diferentes instituciones que son parte del ejercicio y aplicación de las penas.

4.1. Procedimiento en las causas penales 1837

En 1837, el Ecuador aprobó el Código Penal, pero no estuvo acompañado de una Ley de procedimiento penal, no es sino hasta 1839, que se dictó la primera Ley de Procedimiento Criminal, que la puso en vigencia el general Juan José Flores. En 1848, bajo la presidencia de Vicente Ramón Roca se expide la Ley de Jurados. Con base en lo expuesto, surge la interrogante ¿Cuál era el procedimiento penal desde 1830 a 1839? A lo cual indica Efraín Torres (2005, 11) que los Estados americanos, sujetos al coloniaje español, durante el largo periodo de la Colonia, se rigieron para el procedimiento penal, de las leyes de España: Pragmáticas y Ordenanzas, Recopilación de Leyes de Indias, las Siete Partidas. El Ecuador sometido al Virreinato de Lima y luego al Virreinato de Santa Fe, estaba sujeto a esas mismas leyes coloniales. El sistema penal, fue el inquisitorio.

En consecuencia, a estas observaciones, las fuentes para el procedimiento penal desde 1830 a 1839 fueron básicamente las costumbres coloniales, y luego la norma legal de la Constitución del Estado que garantizaba a las personas la inviolabilidad de sus derechos fundamentales.

La ley de procedimiento criminal de 1839, decretada por el Senado y la Cámara de Representantes de la República del Ecuador, constaba de: 5 capítulos y 94 artículos, en los cuales se explica cómo se debe presentar una causa penal; los requerimientos legales- burocráticos, los actores, el proceso judicial que debe seguir el juez.

Para comenzar, el primer capítulo muestra el proceso para presentar una acusación, y va desde el artículo 1 al 12. Donde los pasos son:

1. Para acusar, presentarse personalmente o con un poder especial, ante una autoridad designada por la ley.
2. El oficial fiscal observara si la acusación esta *arreglada a las leyes*, para pedir al juez la fianza de calumnia por la cantidad que estime conveniente. El juez otorga escritura pública y admite la acusación.
3. La acusación se acompaña de los documentos justificativos, sino hay documentos se recurre a los testigos del hecho, quienes estarán en previo juramento.
4. No se puede dictar prisión sin cumplir los requisitos de los artículos 93 y 94 de la Constitución⁵. En 48 horas se le tomara la confesión al acusado. Si el juez se demora ese plazo debe pagar 4 pesos por cada día de demora. La confesión del acusado se escribirá y posteriormente será leído para alguna rectificación, la confesión escrita debe ser firmada.
5. Un proceso tiene hasta 40 días para las pruebas, declaración de los testigos (etapa probatoria). Concluida esta etapa, el escribano entrega todo el proceso al acusador para que este pueda alegar. Devuelto el escrito, el acusador hará su defensa dentro de 10 días, y oído el fiscal, que despachará en 6 días se pronunciará sentencia dentro de 15 días, previa citación del reo, o de su procurador, o defensor. (Ley del procedimiento criminal 1839, Art.10).
6. El acusado puede utilizar los recursos de apelación, proponiéndolos dentro de 5 días.

El sumario que he descrito brevemente, siguiendo a los artículos, muestra la gestión que se debe seguir para el inicio de un proceso judicial penal. Primero, el delincuente es perseguido por la

⁵ Artículo 93 “Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente; a menos que no sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas, a lo más, del arresto de alguna persona, expedirá el juez una orden firmada en que se expresen los motivos de la prisión, y si debe estar o no incomunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición, y el alcalde que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria.”

Artículo 94 “A excepción de los casos de prisión, por vía de apremio legal, o de pena correccional, ninguno podrá ser preso, sino por el delito que merezca pena corporal, y en cualquier estado de la causa en que resulte no debérsele imponer esta pena, se pondrá en libertad al preso, dando la seguridad bastante”. (Constitución Política de la República del Ecuador 1835)

justicia o los particulares afectados. Apresado con o sin violencia, se le exige una confesión extrajudicial que sirve de pauta de validación en esta primera instancia discursiva del castigo: el apresamiento. El discurso dicho del criminal valida por oposición al discurso hecho de la justicia, justificándose su captura. Si el acusado no confiesa, se requieren testigos que legalicen el acto mediante un discurso que posibilite la probanza y el castigo, es decir, aportando los elementos que completen la lógica interna del discurso antagonista de la justicia.

También existe alrededor de estos procesos un discurso de un proyecto totalizante bajo la premisa del bien común o la seguridad nacional se promueven intereses particulares, los cuales son encauzados a través de un conjunto de campos burocráticos, donde los agentes gubernamentales y no gubernamentales luchan por esta forma especial de autoridad que consiste en el poder de mandar por medio de la legislación, regulaciones, o medidas administrativas “ El campo del derecho no es únicamente el campo del control social, es también un campo de luchas, que evoca el antagonismo de clases de una sociedad republicana”. (Sánchez Rubio 2014, 93), muestra de esto es la fianza de calumnia, en la que el monto queda a la subjetividad del juez, un punto que lo desarrollo más adelante.

Por otra parte, considero que la permeabilidad en los límites de las leyes y códigos, se debe a que el Estado republicano recién está en un proceso de formación y parte del procedimiento penal se encuentre en la Constitución; o los perjuicios aduaneros al igual que las querellas sobre las herencias procedan como procesos penales. Sin embargo, esta confusión acarrearía que las normas pueden entrar en conflicto entre sí, por lo cual habría que prestar una atención metodológica a la cuestión de la jerarquía de las normas, porque estas se encuentran interrelacionadas e interdependientes, además que son intrínsecas a los procesos de resolución de disputas (Sierra y Chenaut 2002, 128).

El segundo capítulo, versa sobre la fianza de la calumnia y dice:

Art 12. La fianza de la calumnia tiene por objeto asegurar la indemnización al causado, sus gastos y perjuicios. Él tiene derecho a percibirla, si se absuelto por sentencia ejecutoriada, o si el acusador abandona la acusación.

Art 13. Por muerte del acusador, o del reo, podrán continuar el juicio, sus herederos bajo de la misma fianza.

Art.14. Si la acusación fuese contra algún funcionario público que gozare de renta, será proporcionada a la de un año, y además a quinientos pesos para las costas procesales.

Art 15. No está obligado a dar fianza de calumnia el que acusa ofensa propia, o de pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, o segundo de afinidad, ni el marido que acusa la hecha a su mujer, o la mujer que lo hace al marido, ni el heredero que acusa la muerte de su instituyente; quedando no obstante sujetos a lo dispuesto en los referidos artículos y parágrafos del código penal, sino probaren su acusación (Ley del procedimiento criminal 1839).

La justicia penal no ha sido producida ni por la plebe, ni por el campesinado, ni por el proletariado, sino por la burguesía, como un instrumento táctico importante en el juego de las divisiones que ella quería introducir (Foucault 1981, 68). Siguiendo a esta afirmación, la fianza de calumnia es un recurso de protección para el acusado ¿Qué clase de acusado pide un recurso de protección a su honor? Simplemente, el que se encuentra en una clase superior y que puede salir ileso a las acusaciones que enfrente.

Como indica David Sánchez Rubio (2014, 106) “El Derecho Penal refuerza un sistema estructural de desigualdad, violencia e injusticias que beneficia a una minoría sobre una mayoría victimizada antes durante y después de que se ponga en funcionamiento el sistema punitivo en todas sus fases”, por lo tanto, existe una división social del trabajo, para 1837 una división de clases muy marcada, la causa de una jerarquía axiológica que mantiene y refuerza esa exclusión, sancionando, puniendo, a determinados colectivos. Simultáneamente favoreciendo a quienes entran de un rango superior de clase social construyendo un sistema desde arriba y establecido por quienes detentan el control social y el poder económico-político.

También habría que observar la máscara de igualdad y protección atrás de este recurso; el honor y la reputación de los individuos son protegidos por un Estado soberano, que crea un código jurídico basado en la disciplina, y paridad de derechos, no obstante, oculta procedimientos en los que hay una técnica de dominación por parte de las clases pudientes, por otro lado, del propio sistema de justicia. Quienes pueden pagar la fianza de la calumnia, pueden acusar, pueden ejercer sus derechos ciudadanos, pero deben estar seguros que van a ganar, no hay investigación judicial,

sin pruebas están los testigos los cuales son intimidados por el proceso legal, como se verá más adelante. Al no existir pruebas o testigos claves, a pesar de que haya delito, el juez desestimara la causa por lo cual hay que pensar dos veces para denunciar. En acotación a esta última idea, se puede advertir que los jueces estaban influenciados por la escuela de la exegesis; la misma que predominaba en Francia para el siglo XIX, esta fue una concepción teórica que redujo el papel de los jueces a simples operadores mecánicos y pasivos de la ley, aplicadores de silogismos y realizadores de subsunciones de los casos a las normas, sin que pudieran aportar nada a través de la interpretación para atribuir significados normativos.

Además, hay la idea de que los que juzgan son neutros, y que se basan en las ideas de justicia que son absolutamente válidas y que sus decisiones deben ser ejecutadas. La premisa de neutralidad de la justicia, provoca el acaparamiento de poder en una sola figura; el juez, es él quien subjetivamente coloca el monto de fianza. La ley no indica en que se debe basar, no hay un contexto que determine la justicia o injusticia que se comete en la aplicación de este requisito. Pero si se puede observar la protección de la ley a los servidores públicos, la fianza de la calumnia es proporcional a las rentas de un año, además de las costas procesales. Visiblemente hay un sistema político de dominación, que emplea técnicas de control social encubiertas en la ley, para mantener privilegios y prebendas de clase, todo esto contrario al Estado de Derecho y las concepciones jurídicas que delimitan a la autoridad: declaraciones de derechos humanos, división de poderes, principio de legalidad, control de los actos de la administración vía el principio de legalidad, existencia de jueces independientes; estos conceptos habían fundamentado la Carta Magna y por ende la legitimidad del Estado.

En las disposiciones generales, se indica sobre el procedimiento que se debe tener para tomar las versiones de los testigos, como también las multas para quien mienta o no quiera dar su testimonio, a lo cual señala:

Art 56. Los testigos prestarán juramento, previa explicación de las penas del perjurio, en causa criminal.

Art.58. Igualmente se le interrogará, sobre todas aquellas circunstancias, que según el código penal, agravan o disminuyen el delito de que se trata; y así mismo las que constituyen al cómplice,

auxiliador, autor, receptor y encubridor, sentándose en las declaraciones, no solo las cosas que digan los testigos contra el reo, sino también las que le fueren favorables.

Art.60. El juez podrá arrestar al testigo vario, o que discordare consigo mismo, y al que usare de respuestas evasivas, o al que vacilare de un modo equivoco en su deposición, como a sospechoso de complicidad: excepto, si estas circunstancias provinieren de la notoria rusticidad o torpeza del testigo.

Art.61. Cuando haya de declarar una mujer de respetabilidad, el juez pasara a su casa a recibir su declaración.

Art.70. Al testigo perjuro, se le impondrá la pena en la sentencia definitiva, sin necesidad de otro proceso, siendo evidente el perjurio.

Art.73. El testigo que reusare prestar su declaración será apremiado con multas y arrestos. Si fuere necesario el ministerio del intérprete, el juez nombrará dos con aprobación del procesado, el cual no podrá recusar más de tres, ni a los dos, si fueren únicos en el lugar. Los intérpretes prestarán juramento (Ley del procedimiento criminal 1839).

En primer lugar, el testigo forma parte fundamental del proceso armado para la producción de la verdad. Al declarar representa lo sucedido y reconstruye ante otros lo visto. Dentro de este medio probatorio, un aspecto para su validez, es la cantidad de personas que acuden a testificar sobre un hecho determinado, de ahí la necesidad de la concurrencia de varios testigos para la probanza de un hecho. La presión coercitiva que se ejerce sobre los testigos se puede observar en el artículo 73, quienes están sujetos a multas y arrestos sino van a declarar, no hay un impedimento con respecto al idioma, ya que están los *intérpretes* quienes prestan juramento al igual que los testigos. En este punto se puede advertir, la anomia del sistema judicial, por un lado, el estado republicano propugna la soberanía de los ciudadanos y la libertad de sus derechos, la lealtad que debe producir el Estado para lograr una cohesión y el orden pacifico; por el otro, la intimidación represiva de los testigos denota la debilidad de este órgano estatal, además que no es congruente con los fundamentos republicanos.

Por consiguiente, estas acciones punitivas hacen referencia a la realidad de un Estado carente y débil, que lejos de ser un garante de paz interna y seguridad pública, es una fuente particular de desorden e inseguridad para sus ciudadanos.

En segundo lugar, se puede reparar en los privilegios que gozan las personas que pertenecen a clase alta, el artículo 61 indica que *las mujeres de respetabilidad* pueden dar su testimonio en el domicilio. El juez respetando el lugar en el que es acogido no hará las mismas preguntas para conseguir la verdad, ni intimidará con multas o prisión a la noble mujer, debo suponer que la mujer se verá rodeada de sus familiares quienes la guiarán en lo que le corresponde decir. ¿Por qué solo las mujeres respetables pueden dar el testimonio en casa?

Primero está su status social, el cual la protege de involucrarse en un ambiente de criminalidad. Segundo, para la época los roles de la mujer pertenecían al espacio privado (familia, hogar), si se refiere a una mujer respetable era porque estaba bajo el dominio de su padre o era una mujer casada, en ambos casos las decisiones públicas debían ser tomadas por su padre o su esposo, las mujeres cargaban consigo el honor de la familia; siguiendo seguramente a los preceptos católicos, dicho honor debía ser resguardado por los hombres que las representaban. Dadas estas condiciones, considero que los testimonios de las mujeres muchas veces debieron haber sido contestados por sus esposos o padres. Situación que no correspondía a las mujeres indígenas, sirvientas, obreras, que no tenían el mismo trato del sistema judicial.

Finalmente hay una cuestión de niveles de veracidad, la estratificación social influye en este aspecto, no es lo mismo un testimonio de un hombre o mujer de clase alta que el de una sirvienta u obrero; hay un axioma de valores (la honestidad, respeto, prudencia) ligado a los estratos superiores y que va en detrimento hacia los estratos inferiores, otra contradicción de los ideales liberales y el pensamiento colonial. Pensamiento legitimador del ejercicio del poder y control coercitivo de algunas poblaciones que carecerían de ciertos valores. En el artículo 60, el juez tiene la facultad de arrestar al sujeto que no concuerde en su testimonio, sin embargo, exceptúa al torpe o rústico, el testimonio de estos sujetos tendría menos valor o pasaría a ser descalificada.

4.2 Los expedientes judiciales como herramientas metodológicas para rastrear discursos, identidades y significados

Una causa judicial abre la posibilidad de rastrear procesos que han tenido lugar en otros ámbitos, y por determinadas causas, dejan sus huellas en el expediente judicial, además registra otras formas jurídicas, a partir de las cuales es posible rastrear aquellos discursos en los que los

individuos han sido interpelados públicamente, y en los que se puede dar cuenta de su accionar, los mismos se han desarrollado en términos que son socialmente legítimos.

Como lo indica Barrera (2009, 44), un expediente judicial es un dispositivo de la burocracia judicial a través del cual es posible mirar y hacer público su funcionamiento, allí el conflicto se construye a través de la doble mediatización de la escrituración de las versiones y relatos, por un lado, y las acciones no escritas de una multiplicidad de funcionarios intervinientes en él, por otro. Esto implica que el expediente judicial constituye un recurso extraordinario para observar los múltiples aspectos relacionados con el desarrollo de un proceso judicial, o del sistema de justicia, entre otras cuestiones.

Por último, habría que ver el abordaje metodológico de la Antropología Jurídica que se centra en los procesos de disputa, en las interacciones entre los litigantes, teniendo en cuenta los diferentes tipos de relaciones sociales a partir de las cuales surge la disputa, y el contexto social total de la misma, (Sierra y Chenaut 2002, 125) . Desde este enfoque la atención analítica no se preocuparía mucho por indagar acerca de las autoridades judiciales, sino de los litigantes, sus motivos, argumentaciones, estrategias y las negociaciones que establecen las partes.

4.3. Análisis del expediente judicial penal de los indígenas de la parroquia del Valle contra el cura párroco Sr. José Antonio Ambrocí (Loja)

Este caso es una querrela presentada por los indígenas de la comunidad del Valle y representados por el protector doctor Ignacio Arévalo, quien dirige la causa de una manera muy enérgica contra el cura párroco señor José Antonio Ambrocí, quien es acusado de maltrato, adulterio y cobros indebidos. El juez Antonio Sevilla ya había dictado una sentencia, la cual es apelada por el protector que vuelve a presentar una solicitud de juicio ordinario, esta causa se desarrolló en el periodo del 9 de junio 1840 al 4 de agosto de 1840, aludiendo acusaciones graves y basándose en las declaraciones de los miembros de la comunidad que dice:

(...) pero ni el derecho natural, ni el derecho canónico y las leyes positivas, privan los recursos de apelación y los demás de uso y costumbre inmemorial en los autos de Vicita, cuando lo exigen las circunstancias y la necesidad. No obstante todo esto, y para obviar males en un principio, reitera la Protectoría la Declaratoria arriba imputada (...), no puede entablar un juicio ordinario poniendo

debidamente la acusación en forma, como lo previene la Ley del Procedimiento Criminal” (...) protector nota que las relaciones que se han sentado se escriben en papel blanco contraviniendo a la Ley del papel sellado y después se disminuyeren las acusaciones porque acaso no se escriben del modo que deberían ponerse (...) Usía había puesto la precaución de cómo se mira al cura, según la obligación en que Usía mismo puso en los fieles preguntándoles, que bajo pecado mortal debatiesen la vida y costumbres de los señores curas. Para evitar pues en tiempo estos inconvenientes (...) ruega a la integridad de Usía se mida resolver lo implorado en juramento (1840, 1)

Como se deduce de este es apartado, los testigos fueron intimidados al momento de la declaración ya que estaba presente el cura Ambrocí y también su abogado el Vicario Capitular del Obispado, señor Mariano Veintimilla, además el juez, como se verá durante el proceso, está inclinado hacia el cura, al decirle que es un pecado mortal debatir sobre la vida de los señores curas. En torno a esto, habría que recordar que el Derecho es un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial, en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza o la fuerza (De Sousa Santos 2009, 56).

La resolución de este conflicto, desde la visión del juez, debía prevenir nuevas acusaciones contra otros párrocos que estaban en la misión de controlar a las poblaciones de indígena, siguiendo el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana en la cual se “ nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente abyecta y miserable” (1830) ,bajo esta perspectiva, los párrocos debían tener un apoyo por parte de la justicia ya que servían a los mismos intereses del Estado: controlar y someter a los indígenas, quienes pudiesen ver en los ideales de la naciente república, y la ley contra el maltrato su propia liberalización de los amos terratenientes y de los párrocos, situación que contravenía a la cosificación del indígena como herramienta de trabajo y a través del tributo como una renta fiscal importante.

Si bien se había creado la ley contra los castigos corporales hacia los indígenas, la mayoría de hacendados no las cumplían y de igual manera los curas⁶ que veían a los indígenas como seres que debían ser ahorrados a la fuerza constantemente, todo esto bajo el apoyo de un régimen Colonial que mantuvo esta violencia por trescientos años, las leyes jurídicas establecidas por el Estado entran en discusión con estas normas consuetudinarias que sin ser legales, ya que no constan en los códigos, siguen presentes en las acciones sociales. Esto demuestra que la identidad del indígena no ha cambiado hacia la del ciudadano, sino que sigue perteneciendo a una *clase inocente abyecta y miserable*, una clasificación jurídica que lo pone en desventaja, y que justificaría que se guie y amenace para conseguir la verdad en la confesión.

Continuando con lo expuesto anteriormente por el Procurador al señor Juez, éste último responde:

(...) Si fue citado para el acto de la visita afín de que se esclarecieran algunos hechos, no habido para que se forme un juicio contencioso, porque el juicio de visita⁷ es puramente correccional según los cánones. Es una falsedad injuriosa a la autoridad, asegurar que se desfiguran los hechos y se disminuyeren los crimines imputados; respete pues la verdad y absténgase de semejante lenguaje (...). Si quiere continuar representando algunas otras quejas, puede hacerlo, teniendo presente que los apuntamientos en papel blanco, solo sirven para fines presentes al tiempo de dictar las providencias; más no para que obren en el expediente que debe elevarse al poder Ejecutivo (1840, 2).

Dentro de la declaración expuesta, están los recursos que tiene el Juez como el artilugio para esconder ciertos testimonios en papel en blanco, esto quiere decir que los testimonios que han dado los acusados, o las solicitudes que hace el Protector han sido tomadas, pero no contienen las firmas del notario y el Juez, por lo tanto, no se toman en cuenta en el proceso.

Este procedimiento busca, sin anular la causa, disminuir la intensidad de la acusación.

Dicha trama jurídica denota que un juzgado puede ser, un espacio de control simbólico del conocimiento. Las pericias que proporciona los fiscales, o en este caso el Protector al juez, lo que

⁶ En torno a esta aseveración, se puede observar que hay otro caso similar sobre el abuso de un capataz a un indígena al cual le dio garrotazos, asimismo la sentencia es correctiva y de un año. Este caso se encuentra en la Serie criminales, caja número 263, expediente 8.

⁷ La visita consistía en una inspección de la labor administrativa de los servidores públicos

le muestra, queda siempre a disposición del representante del soberano para ser usado o derechamente desechado. Si bien ante una decisión incorrecta se puede recurrir a la nulidad o algún otro recurso ante el superior jerárquico, finalmente el pronunciamiento último sobre la materia dependerá del juez. Como lo indica Sánchez Botero (2014, 179) “Un grupo tiene poder sobre otro solo si puede aplicar un tipo de control a las acciones de los miembros del otro grupo, para que este actúe como lo desea el grupo externo que pertenece a una sociedad distinta”. Por lo tanto, la hegemonía del poder está en los jueces quienes influyen en los testigos o mediante artilugios desestiman las pruebas que consideren no ayudan a la decisión que ya tienen en mente. El peso de la mayoría tampoco ejerce una presión sobre la toma de decisiones; en este caso existe la denuncia de 82 indígenas de la comunidad del Valle en unión de tres caciques quienes en conjunto no representan un testimonio valorable en comparación al único del cura párroco.

De igual manera, las pruebas que son presentadas por el Protector indican otros delitos que son agravantes, por los cuales el párroco no es procesado ni se toman en cuenta al momento de la sentencia final. Un documento que pide el Protector es una nota que escribió el cura José Antonio Ambrocí para el Gobernador, en el que solicita cobrar los días de salario a sus parroquianos. Este documento está en la curia, pero no es entregado, por lo tanto, se pidió al señor Gobernador una copia de la nota para que pueda ser franqueada y presentada en el juicio.

El gobernador hace entrega de la nota que dice “Elevé a su conocimiento dicha superior disposición al Gobierno y en comunicación particular me dice que satisfaga dicha cantidad del cobro a los salarios atrasados a ochocientos treinta y nueve, de que le son deudores los indígenas; estos se oponen a su pago y no teniendo ya como obligarlos lo pongo en conocimiento de Usía para que se digne providenciar lo que fuere a su sugerencia” (1840, 4).

Finalmente, con las pruebas recogidas el Protector presenta la denuncia en la que expone otros agravantes:

El protector a nombre de sus enemigos se querrela criminalmente contra dicho párroco acusándole las infracciones de leyes vigentes, cuya transgresión ha cometido en diversas épocas en agravio de

los indígenas de esta doctrina valiéndose de varios instrumentos; el maltrato de ellos sin más motivos que el lado fatal que a veces persigue a los hombres.

Le acusa en primer lugar haber azotado varias veces y a distintos indígenas y a algunos cruelmente quebrantando la Ley que prohíbe dar azotes a los ecuatorianos (...).

Le acusa haber transgredido la Ley de aranceles mandando cobrar otros diezmos, cuales son los salarios según se comprueba de la copia contenida por esta gobernación (...) ha cobrado diezmos por los entierros en tiempos de peste como ha sido el sarampión y viruela = se han exigido vicios personales de los indígenas y no se les ha pagado como tampoco a los pongos y pongas⁸ (...).

Le acusa de haber vivido con escándalo en la casa Parroquial con una mujer a presencia de muchos de sus feligreses por no decir de todos (...).

(...) Solicita el Protector que se le administre una información sumaria sobre lo expuesto, recibiendo declaración de los testigos que presentare y examinando el expediente (...). Es Justicia lo que pide el protector en debida forma (...).” (1840, 6).

En esta denuncia se muestra las tres acusaciones por: maltrato, cobros indebidos y adulterio.

Siendo la más escandalosa la del adulterio, puesto que la calidad moral del cura se ve seriamente afectada, las otras dos acusaciones el Juez puede justificar, pero el adulterio además de estar está codificado en la Ley penal y canónica tiene una sanción moral social, porque la figura del sacerdote es el ideal de la vida santa a la cual todos los fieles católicos aspiran. En el contexto social del siglo XIX los sacerdotes tenían un nivel superior a las demás personas, con la sotana venía automáticamente una santidad especial que les daba ciertos indultos frente a las leyes, los eclesiásticos podían acogerse a las sanciones del derecho canónico evitando las del Estado. En este caso, el Juez tiene una presión moral y no puede ponerse en contra del cura Ambrocí a quien se lo ve como un hombre de Dios.

Contraria a la posición del Juez esta la del Protector, quien se desenvuelve en el papel de defensor apasionado de los indígenas. Ésta conducta responde al imaginario que ubica a los progresistas representantes de la república, como los redentores de aquella clase subyugada, que eran tributarios y no ciudadanos, una población carente de capacidad de defensa propia y, obedeciendo

⁸ Indígenas destinados al servicio doméstico de las haciendas.

a una implacable lógica derivada de la noción de ciudadanía, la ley les asigna un estatuto jurídico particular: son “personas miserables”, gente que no está en condiciones de ejercer sus derechos (Guerrero 2010, 109). El Estado asumió entonces la función de representar a estas personas instituidas como indígenas y determinó: “en todos los asuntos civiles o criminales que se promoviesen entre indígenas o contra ellos (...), se actuará por ellos y en favor de ellos” (Índice del Registro Oficial de la Republica de Colombia: 1828- 1829; en (Guerrero 2010, 110). Para cumplir dicha función se precisó de un complejo aparato de “protectores”, de agentes de intermediación entre los indígenas y los poderes públicos. El Protector adjudicado a este caso, sigue fielmente el papel de defensor de los indígenas y con todas las ideas de la separación de poderes, igualdad jurídica para todos los ciudadanos, las contraposiciones entre grupos sociales construyen un discurso que comulga con el Estado liberal, pero que persigue la misma construcción identitaria del indígena, como el ser humano maltratado y violentado, la única posición en la que es visibilizado.

A la denuncia presentada por el Protector el Juez solicita una individualización del tiempo en que se cometieron los delitos. El procurador dice que:

(...) los excesos que ha cometido el cura han sido tantos y en diversas épocas casi desde su ingreso al Curato y por poco tiempo se condujo bien, no puedo en la primera acusación individualizar el tiempo en el que se cometieron, y los nombres de los ofendidos (...) hecho acuerdo alguno de sus castigos, ha resultado Agustín Uchuarí, fue azotado el domingo de renovación en el mes de agosto de 1837. Rosa Lima el día lunes cinco de abril de 1839, fue estropeada con riendasos y pisada con el caballo en que estaba montado el Cura. José Lorenzo Mara el domingo 8 de octubre de 1839, sufrió patadas. Juan Crisontomo Chamba el día martes 21 de abril de 1839, fue azotado. Tiene usted cumplida la disposición del respaldo que se ha hecho respondiendo a la anterior solicitud (...) (1840, 7).

En respuesta a estas declaraciones, el juez indica que “En el juicio de visita, ha sufrido el Párroco la pena correccional de tres meses, por los castigos hechos a los feligreses y como ninguno puede sujetarse a dos juicios y a dos penas por el mismo hecho. Se repele la presente solicitud con noticia del Párroco para que este instruido de esta providencia” (1840, 7) .

La petición de individualización de los testimonios por parte del Juez, es una estrategia para dificultar el oficio de la defensa, estas anomalías burocráticas identifican la autonomía que tienen los jueces y los juzgados al momento de llevar un caso. A pesar de que las pruebas son presentadas, el Juez desestima los testimonios e indica que ya se estableció la pena correccional y no se puede dar dos penas por el mismo hecho, hay un corte en el diálogo de trámites entre el Juez y el Protector que termina en una afirmación tácita sobre la pena que ya se dictó, la respuesta del Juez demuestra la autoridad que posee dentro de la esfera judicial, siendo la sentencia dada inapelable pese a las insistencias del Protector.

El defensor de los indígenas continúa insistiendo y explica que al momento de tomar los testimonios de los testigos lo hicieron frente al párroco por lo cual tuvieron miedo de hacer las declaraciones, también apela a los derechos de los ciudadanos. Siguiendo con las exposiciones, el procurador quiere que los testigos sean interrogados para tomar las declaraciones nuevamente. Para “Entonces si poder fallar y formar un concepto verdadero de todo dejando contentas a las partes porque se les ha oído se les han admitido sus pruebas, y se ha sentenciado como pareciere a Usía justo” (1840, 8).

Posteriormente, el cura Ambrocí declara que todos los indígenas son enemigos suyos y que algunos han discordado en el número de azotes, a lo cual el Protector dice que esa declaración es frívola y sirve de pretexto para que se invalide todos los actos y que la declaración de los indígenas no sea válida, sin embargo, un solo azote basta para que se haya violado la Ley. En cuanto al punto de que todos los indígenas son enemigos del cura. El Protector dice que “al declarar todos un hecho, y admitiendo presunciones, es ya suficiente para que haya un fundamento sobre el que recaiga la sentencia”. Y para aclarar estos puntos solicita al Juez que “se sirva señalar las horas oportunas para las declaraciones a fin de que pueda tener prontos a los testigos, como son varios y viven lejos, vendrían a quedar sin pruebas (...) es justicia que se pide en Loja” (1840, 8). Ante estos reclamos el juez Antonio Sevilla responde que “puede presentar testigos, siempre que no sean del número (...) porque según las Leyes es inadmisibile la exposición de estos” (1840, 8).

Después de revisar la Ley de Procedimiento Penal y el Código Penal, no encontré ningún artículo que haga referencia al número mínimo de testigos que se pueda recibir en el juzgado. Estos puntos quedan a disposición del juez, quien ha dejado claro que no desea tomar nuevamente las declaraciones, obviamente para no inculpar más al sacerdote acusado, puesto que aparecerían nuevas evidencias que no podrían ser ignoradas y más aún cuando la causa llegó a los oídos de los progresistas defensores de las doctrinas republicanas, quienes buscarían la oportunidad para apelar la laicidad del Estado y la necesidad del fortalecimiento gubernamental separado de la iglesia católica, aunque ignoren la incompatibilidad de las políticas liberales y el modo de producción económico.

Frente a los escollos para presentar los testimonios de los acusados, el Protector advierte otras inconsistencias mediante las cuales trata de evidenciar el encubrimiento de la “justicia” al párroco. Existen unas declaraciones que han sido eliminadas, en las que están involucrados el cura Ambrocí, el cura Lozano (párroco encargado) y el indígena Juan Francisco Venites, en el cual se relata un hecho “que habiendo venido otro le dijo al cura que estaba sindicado por sus feligreses de que los maltrataba y que era mejor que se retirase a su cuarto, y entonces Sor Lozano le echaron las ayudas al indígena Juan Francisco Venites” (1840, 10).

Por lo que se puede revelar, el cura Ambrocí estaba en compañía del párroco suplente Lozano, llega Juan Francisco Venites y le acusa a Ambrocí por el maltrato que les daba. ¿Por qué mandan al cuarto al cura Ambrocí, mientras Lozano “echan ayudas” a Juan Venites?, deduzco que el cura Ambrocí se sobresaltó frente a estas acusaciones y tal vez quiso agredir a Juan Francisco Venites. Esta escena demostraría el carácter violento del sacerdote acusado, al eliminar esta declaración se descartaría un testimonio importante. La poca claridad relatada por el notario en este documento, se debe a que al momento de entregar las copias de los borradores certificados hay palabras borradas que complican la coherencia en lo sucedido.

Si bien no hay un impedimento al acceso de la información, se trata de preservar ciertos márgenes de autonomía institucional sobre estas prácticas en las cuales los agentes, descartan evidencias o borran partes de testimonios, además el notario transcribe sin el afán de crear una coherencia, contribuyendo al ejercicio del poder centralizado en las subjetividades del Juez. Al respecto,

resultan oportunas las propuestas que realiza Claude Giraud (2007, 92) sobre el ejercicio del secreto de las instituciones y en las organizaciones.

De acuerdo con este autor, el secreto es ante todo una práctica social, y como tal reveladora de formas de acción política, de relaciones de autoridad y de poder en los espacios estructurados por reglas que entraña, al mismo tiempo, la idea de la protección de un conjunto social frente a la amenaza, imaginaria o real, del exterior. En la misma dirección, Giraud observa que el secreto es un recurso que permite a una “comunidad” moverse de manera independiente, dejando fuera al Estado. Este caso muestra una esfera judicial que es independiente en el ejercicio del poder, consecuentemente a esta estructura se centraliza las decisiones en la figura del Juez, quien otorga justicia parcializada a sus subjetividades; aunque haya un código nacional sobre la ejecución de las penas y el procedimiento penal, la acción jurídica depende de cada juzgado.

En fin, la autonomía de los juzgados y las acciones que se dan para mantener esta reproducción de poder como el secreto, la desestimación de pruebas y testimonios, el borrar declaraciones, evidencia una débil autorregulación entre las instituciones del Estado, siendo la administración de justicia la más endeble, puesto que las leyes progresistas no forman acciones sociales, son las disputas de un contexto social específico las que producen las leyes, y la administración de justicia de inicios del siglo XVIII continúa con las mismas prácticas coloniales, aunque con diferentes normas escritas. Un rasgo central del sistema de reglas es su capacidad definitoria, es obvio que, la legislación, la aplicación de las leyes y de decisiones judiciales consisten en buena medida en definiciones. Como indica Krotz (2002, 32), una ley describe con precisión situaciones, actos, condiciones, ámbitos de competencia, instituciones, cargos, requisitos de validez; la legalidad de un acto dependen de que existan, se usen y se apliquen determinados requisitos y referencia a actos y textos; la decisión de un juez suele implicar una serie de cuidadosas clasificaciones y ponderaciones. Como todas las definiciones, seleccionan una cierta parte o aspecto de la realidad, pero también desconocen las otras partes de esa misma realidad.

Ante las pruebas expuestas por el Protector contra el cura Ambrocí y las negativas del Juez para tomarlas en cuenta, el Protector Arévalo critica la sentencia de tres meses que se dictó contra el párroco y señala que:

(...) con agravio de nuestras leyes civiles que demandan otras penas, solo se le castiga al Cura del Valle con tres meses de suspensión para que vuelva con más fiereza a saciar su venganza en los infelices Indígenas. Es cierto que conservando la carta fundamental de la República el preso eclesiástico, los que gozan son también Ecuatorianos, y sus deberes son: obedecer las Leyes; porque él está en igualdad ante la ley, es el derecho sagrado de todos los asociados: De aquí es, que aunque no pueden los Eclesiásticos ser distraídos de sus Jueces naturales en ciertos delitos y en sus causas comunes, pero la obediencia de las Leyes del Ecuador sin prohibiciones comprenden sin excepción a todos los presos. De otro modo las Leyes que ha decretado y decretase el poder Legislativo, serian solo para los seculares, y se destruiría el orden de la sociedad y la Ley del procedimiento civil acordada para la Convención del Ecuador (...) Los eclesiásticos deben sufrir por sus delitos tanto las penas civiles cómo las canónicas (1840, 12).

El nacimiento de la república del Ecuador trajo consigo nuevas ideas que se habían gestado en la teoría política europea; Voltaire, Montesquieu, Locke habían abogado por una sociedad organizada vinculada a la separación entre las instituciones del Estado y las organizaciones religiosas. Las teorías liberales y republicanas coincidían en que el Estado debía manejar las esferas civiles y administrativas, que habían estado en manos de la iglesia católica. Pero el naciente Estado no tenía la fuerza para ejecutar esos cambios, había una desarticulación y dispersión del poder entre precarias alianzas de terratenientes seccionales, vinculados a caudillos militares que controlaban el gobierno. Mientras el Estado ejercía celosamente sus funciones de “Patrono”, normando cuestiones en torno al culto o la administración de poblaciones, se iba gestando un enfrentamiento político-religioso. Los grupos de intelectuales que se unieron al gobierno con ideas progresistas, reclamaban las prebendas que aún tenían los eclesiásticos frente a la justicia, y para los cuales el derecho estatal no podía ser aplicado a cabalidad, puesto que los eclesiásticos se regían a los ordenamientos del derecho canónico.

Siguiendo a lo expuesto, nace la interrogante ¿El derecho canónico penal es diferente al derecho penal estatal? Primero, *el fundamento del derecho canónico penal es la restauración de orden jurídico lesionado* (De Reina 1969, 5), lo mismo es para todo derecho penal, la necesidad de proteger el orden jurídico social, lesionado por el abuso de la libertad humana. Sin embargo, la restauración del orden social tiene otro sentido en el derecho canónico, así, en la Iglesia, el daño

social producido por el delito no solamente consiste, como en el Estado, en la perturbación de la tranquilidad, sino más bien en el escándalo ocasionado a los fieles. Como lo indica Víctor de Reina (1969, 6), la reivindicación social, intentada a través de la pena eclesiástica, se dirige en primer término a reparar el escándalo y de este modo, restaurar el orden social, favoreciendo así la santificación de toda la sociedad. Por otro lado, la iglesia no estaba en contradicción con los delitos codificados por el Estado, a lo cuales reconoce, sino también están los delitos contra los preceptos católicos en los cuales tiene jurisdicción para condenar o mejor aún guiar con misericordia.

Finalmente, con respecto a las penas y sanciones en derecho canónico se derivarían para la restauración del escándalo, la enmienda del delincuente, y por último el retiro del individuo de la comunidad mediante la excomunión.

Es evidente entonces que el objetivo restaurador del orden social es el mismo para el derecho canónico y secular, pero no lo es la sanción, puesto que el derecho secular ve las acciones de desorden social como delito y lo castiga, mientras que el derecho canónico guía al pecador. De los planteamientos anteriores se puede identificar un problema de falta de delimitación entre las nociones de delito y pecado. Si bien la sociedad de la época conoce lo socialmente aceptable, y la justicia punitiva actúa en función de ese conocimiento. Como indica Carlos Alberto Garcés (56) la tradición normativa de la cultura europea moderna debe entenderse como parte de una revelación, de un lado, proveniente de unos *corpos* jurídicos y por el otro de la biblia religiosa. Dentro de este esquema, el ordenamiento jurídico reside, en última instancia, en la figura de un *Deus legislator*, responsable de toda ordenación. Desde el siglo XVII se intentó en Europa delimitar delito y pecado, como parte de una distinción más amplia entre religión y derecho, mientras las prácticas represivas hispanoamericanas no participaron de esta discusión teórica hasta el siglo XIX. Ambas nociones conviven permanentemente y la persecución de algunos delitos solo puede surgir a partir de esa confusión. Bajo esta perspectiva, se hace difícil delimitar el terreno de muchas conductas, por ejemplo, los delitos contra la religión o algunos considerados contra las buenas costumbres. En definitiva, de la noción del delito como pecado, como desafío al *Deus legislator*, surge necesariamente la represión de cualquier acción que pueda socavar la base cultural de estas sociedades.

En el marco de las observaciones anteriores, la postura del protector Arévalo, desde el derecho secular, es la ejecución de la pena correspondiente al delito del cura Ambrocí y reprocha diciendo que “(...) en esta visita no se ha observado esa energía e imparcialidad que debe tener un Juez, y en la causa de los males que deplora la sociedad. El Sor Provisor es virtuoso, y un excelente eclesiástico, no puede negarse, pero manifiesta cierta pusilanimidad que es contraria a la Administración de Justicia, especialmente en unos asuntos tan graves” (1840, 15).

Mientras el Sor Provisor, Mariano Veintimilla, observa desde el derecho canónico el delito/pecado, por ejemplo, el adulterio con una sanción del retiro de las funciones sacerdotales, por un tiempo, hasta que reflexione sobre sus pecados. En consecuencia, la severidad de la sanción es distinta, siendo la del derecho canónico más suave, este punto es el que cuestiona el protector Arévalo, puesto que al refugiarse los delincuentes eclesiásticos bajo las penas del derecho canónico, saldrían impunes de sus delitos y se encubrirían bajo la protección que les da la iglesia a sus funcionarios, que siguiendo a los presupuestos de evitar el escándalo en los fieles ocultan los “pecados” de los sacerdotes. Además, la visión republicana sobre la igualdad de derechos para todos los ciudadanos, incluye a los religiosos quienes deben responder ante las leyes seculares los delitos codificados por el Estado, con el fin de evitar desórdenes sociales por las evidentes desigualdades en el proceso de justicia.

En último lugar de este diálogo contencioso se encuentra la sentencia del Juez Antonio Sevilla que dice:

Al tiempo la visita acusó al presbítero José Ambrocí si sobre muchos hechos; pero no lo pudo justificar y quedaron desmentidos por la confesión de los Indígenas, así es que solo se hizo merito a los que tenían alguna probanza en su favor, sobre los que recayeron las providencias que dicto la Vicaria Capitular, y que han merecido la aprobación del S.E. el Presidente.

Los Indígenas del Valle de Loja tienen una conducta pésima: son muy entregados a la embriaguez y propensos a formar asonadas contra los Párrocos. Muchos antecesores al Presbítero Ambrocí; han sufrido fuertes ataques y se han salvado por medio del auxilio de vecinos de Loja. Ambrocí los ha contenido con reprimendas bastante fuertes; bien que en los últimos tiempos no ha castigado. Sin embargo le pareció al visitador que un Párroco debe llevar una conducta suave con los feligreses; y le pone la pena correccional de suspensión de tres meses. El protector que quería devorar al

Presbítero Ambrocí no se ha satisfecho con esta corrección (...) y que si se resuelve un delito grave, debe seguirse la causa por todos los trámites. Esto es lo que se ha observado en la causa de adulterio se sindicó al Sor Ambrocí. Se formó el sumario a consecuencia del auto proceso y se liberó mandamiento de prisión. El exponente de la Vicaria del Valle había dado al Juez una noción bastante sobre cuanto se acusó al Presbítero Ambrocí; y por lo mismo me parece que la solicitud del Protector es ilegal; mucho más concluido el Juicio. Si el Párroco del Valle reincide en las faltas cometidas, o comete otras nuevas, tendría lugar el reclamo de la Protectoría; más entretanto debe someterse a la disposición del auto de visita que ha garantizado suficientemente los derechos a los Indígenas” (1840, 18).

En esta sentencia final se observa que los testimonios de los indígenas de la comunidad fueron desestimados, porque el Juez encontró incoherencias mientras eran interrogados frente a su agresor, por lo cual son tachados de mentirosos. Los indígenas presentan la denuncia y los funcionarios judiciales estiman que los hechos ocurrieron porque ellos provocaron la situación, ya que tienen una conducta pésima, son borrachos y violentos. Una afirmación valedera que proviene del cura Ambrocí, una afirmación que tiene más peso que los testimonios de los indígenas, las declaraciones del cura todavía se respaldan en la figura simbólica que representa a los sacerdotes como seres humanos virtuosos, incapaces de mentir.

Cabe examinar la construcción identitaria con las que se ha definido a los indígenas, una condición que arrastran desde el colonialismo, como seres llenos de vicios que deben ser moldeados a la fuerza, inculcarles valores se vuelve una tarea difícil para el misionero y sacerdote pues su condición es irracional. Fue este razonamiento el que justificó los maltratos a los que eran sometidos desde la conquista y que en la etapa republicana siguen justificando los mismos actos. La identidad del indígena se relaciona a los intereses políticos de los grupos dominantes, es una identidad maleable, por un lado están los protectores progresistas que los muestran como seres humanos desgraciados, desprotegidos y humillados; por el otro, son personas carentes de valores, propicios a la degeneración. Teniendo estos defectos ¿no está llamada la iglesia y sus funcionarios evitar el desorden social?, este mismo fin persigue el Estado, por lo tanto, el Estado debe apoyar a la iglesia para controlar estas masas y que sigan produciendo réditos económicos para los terratenientes y dando tributo al Estado.

Partiendo de lo que dice el Art. 100 del Código penal “También serán castigados los eclesiásticos y los militares por los delitos y faltas en que incurran por razón de su estado, contra su respectiva disciplina, con las penas establecidas en los cánones o leyes eclesiásticas, o en las ordenanzas existentes que se formaren para el ejército y marina”. El párroco era una persona punible a las leyes ecuatorianas y la pena que se dio al sacerdote acusado no corresponde a sus actos delictivos. En primer lugar, está el delito del maltrato, siguiendo al Art. 481 del Código penal que dice “Cometen fuerza y violencia los que redujeren á esclavitud a una persona libre, y serán castigados con ocho años de obras públicas, y condenados además a satisfacer a la persona esclavizada, los jornales del tiempo que les hubiese estado sirviendo como esclava, los cuales serán determinados por los jueces, a regulación de inteligentes”. El sacerdote había maltratado a los indígenas que servían en la casa parroquial (pongos y pongas) nunca les pago y los lastimaba cuando se enfurecía, en consecuencia al código, el Juez debía otorgar los pagos por el tiempo de trabajo y castigar con ocho años al sacerdote.

Con respecto a la segunda acusación sobre los pagos indebidos del sacerdote, hay una evasión de los tributos que se debía dar al Estado, lamentablemente no se establece en los artículos del Código penal si los eclesiásticos también debían contribuir como los demás ciudadanos, pero si debían pagar a la iglesia los rubros recaudados, por lo cual enfrentaría una sanción para retribuir los dineros obtenidos indebidamente valiéndose del desconocimiento y vulnerabilidad emocional ante la muerte por las epidemias de viruela que terminaron con la vida de muchos miembros de la comunidad indígena.

La tercera denuncia que se realizo fue por adulterio, y es por esta acusación que se juzgó al párroco conforme al derecho secular y canónico. El escándalo que produjo este acto no pudo ser encubierto por la iglesia quien actuó junto al Juez, y en una artimaña jurídica la iglesia decidió separar al sacerdote de la vida religiosa para que en un tiempo prudente expie sus pecados y el Juez dictaminó ese tiempo prudencial de tres meses de cárcel. Con respecto a la codificación del delito de adulterio el Artículo 488 del Código penal señala que:

El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en los casos siguientes: 1° Si ha consentido en el trato ilícito de su mujer con el adúltero. 2° Si voluntaria y

arbitrariamente separa de su lado y habitación a la mujer, contra la voluntad de esta, o la abandona del mismo modo. Si mantuviese concubina en la casa en que habite con su mujer o fuera de ella, con publicidad o escándalo.

Mientras que el Artículo 490 del Código penal indica:

La concubina que un hombre casado tenga en la casa conyugal fuera de ella, con publicidad escándalo, será desterrada del lugar del domicilio de los cónyuges, y veinticinco leguas en contorno, durante la vida de la mujer.

De los artículos expuestos se deduce, la inequidad que existía en la práctica judicial con respecto a los derechos de las mujeres. La noción de mujer en los textos penales, se encuentra relacionada con patrones culturales y sociales predominantes. La tradicional forma de considerar que las cuestiones relacionadas con la familia, el sexo deba estar restringido a la esfera privada, releva al Estado de extender su acción hacia conductas, que pudieran incumbir únicamente a los actores.

Es así que se encuentran normas, que privilegian el concepto de “honor”, enfocadas hacia el reconocimiento que los demás hagan de este valor. La defensa de este valor recae exclusivamente en el hombre quien cuenta con herramientas jurídicas y sociales para hacer prevalecer su condición social. Por honor puede ser considerada como adúltera una mujer que ha tenido relaciones sexuales con un individuo, por una sola vez. Pero este honor válido para el caso del varón ofendido, no es medido de la misma forma si se trata de la mujer, quien ni siquiera puede acusar el adulterio a su marido aunque éste se encuentre en amancebamiento público o lo peor convive con su nueva pareja en el propio domicilio. Lo que me llama la atención es que este tipo de relaciones son social y normativamente aceptadas siempre y cuando no se haga publicidad o escándalo, el interés del Estado y la sociedad es preservar la calma, el ámbito privado familiar se desliga de las normas estatales para regirse por normas sociales y morales, que permiten o reprochan acciones con el fin de preservar una tradición que reproduce la dominación de unos grupos sobre otros, en este tema, a hombres sobre mujeres.

Al mismo tiempo, hay un relegamiento de la vida social pública de la mujer y en consecuencia del contexto económico lo cual la hace más vulnerable para intentar siquiera activar el aparato estatal en procura de exigir sus derechos.

Finalmente, identifiqué que la construcción de la mujer adúltera que se hace en el Código Penal, no la victimiza o la defiende, sino que al contrario la inculpa de todos los delitos, la concubina es quien afronta el destierro, la esposa es culpable por el abandono del marido o de las transacciones ilícitas que él hiciera con otros hombres; es así, que la construcción de la mujer como víctima o responsable del delito se encuentra directamente relacionado con la satisfacción de los valores sociales, mientras este dentro del “deber ser” será una mujer para proteger sino será una mujer para acusar.

En suma, los actos del cura Ambrocí fueron encubiertos por la burocracia judicial y eclesiástica, con el fin de preservar el orden y seguir ejerciendo control sobre las poblaciones indígenas. La apelación del Protector mostró el momento de contienda política, por un lado, estaban los intelectuales progresistas que abogaban por la creación de un Estado sólido que centralice el poder, la defensa de los derechos del ciudadano universalizando a todos los habitantes del territorio en un solo concepto, y por el otro, las facciones conservadoras-terratenientes que continuaban con las prácticas de reproducción económica basada en el usufructo de la mano de obra indígena. Las construcciones identitarias que se han hecho alrededor de los indígenas, la mujer o el sacerdote, denotan el contexto social marcado por desigualdades sociales, estas desigualdades permitían la reproducción del poder político y económico en pro de los grupos dominantes. En el ámbito judicial, los procesos se desarrollaron al interno de los juzgados que se mantenían como entes autónomos, liderados por las decisiones del juez, si bien las codificaciones sirvieron para agilizar los procesos penales, aplicar penas justas para todos los ciudadanos, no lograron cambiar las prácticas de los Jueces que siguieron optando por las motivaciones subjetivas, descartando pruebas o apelaciones, situaciones que no podían ser controladas al no haber un órgano nacional fiscalizador de justicia.

4.4. Análisis de la causa criminal seguida de oficio contra el señor coronel Antonio Uscátegui acusado de la muerte de un sirviente doméstico señor Manuel Menga (1840 Quito)

En este caso es acusado el coronel Antonio Uscateguí por un castigo desmedido a su sirviente dándole azotes por seis días consecutivos que terminaron con su muerte, en 1838. El coronel se presentó ante el Consejo de guerra quien dictaminó una sentencia, en junio de 1839, de un mes de prisión y una multa de cincuenta pesos. Sin embargo, el Fiscal Manuel Espinoza el 4 julio de 1840, pide que se anule la sentencia del Consejo de guerra y se siga un juicio ordinario con una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia. El fiscal expuso la invalidez de la sentencia por haberse juzgado como una falta leve, siendo un delito grave. Además, el coronel Uscátegui era Corregidor de Riobamba al momento de la muerte de Menga, él no estaba en funciones militares sino en funciones públicas.

El fiscal introduce la demanda diciendo que:

El coronel Uscátegui dio un castigo desmedido a Manuel Menga la causa se ha llevado a su fin por disposición de este supremo Tribunal, sin embargo de haberse contado en sumario por la Comandancia General asesorándose por apoyo la inculpabilidad en la muerte nacida de un principio diverso del castigo, e imponiéndose como pena de este la de un mes de prisión cincuenta pesos de multa. Tenemos hoy que esta circunstancia forma un punto capital en la alegación de defensa del procesado, quien se queja amargamente de lo que llama segundo juicio después de haber sido penado con anterioridad, i de haberse concluido así el negocio. Ha protestado el mismo sobre responsabilidad consiguiente a un enorme asentado judicial.

V. E no podía desentenderse del absurdo de que una causa grave por su naturaleza dejare de sustanciarse formalmente, i de sentenciarse por el respectivo Consejo de guerra, ni permitiría un ilegal ensanche a la competencia de los Jefes militares, limitada por la lei a la corrección de faltas leves ; ni abrir el campo a un abuso que fuera harto intolerable desde que se disimulare la anomalía de que la formación de los consejos de guerra pendiese de solo el arbitrio de los comandantes o asesores en el discernimiento de circunstancias para calificar graves las culpas i las causas, en considerarlas leves aun cuando de orden superior se hayan iniciado como graves. No se encuentra en las leyes españolas i ordenanzas vigentes i menos en las disposiciones de la época de la libertad i las garantías, un principio que apoye semejante injusticia o temeridad de que no estén libres las

comandancias, cuya autoridad judicial por el contrario es subalterna sujeta necesariamente a la vigilancia de la suprema corte nacional (1840, 2).

Como puede observarse en lo indicado por el fiscal, existe una justicia militar separada de la ordinaria que goza una serie de privilegios de orden fiscal y personal instituidos desde la colonia, puesto que la profesión de militares era considerada honrosa al exponer la vida al servicio del Rey y después del Estado. Dentro de la contextualización histórica los jefes militares criollos derrotaron a las fuerzas españolas y liberaron del dominio colonial al territorio ecuatoriano, dando así la oportunidad de organizar un Estado independiente marcado en sus inicios por una gran influencia militar, un Estado que en agradecimiento prosiguió con los mismos privilegios, a pesar que las leyes escritas no estaban en la misma dirección de los fueros militares.

En el caso analizado previamente, había retomado el Art. 100 del Código penal que indicaba la igualdad ante la justicia para ser sancionados los delitos cometidos tanto por eclesiásticos como por militares, esto valida lo mencionado por el fiscal, ante un homicidio el coronel debe ser juzgado por las leyes comunes, además el homicidio no fue en un momento de guerra y el Consejo de guerra no estaba autorizado a dar sentencia en una falta grave calificándola de leve. Segundo, el coronel ejercía funciones administrativas como Corregidor de Riobamba a esto el Art 84 de la Constitución dice “La autoridad civil y militar jamás estará unida en una sola persona. Una ley especial organizara el régimen interior de la República, y designará las atribuciones de los funcionarios” (1835). Este artículo indica que una autoridad administrativa, como es el caso de corregidor, no podía ser simultáneamente militar en funciones activas, por lo tanto, el coronel Uscátegui durante sus funciones como corregidor era civil y debía someterse a la justicia pública sin acudir al Consejo de guerra militar.

Siguiendo con lo expuesto, no habría un segundo juicio como lamenta el coronel, el juicio es inválido, en primer lugar, porque las funciones del Consejo de guerra, subordinado al Estado, no se extienden a causas graves como asesinatos, segundo el Consejo examina a los militares en funciones activas y no a autoridades administrativas.

Siguiendo con la exposición del fiscal, recalca que es un tema criminal en el que solo puede intervenir el Estado y dice:

si la acción materia del juicio no se hubiese calificado de criminal por una lei preexistente, siendo muy extraño que, para acomodar este axioma en la defensa, se haya dicho que la acción en el caso de que se trata la muerte natural de Menga: lo ha sido aminora la flagelación seguida de la muerte. Decidir si esta fue violenta i criminal, como se hizo percibir, o natural e inculpable según la excusación del procesado, es obra de grave i delicado juicio que de ninguna manera pudo contarse (...) el sistema criminal no se reduce a solo el objeto de descubrir el autor; abraza también el de excluir en justicia las infundadas exculpaciones con que el reo, quien nunca puede ser desentendido, pretenda sostener no estar su hecho envuelto en crimen i hallarse aclarado como no criminal (1840, 4).

Siguiendo un axioma simple el que comete un crimen es un criminal, el coronel Uscátegui cometió un crimen, es un criminal, siguiendo a esta aclaración el fiscal indica que debe ser procesado como tal a pesar que la defensa lo excluya como autor de la muerte de Manuel Menga y aludan que la muerte fue natural y no consecuencia de los azotes , esta premisa lo eludiría de cualquier castigo penal, sin embargo la justicia no busca solo el autor de la muerte sino la calidad de las acciones que llevan al crimen , en este caso los azotes que causaron daño a Menga siendo un castigo desmedido que duro seis días.

Para calificar que la muerte del sirviente no fue consecuencia de los azotes sino producto de una enfermedad que Menga ya padecía, se realizó la consulta a los médicos legistas doctor Joaquín Núñez y acompañaron a la exhumación del cadáver el coronel Cevallos Urbina y el escribano Ramón Paredes. Con respecto a la consulta del médico legista y la exhumación del cadáver el fiscal indica que:

Los facultativos nombrados para el reconocimiento del cadáver no llegaron a decidir esto en sus exposiciones, ni podían enunciarlo sin haber llevado al cabo el acto de disección, por otra parte, los indicios que tienden a la afirmativa se encuentran contrastados por la ocurrencia de un simultaneo cólico nacido del sedimento de agua que había tomado el paciente. Así que ya es menester prescindir aquí de considerar el delito de homicidio; queda empero el de la flagelación i lejos de

poderse apreciar como leve, su gravedad es harto manifiesta. El fiscal se cree en el deber representar que fue un tormento de sangre horrible como prolongado, del aparatosos número de testigos (ochenta i tantos) pertenecen los más a la clase de los de oídas, los que no son domésticos o dependientes del señor Uscategui comprueban lo dicho, habiendo observado por si mismos el castigo, i otros los vestigios del mismo en el cadáver (1840, 5).

Después de consultarse a los facultativos no pudieron decidir si la muerte era consecuencia de una enfermedad, aluden que Menga tuvo un cólico por agua contaminada que había bebido. El doctor Núñez, ha tomado en el caso una posición neutral, no se ha involucrado directamente en la acusación al coronel, quien por su condición social y militar tiene amistades e influencias que podrían afectar la reputación del médico, pero tampoco ratifica que la muerte haya sido producto de una enfermedad previa, como explica el fiscal la declaración está llena de incoherencias diciendo que: “el reconocimiento del cadáver cuya indebida exhumación se hizo dentro del tercer día de enterrado. De Nuñez se dice en la defensa, que expone magistral i dogmáticamente una multitud de incoherencias, errores i desaciertos, pero es de reparar en una i otro en los citados folios dicen lo mismo sin más diversidad que instrumento contundente, Urbina menciona gangrenado para referir a una enfermedad” (1840, 6). Por lo citado el médico también se sentiría intimidado por la presencia del coronel Urbina quien mencionó que vio gangrena en el cuerpo de Menga, declaraciones que intentan proteger al acusado, al confundir los traumatismos de arma contundente con lesiones gangrenales las cuales denotarían la enfermedad avanzada de la víctima.

Continuando con la presunción de la defensa del acusado, en la cual Manuel Menga murió por una avanzada enfermedad, no eximiría de culpa a Uscateguí puesto que los azotes fueron sangrientos como aseguran los testigos “Los testigos presenciales favorables al acusado dicen que la flagelación fue correccional no excesiva incapaz de causar la muerte “muchos de los latigazos se daban sobre el pilar únicamente , i que el azotado se manifestaba con bastante vigor” según otras declaraciones , fueron despedazadas las carnes del cogido desde el primer de los seis días de la corrección, i fue esparcida su sangre quedando marcadas con ella las betas en la columna” (1840, 6) . Las heridas fueron visibles en la exhumación del cadáver, aunque las quisieran hacer pasar por gangrenas, el pilar estuvo con betas de sangre, los azotes fueron de larga duración, la pena para el maltrato siguiendo el Artículo 467 del Código penal sería de:

Los que voluntariamente y a sabiendas, hirieren, golpearan o de cualquier otro modo, maltrataren de obra a otra persona, siempre que de la herida, golpe o maltrato resultare mutilada, o lisiada en algún miembro u órgano, o cualquiera parte del cuerpo, o alguna enfermedad incurable, a juicio de facultativos, o incapacidad perpetua de trabajar, serán castigados con seis a diez años de obras públicas; y cumplido el término de esta condena, serán desterrados por igual tiempo del lugar del delito, y veinte leguas en contorno.

A los efectos de este artículo, el coronel debió haber pagado una condena de 6 años mínimo y ser desterrado a veinte leguas en contorno, no hay una equiparación cercana a la pena que cumplió de apenas un mes y cincuenta pesos de multa. Durante lo leído en el proceso no está escrito explícitamente si el dinero de la multa fue a las arcas del Estado, del Consejo militar o fue entregado a la familia de Menga, ya que en los artículos del 467 al 476 del Capítulo IV sobre heridas o malos tratamiento de obra, no está tipificada la multa, pero presumiblemente el dinero fue al Consejo de guerra, porque el fiscal pide se cobre la *condena de costas*⁹, el dinero que debería ser resarcido a la familia de Menga y al fiscal como acusador, la Corte suprema de justicia no intervino en el juicio por esto el dinero no fue al Estado, en consecuencia el Consejo de guerra recibió el dinero bajo el artificio de una multa dando a cambio una sentencia mínima.

Con respecto a la petición del fiscal para el cobro de costas, se puede identificar dos situaciones. Primero, los protectores y fiscales generales en los juicios escritos no lo hacían de una manera gratuita recibían honorarios estipulados por los jueces y existía un arancel de cobro por cada acto jurídico en el que participaban, el fiscal sabía qué tipo de juicio podía dar lugar a intervenciones largas y obtener más ganancias, además el cobro de costas elevadas podía ser pagadas por el coronel Uscátegui quien además de pertenecer a un rango militar alto era un hacendado.

En suma, el fiscal siempre obtenía ganancias, al pedir que se inicie un juicio en la Corte suprema cobrando honorarios extra, de ahí el dialogo jurídico entre los defensores del coronel y el fiscal que se prolongó aproximadamente a seis meses, un dialogo que no aportó pruebas a la causa, y

⁹ La condena en costas, es una condena accesoria que impone el juez a la parte vencida del proceso, para resarcir los gastos que ha tenido el vencedor.

fue una retórica de acusaciones personales. Segundo, los reclamos del fiscal general se presentan altruistas ante las causas de personas débiles como lo es Manuel Menga, un sirviente afrodescendiente, no obstante esta acción contiene un carácter político, aminorar el poder de los militares en las decisiones públicas dando mayor presencia a los civiles y el empoderamiento de un partido político de corte liberal, esta situación coyuntural burocrática se da porque el Estado se encuentra fraccionado entre los intereses económicos e ideológicos de los partidos conservadores y liberales, y como se ha evidenciado también una práctica jurídica diversa que se mueve entre los Consejos de guerra, Consejos eclesiásticos, administraciones rurales indígenas con la aplicación de leyes consuetudinarias de tradición colonial que intentan sincretizarse con los nuevos códigos del Estado republicano.

Después de la exposición del fiscal, el coronel Uscátegui con su abogado defensor señor Cosme Salazar, responden:

(...) De cuantos esfuerzos no necesita la inocencia para anonadar el coloso de la calumnia un juicio prolongado por cerca de dos años un proceso de cuatrocientas fojas, ochenta testigos examinados ratificados y confrontados: y la absolución por el responsable fallo del Consejo no han sido suficientes para destruir la obra de la calumnia, (...) sobre la muerte de Manuel Menga, y cuando era de esperarse el triunfo de mi honor; todavía el Sor. Ministro Fiscal encuentra, en las deposiciones de algunos testigos y en el informe de los peritos, un origen abundante de inculpaciones (...). Expone que la muerte de Menga no fue un resultado necesario de la flajelación; más insiste en que hubo rigor excesivo en esta corrección y pide se me aplique una pena que nuestro código ha designado para otros casos (1840, 9).

La respuesta que da el coronel al fiscal es con otra acusación, la de calumnia la misma está tipificada en el Código penal Artículo 499 con una pena de seis meses a dos años, además insiste que el proceso ha sido extenso y ya se ha dictado una sentencia. Con respecto a la pena que dice el coronel no corresponde a su situación, el fiscal expuso que sin tomar en cuenta todos los agravantes el Artículo 468 del Código penal correspondía a la situación del coronel, este mismo artículo fue tomado por el Consejo de guerra para la sentencia que dictó “Corresponde pues el tercer inciso de enfermedad o incapacidad de trabajar por más de tres días sin alcanzar a ocho; es decir la pena de cuatro meses de prisión que es el máximo del respectivo maltrato que en

fuerza de las circunstancias designo el Comandante Gral del distrito, i que se encuentra reproducido por el consejo. Así que habiendo salido ante un mes de prisión el S. Coronel procesado ha debido declarar sujeto a tres más (...)" (1840, 8).

En consecuencia, a lo expuesto el fiscal pide que se complete el tiempo de prisión que determina el artículo 468, los tres meses que faltarían y el pago de las costas, de tal manera que se cumpla a cabalidad lo escrito en el código, sin las interpretaciones subjetivas que tuvieron los oficiales del Consejo de guerra. En relación a este punto, el coronel expuso que la ley en que se basa el Consejo de guerra es substancial y por lo tanto es la misma que la ley ordinaria al mismo tiempo considera que el tribunal militar es mejor y con más antigüedad diciendo que:

Por consideración a esto, es que aun en el sistema colonial la clase militar disfrutaba en cierto modo, de las ventajas del Jurado en sus juicios criminales; un solo tribunal y una sola instancia han decidido de la suerte de los Militares; pero no un tribunal formado de eminentes jurisconsultos, ni de sabios Publicistas; sino de Gefes capaces de conocer las leyes penales, y de discernir si el acusado es o no culpable, mejor dicho si consta del delito, si ha sido cometido por el acusado, y si este ha procedido deliberadamente y con intención de cometerlo: la ley ha reposado en la rectitud de estos Jueces (...)" (1840, 11).

"Nuestro sistema criminal, parece no haberse separado mucho de tan saludable institución; la ley de 11 de agosto de 1823, la primera que ennoblecó en Colombia las Cortes Marciales, atribuyo por su art. 5. A estos tribunales el conocimiento de todas las causas del fuero Militar, que por las Cédulas y Ordenanzas Jenerales, correspondían al Rey, o al Supremo Consejo de la guerra: al que solo le atribuye la Cedula de 12 de Febrero de 1816, el examen de las sentencias de los Consejos de guerra de Jenerales, con prevención de que no pueda alterarse la sentencia: sino fuere de muerte, degradación o deposición de empleo (...). Disposición que no parece derogada por la ley del 11 de agosto del año siguiente de 1824, que, al organizar los tribunales militares en primera y última instancia, no ha querido desviarse de la practica anterior (1840, 12).

El coronel alude a la antigüedad y supremacía que han tenido las Cortes Marciales, en la colonia la Cédula Real les permitía ejecutar procesos judiciales sin que nadie pueda cambiar los juicios sentenciados. El cuerpo militar tiene un proceso evolutivo en el desarrollo institucional, desde la Real Audiencia al Estado Republicano para llegar a tener una administración militar paralela a la civil aunque mucho más poderosa y organizada, con una particular jurisdicción disciplinaria,

penal y civil, con su propia organización industrial, (fábricas de armas, astilleros), sistemas de enseñanza y administración financiera. Como se ha expuesto, era una institución con mayor estructura burocrática, judicial, en el juego de poderes de organización estatal esta esfera tenía una gran influencia. En consecuencia a esto, las ordenanzas militares no tenían la necesidad de respetar costumbres arraigadas, o posteriormente nuevos códigos legislativos, y de ser necesario podían anular todos los antecedentes y disipaciones que se opusieran al espíritu fundador de disciplina y honor. En definitiva, es el propio legislador militar el que a la luz de la razón, asume la condición de creador e intérprete de todo lo jurídicamente articulado. El antecedente que dio poder judicial a los militares, fueron las ordenanzas dadas directamente por el Rey Carlos III en 1768, las cuales otorgaban fuero militar tanto a los que encontraban en servicio activo como a los que ya se habían retirado. Es evidente entonces que los ejércitos de los recién estados independientes (Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú) continuaron con la organización española inspirada en las ordenanzas y siguieron gozando de las prebendas hasta un siglo después.

Con respecto a la ley de 1823, resaltada por el coronel Uscátegui, es una ley dictada por el Congreso de la República de Colombia, en la que se ordena la creación de una Corte Marcial en Bogotá, la cual pasaría a ser el Tribunal Supremo de lo Militar, donde se decidirían y terminarían todas las causas de y contra los militares y de la cual dependerían todos los juzgados subalternos que son los Consejos de Guerra. Como lo indica Juan Rueda Cardozo (2008, 124) “la Corte estaba compuesta por cinco magistrados, dos abogados y tres oficiales generales del Ejército más un fiscal, un relator y un secretario, nombrados por el Poder Ejecutivo, escogiendo a los abogados y al fiscal de entre los ministros de la Alta Corte de Justicia civil”. Con esto existían dos Cortes, una Civil y otra Militar, pero con los mismos empleados, excepto los tres oficiales militares, a su vez esta Corte constituía su propio reglamento interior y conocería de todas las causas del fuero militar. Un año después se dispuso que el conocimiento en primera instancia de todas las causas sobre delitos militares o comunes cometidos por individuos de la tropa, desde soldados hasta sargentos, iniciarían con un Consejo de guerra ordinario. Desde mi perspectiva, la creación de esta Corte Marcial muestra una táctica política que tuvo el Gobierno colombiano para interferir en los procesos judiciales del ejército, al crear la Corte Marcial el Estado colombiano dota de poder a los militares pero la administración burocrática es eminentemente civil al igual que la cúpula de magistrados que son elegidos por el poder Ejecutivo.

En suma, el objetivo del coronel Uscátegui al citar las ordenanzas que rigieron en la colonia y la ley de 1823, es mostrar que los militares siempre han tenido sus propios espacios de legislación jurídica, la cual tiene una tradición más antigua que el Estado liberal y señala que “Muy extraño sería que en un gobierno liberal y filantrópico, no tenga el acusado absuelto la misma seguridad, que tenía en tiempo del despotismo, y que en la ilustración del siglo 19 haya empeorado lejos de mejorar; el sistema criminal de los siglos anteriores” (1840, 13), lo que quiere decir que las políticas del Estado liberal ecuatoriano de 1840 no cumplen con sus ideales de libertad, igualdad y justicia. Por otra parte, las leyes que constituyen a los Consejos de Guerra y la Corte Suprema de Justicia son los mismos, de ahí la creación de la ley colombiana de 1829 y el trabajo conjunto de civiles y militares, de igual manera la ejecución de las sentencias y la aplicación de los códigos penales son los mismos ya sea en las Cortes de justicia ordinaria o en las Cortes de justicia militar, en tal sentido sería absurdo lo que pide el Fiscal Manuel Espinoza puesto que la sentencia sería la misma en una Corte u otra. A pesar de los presupuestos teóricos que avalan la igualdad de la ley en cualquier espacio, existe una realidad en la que los hechos graves son menoscabados para resguardar el honor de los militares y más aún si estos pertenecen a la cúpula del ejército, finalmente esto incide en la aplicación mínima de las leyes, sobrepasando las prebendas que tendrían los hacendados, por tal razón el coronel Antonio Uscátegui decidió someterse al Consejo de Guerra.

Volviendo a la exposición de la defensa del coronel, sobre los testigos que lo acusan arguye que:

Cómo podrán serlo Lhuilema, Cardoso, Martínez, y Pilataxi cómplices y receptadores del hurto, y ofendidos por el castigo con que se les conminaba? Desagraciada sería sin duda la suerte del ciudadano si hubiera de buscarse la verdad entre las pasiones, el odio y el resentimiento, los cómplices y receptadores de un hurto fueron testigos hábiles contra el mismo de las especies hurtadas (1840, 15).

(...) los indígenas, Lhuilema y su mujer Josefa Pilataxi exageran también el castigo como resentidos, y Guamán se refiere a ellos, más a pesar de su inhabilidad como interesados, lo son también por su condición, por la que según la ordenanza del Virrey Don Francisco de Toledo el testimonio uniforme de seis indígenas idóneos equivale al dicho de un solo testigo, por la poca firmeza de sus juicios, y por la sospecha de falsedad que siempre hay contra ellos, por lo que los concilios Matisconense y Limense 3ª prohíben competerlos a declarar juratoriamente (1840, 16).

Según se ha citado, Manuel Menga presuntamente fue castigado por hurto, el coronel se defiende diciendo que los testigos que lo acusan son los cómplices del delito, además hubo el testimonio de una criada que vio como lo azotaban cruelmente, de la cual se expresó Uscategui como una criada resentida y sin discernimiento, para invalidar los testimonios de los indígenas que coinciden en la culpabilidad del coronel en la muerte de Menga, éste alude a una ley que se aplicaba en la colonia, la cual indica que para tomar en cuenta la declaración de los indígenas se debe recoger el testimonio de seis que se equipara a un testimonio válido, apuntando a la falta de juicio propio de los indígenas.

Ante la situación planteada se puede rescatar que las acepciones sobre la calidad moral e intelectual de los testigos son parte de construcciones simbólicas que permiten la pervivencia de una cultura hegemónica dominante blanco mestiza, y al mismo tiempo se naturalizan desigualdades al calificarlos de *resentidos*, el odio al amo, *indígenas ladrones*, *mentirosos*, todos estos calificativos menguan la veracidad del testimonio, no existe en la Ley de procedimiento penal ningún artículo que estipule lo citado por el coronel, todos los testimonios son recogidos por el escribano de manera igual, sin embargo, existen todas estas representaciones simbólicas que invisibilizan al indígena y que están internalizadas en toda la sociedad. En efecto, la referencia del coronel a esa ley colonial no es atemporal, es un recordatorio a todos los actores judiciales sobre quiénes son los testigos.

Siguiendo con el discurso del coronel alude que el castigo que dio a su sirviente no fue severo y dice “(...) pero esto no arguye severidad ni rigor en el castigo pues la cutis de los negros doblemente más gruesa se rompe al cuarto o quinto golpe de látigo, y con todo la pragmática sobre esclavos faculta a los amos para que puedan hacerles hasta veinticinco látigos por cada falta” (1840, 16). De nuevo la atemporalidad de la leyes que Uscátegui cita, demuestran que los castigos esclavistas continúan a pesar de que la ley penal castiga esos hechos, se puede entrever que los demás hacendados continúan con dichas prácticas, por eso es tan natural para el coronel el deber castigar para enseñar, y continua diciendo “El finado Menga no era un extraño para mí ; sino mi doméstico, yo era su amo y como tal autorizado para castigarlo y corregir sus faltas, sin esto no se encontraría orden, seguridad, ni moralidad en los domésticos” (1840, 17). Es

reglamentario que el amo castigue al esclavo con el afán de reprimir los instintos violentos propios y producidos por el rencor de estos grupos, el fin del amo es más grande mantener el orden en la sociedad, enseñar valores que los sirvientes no tienen.

En relación a este argumento, los azotes son una herramienta necesaria “Queda solamente el castigo de azotes que no se ha graduado de criminal ni tiene una pena detallada por el Código, que no puede ratificarse de delito porque falta la malicia, la premeditación, y la intención de dañar, y porque lejos de causar un mal, procura un bien positivo del escarmiento en los criados y domésticos” (1840, 18). Atrás de las consideraciones de responsabilidad moral de amo, y las obligaciones de resguardar el orden, existe un interés económico sobre los sirvientes para que sigan trabajando y no puedan irse de las hacienda a esto se lo denomina la adscripción que “define una condición social y señala una población, como dice el reglamento, que está destinada a un fundo: a un espacio de poder privado y patriarcal. Esto quiere decir que el indígena concierto(el trabajador y su familia) que se ha comprometido a laborar en una hacienda, no puede pedir ajuste de su cuenta cuando así lo desee, saldar la deuda en dinero y marcharse de las tierras de un patrón” (A. Guerrero 2010, 253).

En suma, los indígenas eran una población que se hereda, de igual manera los sirvientes afrodescendientes se compran y se venden con la hacienda, la relación de los indígenas con el Estado no es un vínculo directo está mediado por el poder patriarcal del terrateniente y los funcionarios estatales. La cosificación de los sirvientes afrodescendientes y los indígenas no ayuda a que las prácticas de explotación y los castigos desmesurados que muchas veces llevan a la muerte se detengan, el paternalismo junto a las representaciones desvalorizadas de estos grupos sociales siguen normalizando acciones que las leyes escritas no pueden eliminar.

Finalmente, para el 28 de noviembre de 1840 se da una sentencia definitiva promulgada por la Corte Suprema Marcial y aprobada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia doctor José María Arteta y dice:

Vista en consulta por esta Corte suprema marcial la sentencia pronunciada por el consejo de guerra de oficiales Jenerales en la causa criminal seguida de oficio contra el Coronel Antonio Uscateguí,

acusado de la muerte de su sirviente Manuel Menga como dimanada de los azotes que por orden de aquel se le dieron: es de observar ante todo que ha sido una imputación ofensiva al decoro de este Supremo tribunal, lo que se ha alegado por el defensor del procesado y por el Juez fiscal, sobre que se había mandado según de nuevo una causa ya sentenciada definitivamente, sin reflexionar (...) de consiguiente a esta autoridad militar tocaba entrar en el criterio de si debía o no abrir semejante Juicio. Lo que se hace tanto más incontestable a virtud de las razones sólidamente aducidas por el Sr. Ministro fiscal contraído a este punto en su vista de dos de julio último. Por tanto, pasando al escamen de la sentencia se advierte, no está afectada de nulidad, ni de injusticia notoria. No de la primera, porque el inciso tercero art. 100 de la ley orgánica del poder judicial en que se apoya aquel ministerio para negar la jurisdicción en esta causa al mencionado Consejo, no es expreso y terminante: calidad forzosa para declarar las nulidades, reponer los procesos, y exigir la responsabilidad. Es cierto que esta disposición habla de corregidores; mas siendo Jeneral, ofrece la duda de si en ella están comprendidos los corregidores militares. (...). Tampoco es notoriamente injusta la consultada, pues en cuanto al homicidio se halla arreglada a las pruebas actuales de las que no resulta plenamente justificado este crimen; y respecto de la flagelación, no contiene infracción de ley alguna expresa y terminante aplicable al caso. Por estos fundamentos, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, y oído el Sr. fiscal, se aprueba la sentencia pronunciada en este proceso por el consejo de guerra de oficiales Jenerales. Devuélvase.

De la sentencia se concluye que, la ley de 1823 dictada por el Congreso de la República de Colombia se adoptó en el Ecuador, con la intención de no generar una crisis política entre las fuerzas militares y el gobierno, la Corte Suprema Marcial y la Corte Suprema de Justicia estaban al mismo nivel jerárquico, es por eso que la sentencia final aprobada por la Corte militar fue secundada por la Corte de justicia. Esto revela, que el Estado republicano estaba liderado por las instituciones eclesiásticas y militares que ya estaban consolidadas en el ejercicio del poder, la intención del gobierno republicano, bajo de presidencia de Rocafuerte, de organizar las fuerzas políticas y dotar de un poder soberano al Estado a través de leyes, códigos que unificaran prácticas jurídicas amparadas en el Leviatán estatal, no pudo hacerse realidad porque las leyes consuetudinarias, los imaginarios sociales y los intereses económicos contradecían a las leyes escritas.

En este caso, por ejemplo, las leyes coloniales de protección militar seguían vigentes en el ejercicio jurídico a pesar de que el código penal y la ley de procedimiento trataban de abarcar todas estas situaciones agrupando a todos mediante el título de ciudadanos, el silencio tolerante de la república en cuanto a las atribuciones jurídico-política de los Consejos eclesiásticos y militares creó un margen de ambigüedades en cuanto a la validez y la aplicación de los códigos de derecho.

Conclusiones

El trabajo que he expuesto recoge discursos que se relacionan con la creación del Código Penal y evidencian las influencias ideológicas y teóricas. Así mismo, se ha expuesto el análisis de la parte normativa tomando el Código Penal de 1837 y los códigos penales francés y español; mientras que para el análisis normativo se ha incluido la Ley de Procedimiento Criminal de 1839, y tomando como ejemplo de los procesos judiciales, se escogió dos juicios contenciosos, el primero es una causa entre los indígenas de la comunidad del Valle y el cura párroco señor José Ambrocí, el segundo es una causa en contra del Coronel Antonio Uscateguí por el asesinato de su sirviente Manuel Menga.

Del análisis expuesto se plantean las siguientes conclusiones. En primer lugar, hay una similitud entre los códigos penales del Ecuador (1837), Francia (1810) y España (1822), lo cual muestra que la normatividad unitaria, era una herramienta que tenía la burguesía con el afán de construir un proyecto identitario y consolidar una idea uniforme de nación. A pesar de que los juristas liberales habían basado su propuesta normativa en la idea de unicidad, no podía ocultarse las diferencias con la realidad social que rebatía con los códigos europeos transcritos.

En referencia a este primer punto, se denota una falta de experiencia política y administrativa de la naciente república, que creó a principios del siglo XIX la necesidad de adoptar modelos de organización política provenientes de otras revoluciones, y determinó como punto principal el tema constitucional en el debate político, dejando a un lado el discusión y estudio de los códigos que organizaban la sociedad sea en el ámbito penal, de educación o civil. Por lo tanto, las reformas constitucionales y de los códigos fueron más una solución política para resolver las deficiencias de una democracia representativa que abarcaba a una pequeña facción de la población. Cabe indicar, que el discurso sobre la emancipación y producción jurídica, no logró una ruptura con el pasado colonial sino que creó un derecho efímero y limitado para ciertos círculos de poder económico, la selección de los modelos constitucionales y de sus respaldos ideológicos en América hispánica estaba más fundada en la necesidades de legitimación política que en su efectividad instrumental, el problema de la efectividad jurídica de tales modelos estaba supeditado al logro de su efectividad política.

Segundo, se puede observar que existe un influjo ideológico humanista presente en todas las cuestiones del poder, el lenguaje, más que un discurso, es sólo una representación. Alrededor de los discursos se encuentran dos conceptos básicos, el de libertad y el de igualdad, los cuales sostienen ese lenguaje humanista en el lenguaje constitucional y el lenguaje político. Sin embargo, el pensamiento humanista de los independentistas, se muestra limitado, puesto que, la construcción del naciente Estado no incluye replantear poderes constituidos en la colonia; el ejercicio de la justicia sobre las poblaciones indígenas o el ejercicio del poder de la iglesia católica. En Ecuador del siglo XIX, la democracia racial y la inclusión de los indígenas era una estrategia que permitía perpetuar la hegemonía de las elites criollas, además de evitar levantamientos, revueltas, y procurar los esfuerzos en la consolidación de la república y la fortificación del Ejecutivo.

En este mismo sentido, se identifica la continuidad entre el Estado colonial y el republicano que se reproducía en las estructuras sociales heredadas de la Colonia. La proliferación de juzgados que alcancen a todos los ciudadanos, los actores burocráticos judiciales: protectores y traductores, lograban expandir la soberanía del Estado nacional hacia el ámbito de los indígenas, en un proceso que sin duda era fomentado por la racionalidad intrínseca del Estado y la tendencia a la monopolización burocrática del espacio, que consiste en ampliar su jurisdicción hasta cubrir todos los recovecos de la vida social.

En tercer lugar, se puede advertir la influencia de Beccaria y la actitud racionalista de la Ilustración en las sanciones punitivas del código penal. El progreso técnico entrañaba el progreso moral y ello repercutía sobre la dureza de los castigos del régimen colonialista, prácticas que debían ser abandonadas de acuerdo a un nuevo proyecto penal que no solo sería favorable a los individuos y sus libertades sino también a las sociedades y a su gobierno eficiente, mientras que los códigos pasarían a ser los veedores del Estado. Los penalistas ilustrados pretendían racionalizar el castigo, para que actuara a la vez como instrumento estatal y como límite al Estado en protección del ciudadano. En relación a esta tarea se observa la aplicación al campo penal de la teoría del contrato y, en todo caso, un esfuerzo para definir la justificación y finalidad del castigo estatal.

En torno a esta cuestión, Rocafuerte escribió un ensayo sobre las cárceles, donde mostraba que el fin de las penas era rehabilitar a los individuos, todo en afán de recomponer las relaciones sociales dañadas. En consecuencia, el ejercicio penal iba más allá de los fines teóricamente definidos, conducía inevitablemente a la reconstrucción de un orden social quebrantado. En su ensayo, Vicente Rocafuerte hace una evaluación de las estrategias que se utilizaban en las cárceles de Norteamérica y Europa para la rehabilitación de los presos, y sugiere la intervención de la iglesia para lograr el objetivo, pero la iglesia que funcionaba en las cárceles descritas era la protestante mientras en el Ecuador estaba la católica, a pesar de que tienen el mismo objetivo de la salvación, los caminos para llegar a ella son diferentes. El protestantismo inglés del siglo XIX, no requería la compra de indulgencias ni la utilización de esos recursos para la construcción de más iglesias o para el mantenimiento del gran aparato burocrático de la iglesia católica; el protestantismo requería para la salvación una vida ascética, sin pérdidas de tiempo, trabajo y ahorro; cualidades, que como lo mostró Weber (2001), serían las bases para el desarrollo del capitalismo. Esta contradicción comparativa, difiere de la realidad para la cual se hacía las recomendaciones del ensayo, el catolicismo en las nacientes repúblicas latinoamericanas era piedra angular, en Ecuador la iglesia católica controlaba la educación, parte del derecho civil, administración de tierras y estaba presente en las decisiones políticas como parte de la cámara de diputados.

Otra contradicción que revela este punto es la alusión de las ventajas del sistema liberal, habría que recordar que el sistema liberal propugnaba la separación de los poderes y la laicidad del Estado, pero ¿Cómo separar a la iglesia de la educación y de las esferas públicas, si se sugería su presencia total en la vida carcelaria? Se debería observar el contexto general, la iglesia no podía ser separada de la vida social y política, a pesar de los ideales liberales de Rocafuerte, aunque quisiera seguir a Voltaire o Maquiavelo; él reconocía que para la unión republicana requería de una máquina de ejercicio del poder que ya estaba instaurada, la iglesia católica llevaba más tiempo administrando poblaciones que el Estado, ella era el verdadero Leviatán, mientras que el Estado republicano para 1837, era una continuación del régimen colonial fragmentado entre la reforma y la tradición.

En un cuarto punto, se puede identificar la máscara de igualdad y protección que se esconden atrás de ciertos artículos penales y procedimentales, los cuales aparentemente resguardan el honor y la reputación de los ciudadanos, quienes protegidos por un Estado soberano, crea un código jurídico basado en la disciplina, y paridad de derechos, no obstante oculta procedimientos en los que hay una técnica de dominación por parte de las clases pudientes y por otro lado, del propio sistema de justicia. Por ejemplo, el requisito de pagar una fianza de calumnia previo a realizar una acusación, privilegia los derechos de ciudadanía a las clases sociales adineradas sobre los individuos con salarios de subsistencia.

Un quinto, tema que se deriva del análisis del caso judicial y de la Ley procedimental. Es la figura del juez como un ente neutro en los procesos de aplicación de justicia, lo cual provoca el acaparamiento de poder en una sola autoridad, además estaban influenciados por la escuela de la exegesis; la misma que predominaba en Francia para el siglo XIX, está fue una concepción teórica que redujo el papel de los jueces a simples operadores mecánicos y pasivos de la ley, aplicadores de silogismos y realizadores de subsunciones de los casos a las normas, sin que pudieran aportar nada a través de la interpretación para atribuir significados normativos. En este mismo sentido, el juez se movía dentro de una esfera judicial independiente, puesto que era él quien otorga justicia parcializada a sus subjetividades; aunque haya un código nacional sobre la ejecución de las penas y el procedimiento penal, la acción jurídica dependía de cada juzgado.

También, se puede observar la construcción identitaria del indígena en relación a los intereses políticos de los grupos dominantes, siendo una identidad maleable; por un lado están los protectores progresistas que los muestran como seres humanos desgraciados, desprotegidos y humillados; por el otro, son personas carentes de valores, propicios a la degeneración. La posición que se muestra en los discursos depende de los objetivos que se quieran obtener. De igual manera, se vislumbra la inequidad que existía en la práctica judicial con respecto a los derechos de las mujeres. La noción de mujer en los textos penales se encuentra relacionada con patrones culturales y sociales patriarcales y machistas.

Con respecto al análisis de los Consejos de guerra se ha evidenciado una práctica jurídica diversa, donde las esferas jurídicas se manejan con prácticas privadas basadas en el derecho

consuetudinario de tradición colonial que intentan sincretizarse con los nuevos códigos del Estado republicano. De igual manera se observa que el sistema jurídico penal ecuatoriano está basado en un sistema de adversalidad entre los funcionarios estatales (fiscal general protectores) y los funcionarios de las otras esferas jurídicas(sacerdotes, militares) que tiene como fin un vencedor sin que el interés final sea el de un proceso de paz entre los involucrados sino que al contrario se aumenta la tensión para ganar la pelea ,además que la impunidad de los delitos sobreponiendo la clase social acrecienta la brecha de una sociedad consolidada.

Finalmente, el aporte de la antropología jurídica a este trabajo ha evidenciado que los acercamientos al fenómeno sociocultural del “derecho” se hace desde afuera, de tal manera que la esfera de lo jurídico es vista como un aspecto de la realidad social, como un aspecto cultural a diferencia de la visión jurídica rígidamente formalista y tecnicista que se concentra en las instituciones oficiales del derecho (códigos, leyes, reglamentos) que si tiene su importancia, pero el fin de la investigación antropológica no es construir modelos de aplicación general, abstrayendo los contextos sociales, sino dar cuenta de la manera en que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos en la cultura y en el poder. Por lo tanto, no se limita el análisis de las normas de acuerdo a la lógica jurídica, a la historia y a la sistemática del derecho, sino que se debe estudiar a fondo los contenidos de las normas, los referentes sociales y culturales, los intereses vitales a los cuales las normas se refiere, y el pensamiento social que en ella se manifiesta.

Lista de referencias

- Abélès, Marc. «La antropología política: nuevos objetivos, nuevos objetos.» *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n° 153 (1997): 15.
- Ayala , Enrique . *Nueva Historia del Ecuador: Época Republicana I*. Vol. VII. Quito: Corporación Editora Nacional, 1983.
- Ayala, Enrique. *Ecuador del siglo XIX: Estado nacional, Ejército, Iglesia y Municipio*. Quito: Corporación Editora Nacional , 2011.
- . *Historia del Ecuador*. Vol. I. Quito: Corporación Editora Nacional, 1993.
- Ayala, Enrique. *Política y Sociedad en el Ecuador Republicano 1830-1980*. Vol. I, de *Política y Sociedad Ecuador: 1830-1980*, de Enrique Ayala. Quito: Corporación Editora Nacional, 1980.
- Balandier, Georges . *Anthropologie politique* . Paris: Presses Universitaires de France , 1967.
- Barrera, Leticia. «La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina.» *Revista Jurídica*, n° 10 (2009): 43-54.
- Beccaria, César. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 2010.
- Bernate, Francisco. «El Código Penal Colombiano de 1890.» *Estudios Jurídicos* VI, n° 2 (Diciembre 2004).
- Bertomeu , Maria Julia. «Algunas observaciones sobre método y sustancia normativa en el debate republicano.» En *Republicanismo y democracia*, de Antoni Doménech, Maria Julia Bertomeu y Andrés de Francisco. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2004.
- Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
- . *El positivismo jurídico: Lecciones de filosofía del derecho* . Madrid: Debate, 1993.
- Castro, Milka. «Los puentes entre el Derecho y la Antropología.» En *Los puentes entre la Antropología y el Derecho: Orientaciones desde la Antropología Jurídica* , editado por Milka Castro Lucic. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad , Universidad de Chile, 2014.
- Causa criminal seguida de oficio contra el Sor Coronel Antonio Uscateguá acusado de la muerte de su sirviente domestico Manuel Menga*. 24 (Corte Suprema, 4 de Julio de 1840).
- Causa de los indígenas de la Comunidad del Valle contra el Cura Párroco* . 18 (Serie Criminales, 9 de Junio de 1840).

- Chiriboga, Manuel. «Las fuerzas de poder en 1830.» *Cultura* (Revista del Banco Central del Ecuador), nº 6 (1980).
- Código Penal de la Republica del Ecuador* . 1837.
- Congreso, Actas de la cámara del Senado del. «Sesión de la noche del veintitres de febrero.» Quito, 1837.
- «Constitución del Estado del Ecuador.» 1830.
- Constitución Política de la República del Ecuador*. 1835.
- Coronel, Valeria. «La última guerra del siglo de las luces: la Revolución Liberal.» *FLACSO*, 2016.
- De Reina, Victor. *La naturaleza del Derecho Canónico*. Madrid: Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1969.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología Jurídica crítica*. Bogotá: Trotta, 2009.
- . *Sociología Jurídica crítica*. Bogotá: Trotta, 2009.
- Domínguez Náñez, Freddy. *Cahiers du CRICCAL*. 2012. <http://journals.openedition.org>.
- Dumont, Louis. *Homo aequalis*. Madrid: Taurus, 1999.
- Foucault , Michel. *El orden del discurso*. Buenos Aires: Letra e, 1992.
- Foucault, Michel. *La tecnologías del yo*. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- . *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- . *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta, 1922.
- . *Nietzsche, la genealogía y la historia*. Barcelona: Pre-Textos, 1988.
- . *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones* . Madrid: Tecnos, 1981.
- . *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002.
- Garcés, Carlos Alberto. *El cuerpo como texto: La problemática del castigo corporal en el siglo XVIII*. Argentina: Universidad Nacional de Jujuy, 1999.
- García Villegas, Mauricio. «Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina.» *El otro derecho (ILSA)*, abril 2002: 13-48.
- Gargarella, Roberto. «Las precondiciones materiales de la vida política. El republicanismo en los orígenes del constitucionalismo latinoamericano.» En *Los valores del republicanismo*, editado por Jacobo Muñoz , 157-180. Madrid: siglo veintiuno, 2014.
- Giraud, Claude. *Acerca del secreto*. Buenos Aires: Biblos, 2007.

- Granja Maya, Roberto. *Análisis Histórico del Derecho Penal ecuatoriano: período colonial*. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1996.
- Guerrero, Andrés. *Administración de poblaciones, ventriloquía y transescritura*. Quito-Ecuador: Atrio, 2010.
- . *Curagas y tenientes políticos: La ley de la costumbre y la ley del Estado (Otavalo 1830-1875)*. Quito: El Conejo, 1990.
- Guerrero, Patricio. *La Cultura: Estrategias conceptuales para comprender la identidad, la diversidad, la alteridad y la diferencia*. Quito: Abya-Yala, 2002.
- Habermas, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989.
- Hidalgo, Angel Emilio. «Regiones elites regionales y proyectos políticos contrapuestos.» En *Política, participación y ciudadanía en el proceso de independencias en la América Latina*, de Guadalupe Soasti. Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Krotz, Esteban. «Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica.» En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, de Esteban Krotz, 13-50. México: Anthropos, 2002.
- Lasso, Marixa. «Un mito republicano de armonía racial: raza y patriotismo en Colombia, 1820-1812.» *Revista de Estudios Sociales*, n° 27 (2007): 32-45.
- Lasso, Marixa. «Un mito republicano de armonía racial: raza y patriotismo en Colombia, 1820-1812.» *Revista de Estudios Sociales*, n° 27 (2007): 32-45.
- Ley del procedimiento criminal*. 1839.
- López-Alves, Fernando. *La formación del Estado y la Democracia en América Latina*. Bogotá: Norma, 2003.
- Maiguashca, Juan. «El proceso de integración nacional en el Ecuador: el rol del poder central, 1830-1895.» En *Historia y Región en el Ecuador: 1830-1930*, editado por Juan Maiguashca. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- Marx, Karl. *El Capital*. Vol. I. México: Siglo veintiuno, 2007.
- Melossi, Dario. *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2018.
- Murra, Jhon. *La organización económica del estado inca*. México: Siglo veintiuno, 1999.

- Noguera, Albert. «La teoría del Estado y del poder en Antonio Gramsci: Claves para descifrar la dicotomía dominación-liberación.» *Nómadas.Revista Critica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº 29 (01 2011): 20.
- Ocampo López, Javier. *El proceso ideológico de la emancipación: las ideas de génesis, independencia, futuro e integración en los orígenes de Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo, 1983.
- Ovejero, Félix, José Luis Martí , y Roberto Gargarella. «La alternativa republicana.» En *Nuevas ideas republicanas*, de Félix Ovejero y José Luis Martí, 11-74. Barcelona: Paidós, 2004.
- Pareja , Alfredo . *Ecuador: Historia de la República* . Quito: Editora Unidad Nacional , 1990.
- Pavarini, Massimo. *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México D.F: siglo veintiuno, 1999.
- Pettit, Philip. «Liberalismo y Republicanismo.» En *Nuevas ideas republicanas : autogobierno y libertad*, de Félix Ovejero y José Luis Martí, 115-136. Barcelona: Paidós, 2004.
- . *Republicanism*. Barcelona: Paidós, 1999.
- Quintero, Rafael. *Ecuador: Una nación en ciernes*. Quito: Abya-Yala, 2013.
- Rocafuerte, Vicente. «Discurso del Presidente de la República en la apertura de las Cámaras Legislativas de 1837.» Quito, 1837.
- . *Ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles*. México, 1830.
- Rouland , Norbert. *Aux confins du droit: Anthropologie juridique de la modernité*. Paris: Odile Jacob, 1991.
- Rouland, Norbert. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France , 1990.
- Rubio, David Sánchez. «Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico.» *Umbral* 1, nº 4 (junio 2014): 105-127.
- Rueda Cardozo, Juan Alberto. «Reformas liberales al fuero militar en Colombia y la Nueva Granada:1820-1857.» En *De milicias reales a militares contrainsurgentes: La institución militar en Colombia del siglo XVIII al XXI*, de César Torres del Río y Saúl Rodríguez Hernández, 386. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- Rusche, Georg, y Otto Kirchheimer. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- Salvador Lara, Juan. «Bolivar y Rocafuerte: unitarismo y federalismo.» En *Problemas de la formación del estado y de la nación hispanoamericana*, editado por Inge Buisson y María Jesus Rodero. Bonn: Inter Naciones, 1984.

- Sánchez Rubio, David. «Inversión ideológica y Derecho Penal mínimo, decolonial, intercultural y antihegemónico.» *Umbral* 1, n° 4 (junio 2014): 105-127.
- Sánchez, Esther . «Algunos presupuestos epistemológicos y metodología de la Antropología Jurídica.» En *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho: Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, editado por Milka Castro Lucic. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad. Universidad de Chile, 2014.
- Sierra, María Teresa, y Victoria Chenaut. «Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: las corrientes anglosajonas.» En *Antropología Jurídica*, de Esteban Krotz, 113-170. México: Anthropos, 2002.
- Skinner, Quentin. «Las paradojas de la libertad política.» En *Nuevas ideas republicanas*, de Félix Ovejero y José Luis Martí, 92-136. Barcelona: Paidós, 2004.
- Torres , Efraín. *Breves comentarios al código de procedimiento penal del Ecuador*. Vol. I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.
- Van Dijk, Teun. *El discurso como estructura y proceso: Estudios sobre el discurso I, una introducción multidisciplinaria*. Vol. I. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Voltaire. *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona: Austral, 1962.
- Wallerstein, Immanuel. *El moderno sistema mundial II*. Mexico: Siglo veintiuno, 1984.
- Wasserman, Claudia. «Intelectuales y la cuestión nacional: cinco tesis respecto a la constitución de la nación en América Latina.» En *La arquitectura histórica del poder: Naciones, nacionalismos y estados en América Latina. Siglos XVIII, XIX, XX* , de Antonio Escobar Ohmstede y Romana Falcón Vega, 335. México D.F: El Colegio de México, 2010.
- Weber, Max. *La ética protestante y el "espíritu" del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

Referencia electrónica

- Universidad Autónoma de Nuevo León. s.f. cdigital.dgb.uanl.mx/la/1190000638.
- s.f. www.ciencias penales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf (último acceso: 2018).