



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA

INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

**“LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES
INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nro. 004-14-SNC-CC”.**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho
Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso

Autor(a): Ab. Paulina Cajilema

Tutor(a): PhD María Victoria Molina

AMBATO – ECUADOR

2022

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, Lisseth Paulina Cajilema Tobar declaro ser autora del Trabajo de Investigación con el nombre **“LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nro. 004-14-SNC-CC”**, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional. y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, a los 04 días del mes de junio de 2022, firmo conforme:

Autor: Lisseth Paulina Cajilema Tobar

Firma:

Número de Cédula: 0503427759.

Dirección: Cotopaxi, Latacunga, Tiobamba 3G3B.

Correo Electrónico: paulycaji@gmail.com



APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “LA AUTODETERMINACIÓN DE
LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA
SENTENCIA Nro. 004-14-SNC-CC” presentado por Lisseth Paulina Caijlema Tobar
para optar por el Título,

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que
reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y
evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, 04 de junio del 2022

 Firmado electrónicamente por:
**MARIA
VICTORIA
MOLINA TORRES**

Ab. María Victoria Molina Torres PhD

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, 04 de junio 2022



.....
Lisseth Paulina Cajilema Tobar

C.C 0503427759

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nro. 004-14-SNC-CC”, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 04 de junio de 2022



Firmado electrónicamente por:
**DANIELA
FERNANDA LÓPEZ
MOYA**

.....
Mg. Daniela López
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



ERE Firmado electrónicamente por:
**SABINA LORENA
GAMBOA VARGAS**

.....
Mg. Sabina Lorena Gamboa Vargas
VOCAL



Firmado electrónicamente por:
**MARIA
VICTORIA
MOLINA TORRES**

.....
PhD. María Victoria Molina Torres
VOCAL

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación lo dedico a mis padres, quienes me han apoyado incondicionalmente en mi formación personal y académica.

A mis hermanos quienes me acompañan en cada meta que voy cumpliendo.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a la Universidad Tecnológica Indoamérica a su planta docente y administrativa de la Dirección de Posgrados, por contribuir en mi desarrollo profesional a través del aprendizaje del Derecho Constitucional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA	i
AUTORIZACIÓN PARA EL REPOSITORIO DIGITAL	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL	v
DEDICATORIA	vi
AGRADECIMIENTO	vii
RESUMEN EJECUTIVO	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	11
MARCO TEORICO	11
Autodeterminación	11
Concepto-definición de la autodeterminación	11
Características	12
La autodeterminación en el derecho internacional	13
Antecedentes históricos de la autodeterminación en Ecuador	15
Derechos colectivos	17
Concepto	17
Derechos individuales Vs. Derechos colectivos	18
Reconocimiento en la normativa internacional	20
Pueblos y Nacionalidades	22
Plurinacionalidad	22
Pluralismo jurídico	23
Justicia indígena	24
Contexto Histórico de la justicia indígena	24
Concepto de justicia indígena	25
Características de la justicia indígena	25
Reconocimiento normativo de la justicia indígena	28
Conflicto de Competencia de la justicia indígena	29
CAPÍTULO II	31
GUÍA DE ESTUDIO DE CASOS	31
Temática a ser abordada	31
Puntualizaciones metodológicas	31
Antecedentes del caso concreto	31
Decisiones de primera y segunda instancia	34
Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	34
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional	34
Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis	34

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional	38
Análisis crítico a la sentencia constitucional	40
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: “LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 004-14-SNC-CC”.

AUTOR(A): Ab. Lisseth Paulina Cajilema Tobar

TUTOR(A): PhD María Victoria Molina

RESUMEN EJECUTIVO

El derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo reconocido en los instrumentos internacionales y ordenamiento jurídico ecuatoriano que busca garantizar mayoritariamente a las comunidades, pueblos y nacionalidades, el derecho a decidir sobre su desarrollo en base a su cosmovisión. La problemática para efectivizarlo radica cuando existen casos en los cuales ingresa la justicia ordinaria para decidir sobre delitos en los que sus partes son miembros de comunidades, pueblos y nacionalidades. Para tener una mejor comprensión del problema jurídico, esta investigación realiza un análisis de estudio de caso, dentro de la consulta de control concreto de constitucional abordado en la sentencia No. 004-14-SNC-CC, emitida por la Corte Constitucional, para investigar sobre el alcance y la aplicación de los derechos colectivos dentro de la realidad ecuatoriana, así como la determinación y concepción del Estado plurinacional, pluralismo jurídico, justicia indígena, pueblos y nacionalidades en aislamiento voluntario y test de igualdad, la metodología que se utilizó es de tipo bibliográfica. Mediante el estudio de caso se pudo concluir que el derecho a la autodeterminación materializado en el ejercicio de la justicia indígena puede verse limitado cuando se encuentre en peligro la protección y garantía de derechos denominados *jus cogens*, como el derecho a la vida e integridad física. Además, que es deber de quienes hacen las veces de Estado, de ser garantes de los derechos, transversalizando la perspectiva intercultural dentro del ejercicio de la justicia ordinaria para que tanto los derechos individuales como colectivos puedan ser protegidos.

DESCRIPTORES: control concreto de constitucionalidad, derechos colectivos, pluralismo jurídico, pueblos y nacionalidades.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME: “LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 004-14-SNC-CC”.

AUTHOR: Lisseth Paulina Cajilema Tobar

TUTOR: PhD. Maria Victoria Molina Torres

ABSTRACT

The right to self-determination is a collective right recognized in international instruments and the Ecuadorian legal system that seeks to guarantee most communities, peoples, and nationalities the right to decide on their development based on their worldview. The problem to make it effective prevails when there are cases in which the ordinary justice system joins to establish crimes in which its parties are members of communities, peoples, and nationalities. To have a better understanding of the legal problem, this research carries out a case study, within the consultation of concrete constitutional control addressed in the sentence "No. 004-14-SNC-CC". It was delivered by the Constitutional Court to search the scope and application of collective rights within the Ecuadorian reality, as well as the determination and conception of the plurinational state, legal pluralism, indigenous justice, peoples and nationalities in voluntary isolation and equality test, the applied method is the literature review. Through the case study, the right to self-determination set in the exercise of indigenous justice may be defined when the protection and guarantee of rights called "Jus Cogens", such as the right to life and physical integrity, is at risk. In addition, it is the duty of those who act as a State, to be guarantors of rights, mainstreaming the intercultural perspective within the exercise of ordinary justice so that both individual and collective rights can be protected.

KEYWORD: Concrete control of constitutionality, collective rights

INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas (1960) crea “La Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, en donde reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades”. La Constitución de la República del Ecuador (2008), en adelante CRE establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...” (Art. 1).

La determinación como un Estado plurinacional significa no solo reconocer la existencia de diversos pueblos y nacionalidades, sino que además el Estado debe brindar todas las garantías necesarias para que la vida mayoritariamente comunitaria pueda desarrollarse, conservarse y promoverse en el territorio ecuatoriano. Desde esta perspectiva se enlaza la característica de reconocer al Estado como intercultural, pues parte de enraizar en la memoria histórica de la población los procesos de resistencia que protagonizaron los pueblos ancestrales para conservar la lengua materna, vestimenta, alimentación, territorio, tradiciones y más. Desde el órgano estatal se debe encargar la difusión, promoción y preservación.

La CRE (2008), en el Capítulo Cuarto, Sección Segunda reconoce: la existencia del pluralismo jurídico dentro del Estado ecuatoriano, visibiliza que habitan distintos pueblos y nacionales en el mismo territorio, y que a la vez aplican y desarrollan diferentes sistemas jurídicos basados en la historia, cultura y costumbre.

Desde este preámbulo de reconocimiento constitucional, el presente trabajo analiza jurídicamente el derecho a la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades frente al delito de genocidio en territorios no contactados, supuesto que ha sido elevado a consulta en la Corte Constitucional, mediante sentencia No: 004-14-

SNC-CC, de la que se desprende un análisis profundo sobre los parámetros utilizados para resolver dudas respecto a conflictos de competencia en territorios indígenas.

Es necesario partir de la doctrina en el Capítulo I para conceptualizar términos como el derecho a la autodeterminación, pueblos y nacionalidades, pluralismo jurídico y justicia indígena, así como conocer y analizar los antecedentes históricos y normativos que permiten reconocer la existencia de distintos sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio.

En el Capítulo II, una vez analizado el marco conceptual y teórico, se profundiza en la sentencia Nro. 004-14-SNC-CC, los antecedentes de hecho y derecho que dieron origen al caso, las decisiones de primera y segunda instancia, la competencia de la Corte Constitucional para conocer las peticiones de consulta de norma, los problemas jurídicos planteados y argumentos desarrollados para la aplicación normativa cuando la justicia indígena y justicia ordinaria tienen un mismo hecho, como fue la matanza de miembros de la nacionalidad *Taromenane* por miembros de la nacionalidad *Waorani*.

En la parte final se encuentran las conclusiones y recomendaciones que se generaron a partir del análisis y estudio de las premisas establecidas en el objetivo central y objetivos específicos con los que se inició el trabajo de investigación.

Tema de investigación

La autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas: análisis de la sentencia Nro. 004-14-SNC-CC

Estado del arte, marco conceptual y normativa jurídica

1. Friedrich Ebert Stiftung (2021) en el libro *La explotación del Yasuní en Medio del Derrumbe Petrolero Global*, en el capítulo II Régimen extractivo y Yasuní en la escala ecuatoriana, relata desde la vivencia los hechos de la sentencia hoy materia de estudio, con entrevistas y observaciones técnicas de la realidad que se enfrentan a diario los pueblos *Waorani*, *Tagaeri* y *Taromenane*, concluye directamente que la matanza ocurrida fue un acto de supervivencia por el

desplazamiento forzoso de los pueblos a raíz de las invasiones petroleras. Este libro ayuda a entender desde una vivencia diaria el dinamismo de las nacionalidades *Waorani* y *Tagaeri* dentro del territorio en el que habitan.

2. González (2020) en el libro *Manual de Derecho Indígena*, capítulo II Pueblos Originarios y Comunidades Indígenas en la Constitución de México, aporta dentro de la investigación al abordar desde una perspectiva constitucionalista la existencia de pueblos y comunidades indígenas originarias residentes en América Latina, a la vez profundiza el concepto de pluricultural, con casuística y legislación mexicana, propicio para adicionar un análisis de derecho comparado al trabajo de investigación.
3. Pérez (2016) en la obra *Los Genocidios del Siglo XX*, hace un abordaje de los genocidios más emblemáticos del siglo XX, como el denominado Holocausto, lo fundamental que aporta a la investigación son los juicios desarrollados dentro de estos y los elementos puestos a consideración para catalogarlos como tal.
4. Mariño & Oliva (2016) en el libro *Avances en la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, ubica a los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico internacional, las garantías y promoción de los derechos. El libro en mención constituye una guía a tener presente al momento de ubicar en el derecho internacional los derechos de los pueblos indígenas, analiza la Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención contra El Genocidio, Pactos Internacionales, El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, derechos de las minorías, derecho a la libre determinación y otros, que son desarrollados dentro de la investigación.
5. Berraondo (2013) en el libro *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, aborda directamente sobre el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, este análisis permitirá identificar los reconocimientos normativos que actualmente prevalecen en América Latina para la resolución de conflictos en estos territorios.

6. Ucín (2011) en el libro *La Tutela de los Derechos Sociales: el proceso colectivo como alternativa procesal*, apunta al reconocimiento histórico de los derechos colectivos dentro del Sistema Interamericano, como normativa vinculante al Ecuador, en materia de garantía y reparación de los pueblos y nacionalidades indígenas, por casos de omisión desde el Estado.
7. Caicedo (2009) en el artículo *Derecho Constitucional Andino*, examina desde el derecho comparado y el bloque de constitucionalidad los derechos que deben vincularse a los pueblos y nacionalidades. Desarrolla un concepto claro sobre el bloque de constitucionalidad, y lo define como un conjunto de normas, disposiciones, principios y valores fuera del contexto de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene como fin garantizar el principio *pro homine*, es decir, que cualquier ser humano pueda disfrutar y ejercer sus derechos sin importar su territorio, e imperativa sobre las normas infraconstitucionales.
8. Mendes de Carvalho (2007) en el libro *Punibilidad y Delito*, sintetiza las condiciones objetivas y los elementos condicionantes para establecer un delito, a la vez enmarca la punibilidad y los principios que lo rigen, con la finalidad de considerar aspectos relevantes respecto a la exclusión de la punibilidad dentro del caso en estudio.
9. Cabedo (2005) en el libro *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, permite dentro de este trabajo profundizar los derechos indígenas en el constitucionalismo contemporáneo, enfocado en una renovación constitucional dirigida al reconocimiento de derechos colectivos. Abarca conceptos referentes al pluralismo jurídico, desde la existencia de dos o más sistemas jurídicos en sociedades complejas en donde habitan distintas étnicas, pueblos y diversas nacionalidades.
10. Roig (2001) en el libro *Una Discusión Sobre Derechos Colectivos* aborda la existencia de los derechos colectivos y sobre la titularidad de estos que recaen en grupos determinados, constituyendo sujetos colectivos de derechos.

Además, analiza sobre la diversidad de minorías poblacionales que coexisten y por lo tanto los derechos colectivos son una realidad incuestionable.

Planteamiento del problema

¿De qué manera se aborda el derecho a la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades en la sentencia Nro. 004-14-SNC-CC emitida por la Corte Constitucional, frente a casos penales?

Pregunta Central

¿Cómo se garantizan los derechos colectivos consagrados en el bloque de constitucionalidad, de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador, con relación a los casos penales?

Objetivo central

Explicar en qué medida se garantiza el derecho a la autodeterminación de los pueblos conforme a la sentencia No. 004-14-SNC-CC, emitida por la Corte Constitucional.

Objetivos secundarios

Investigar sobre el alcance y la aplicación de los derechos colectivos dentro de la realidad ecuatoriana.

Analizar los parámetros del test de igualdad aplicables en casos de conflictos de competencia en jurisdicción indígena.

Palabras clave y definiciones

Los conceptos básicos a utilizar dentro de la investigación se relacionan con: derecho a la autodeterminación de los pueblos, principio de plurinacionalidad, principio de interculturalidad, delito de genocidio y principio de igualdad.

Derecho a la autodeterminación:

“Autodeterminación interna” consiste en el derecho de los pueblos a “decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno; b) “la autodeterminación externa”, que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de sus propias riquezas. (Ferrajoli, 2006, p.5)

Principio de plurinacionalidad:

Se concibe como un arreglo institucional que dota a los distintos grupos culturales, pueblos o naciones indígenas de márgenes de autonomía y autogobierno, así como de formas especiales de representación y derechos específicos en función del grupo, con el fin de hacer más igualitarias sus relaciones. (Cruz, 2013, p. 58)

Principio de interculturalidad

Cruz (2013) señala que: “La interculturalidad apuesta por la construcción de relaciones equitativas entre culturas y al mismo tiempo enfatiza la necesidad de los intercambios y el aprendizaje mutuo” (p.61)

Genocidio

A partir del inicio de la segunda mitad del Siglo XX que se define un término jurídico -genocidio- para tipificar como crimen distintos actos perpetrados contra un grupo nacional, étnico, social, racial o religioso para destruirlo total o parcialmente, en la historia de la humanidad pueden identificarse prácticas genocidas en distintos momentos, lugares y bajo diversas formas (Lanata, 2014)

Principio de igualdad:

La igualdad, es decir, en la igual titularidad de todos y para todos de aquellos derechos universales que son los derechos fundamentales- por un lado, en la

igualdad formal de todas las identidades personales asegurada por los derechos individuales de libertad y, por el otro, en la reducción de las desigualdades sustanciales asegurada por los derechos sociales. (Vásquez, 2012, p.3)

Normativa a utilizar

Para el desarrollo de la investigación se emplea como normativa jurídica: La Constitución de la República del Ecuador (2008), en razón de que los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades se encuentran garantizados y promulgados en este cuerpo legal. Permite abordar directamente los principios constitucionales de interculturalidad y plurinacionalidad.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), este instrumento servirá de guía para conocer sobre los derechos reconocidos en los grupos poblacionales de estudio, con argumentos y lineamientos específicos a aplicarse en el caso concreto, a su vez dicho tratado es parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio (1948-2018), es un instrumento del derecho internacional en el cual se especifica las características del delito de genocidio, como determinar a los actores y en el caso específico se analiza sobre el principal precepto de intencionalidad que se requiere cumplir.

Código Penal (1971), el 22 de enero de 1971, en la presidencia de José María Velasco Ibarra se expide el Código Penal Ecuatoriano, mismo que estuvo vigente hasta el 03 de febrero del 2014. En este cuerpo legal se encontraba tipificado el delito de genocidio, figura legal bajo la cual se procesó y sentenció a los miembros del pueblo Wuaorani.

Código Orgánico Integral Penal (2014), actualmente en esta norma se tipifica el delito en investigación dentro del caso, la acción típica antijurídica de genocidio, está

determinada con ciertos preceptos que deben cumplirse para ser definida como tal, desde este preámbulo se analizara el delito en mención en la legislación penal ecuatoriana.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), consagra la facultad de los juzgadores para remitir a consulta causas que generen una duda razonable y motivada, en tal razón, permite comprender el alcance vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional en la resolución de casos.

Descripción del caso objeto de estudio

La sentencia en estudio es la No. 004-14-SCN-CC del caso No. 0072-14-CN, elevada a consulta a la Corte Constitucional por el fiscal y juez segundo de garantías penales de la provincia de Orellana, en razón de que existían motivos suficientes para generar una duda razonable y motivada respecto a la constitucionalidad de la aplicación de la norma contenida en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal (1971) del delito de genocidio que estipula: “Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1.- Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años”. (Art. innmuerado)

El caso aborda el conflicto de aplicación normativa después de los hechos sucedidos en territorio *Waorani*, en uno de los casos más emblemáticos y conflictivos entre pueblos no contactados y de reciente contacto. 17 miembros de la comunidad *Waorani* localizaron un clan *Taromenane*, para cobrar venganza en honor a *Ompure* y *Buganey*; ancianos *Waorani* que fueron asesinados días anteriores por el clan *Taromenane*. En este enfrentamiento se dice que asesinaron a más de treinta *Taromenane*, utilizaron desde lanzas ancestrales hasta escopetas.

Dentro de la cosmovisión *Waorani* cuando se cobra venganza, se debe traer un trofeo, como parte de este, dos niñas *Taromenane* fueron separadas del clan y llevadas a la comunidad *Waorani* para ser criadas y cuidadas.

La Corte Constitucional acepta la consulta concreta de norma y declara que, en el caso, previo a la aplicación de la norma innumerada inserta antes del artículo 441 del Código Penal, se debe realizar peritajes sociológicos y antropológicos para tener una interpretación desde una perspectiva intercultural de los hechos suscitados, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales. (Sentencia Nro. 004-14-SNC-CC, 2014)

Dentro del caso se analizan los presupuestos convencionales determinados en la Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio (2018) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (2014) para dilucidar sobre la perspectiva plurinacional que deben tener los jueces al momento de emitir sentencias en casos penales que involucren a pueblos y nacionalidades indígenas.

Metodología

La metodología a utilizarse dentro de la presente investigación, es de tipo bibliográfico, que consiste en seleccionar y recopilar información con base en lecturas de análisis de documentos, revistas académicas, libros, leyes, normativas y demás materiales bibliográficos obtenidos en los diferentes repositorios web de libros que tiene a disposición la Universidad Tecnológica Indoamericana.

La principal fuente de consulta y análisis corresponde a la sentencia No. 004-14-SNC-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Los métodos de investigación son:

Método de Análisis de Casos:

El presente método consiste en la selección de sentencia de un caso relevante dentro de la materia constitucional, para analizar la problemática jurídica y los elementos que llevaron a los jueces constitucionales a emitir un fallo.

Dentro de la sentencia en estudio, se abordará principios como el de igualdad, plurinacionalidad y pluricultural que se aplica directamente al cumplimiento de los derechos de los pueblos y nacionales en el Ecuador, en un caso que conmocionó al país y que ha dejado como resultado material jurisprudencial y doctrinario respecto a la garantía, análisis y comprensión de la aplicación del derecho consuetudinario.

Justificación

Social: La cosmovisión andina propia de los pueblos y nacionalidades del Ecuador, es de difícil comprensión para los habitantes del mundo occidental. La existencia de diversas culturas con los propios sistemas de justicia, es cuestionada con frecuencia, no solo por la población sino también por quienes tienen conocimiento del Derecho. Desde este contexto se analiza la importancia de tener una perspectiva plurinacional en cada instancia, comprendiendo que en el territorio ecuatoriano habitan 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, con distintas formas de vida.

Académica: El análisis del presente caso, contribuye al ámbito académico a profundizar los conceptos de principios constitucionales ligados a la denominación de un Estado Plurinacional con pluralismo jurídico como es el ecuatoriano.

Jurídica: La importancia del presente caso recae en evitar posibles vulneraciones constitucionales a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. La sentencia en estudio marca un precedente histórico para el análisis de los juzgadores, quienes previo a disponer la aplicación de las normas legales deben revisar y propiciar el cumplimiento del bloque de constitucionalidad que garantiza el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Autodeterminación

En este capítulo se abordará el derecho a la autodeterminación de los pueblos, la concepción jurídica y las características, así como el reconocimiento de este en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en el marco normativo ecuatoriano. El mismo que promueve la existencia, conservación y aplicación de un derecho consuetudinario que tiene plena vigencia dentro de los pueblos y nacionalidades que habitan en el Ecuador, específicamente en aquellos que se encuentran en aislamiento voluntario.

Concepto-definición de la autodeterminación

La autodeterminación desde una visión general viene ligada a la palabra autonomía, que la Real Academia Española la define como “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. La autodeterminación se concibe como el libre albedrío que tiene cada persona para tomar decisiones respecto al desarrollo económico, social, político, cultural y más, de sí mismo.

Esta autonomía es el resultado de la capacidad que le da su razón de vivir y actuar por sí mismo. Característica de la persona humana es, en efecto, poder decidir por sí mismo a partir de las representaciones y las normas que emanan de su reflexión crítica, que sea apto para traducir estrategias y acciones, por sobre sí. (Laurent, 1985)

Este primer concepto abordado es inherente de todo ser humano, aun cuando este va aplicado entorno a decisiones negativas o positivas, razón por la que es necesario enfatizar que lo competente a este análisis es el derecho a la

autodeterminación, pero como un derecho colectivo, ejercido por pueblos y nacionalidades. Es así como se entiende que para llegar a una autodeterminación colectiva debe existir un acuerdo mutuo, bilateral de las partes y que este puede tener consecuencias jurídicas, políticas y culturales.

Primero se produce la autodeterminación colectiva cuando los individuos renunciando a ser tales, a su condición natural, constituyen el Estado o voluntad general mediante un contrato, estableciendo así una ley/voluntad superior sobre ellos que, al reconocerlos como parte/miembros de ella, se les otorga capacidad moral que hace posible su autodeterminación personal en el seno de la autodeterminación general. (Rousseau, 1762)

Al ser un término que tiene un trasfondo de independencia y libertad, se puede interpretar a un derecho que no corresponde al estado constitucional de derecho e incluso se puede asimilar a una herramienta de no subordinación a ninguna autoridad, y aunque en los inicios en la segunda guerra mundial se desarrolló frente a todos los acontecimientos políticos, principalmente de sojuzgamiento, hoy se ha otorgado contenido legal al mismo, desde el ámbito de respeto y garantía de Derechos Humanos.

La Carta de Naciones Unidas (1945) con relación a los Estados establece que “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” (Art.1).

Características

La Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933) instituye cuatro requisitos para que se constituya un Estado y este como tal ser reconocido a nivel internacional: “1.- Población permanente, 2.- Territorio determinado, 3.- Gobierno, 4.- Capacidad de entrar en relación con los demás Estados. En tal razón, los grupos poblacionales que cumplan estos requisitos podrán contar el derecho de autodeterminación, incluyéndose la independencia” (Art. 1).

Reconociendo que en el Ecuador tiene en el territorio pueblos y nacionalidades originarios, que potencialmente cumplen total o parcialmente con los requisitos en mención pueden ejercer el derecho a la libre determinación. Es decir, los pueblos y nacionalidades pueden decidir qué forma de organización política, social, económica o cultural es la que mejor se adapte a la concepción de vida y desarrollo.

Desde este análisis se contempla al derecho a la autodeterminación de los pueblos de manera externa e interna, la primera se evidencia en los países que alcanzaron la dependencia de los países colonizadores, y la segunda como ocurre hoy en el Ecuador, se reconoce, garantiza e interrelaciona con la diversidad de grupos poblacionales originarios que habitan en el mismo territorio.

El derecho a la libre determinación de los pueblos tiene un aspecto interno, es decir, el derecho de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. A este respecto, existe un vínculo con el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos en todos los niveles, tal como se estipula en el apartado c) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Por consiguiente, los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico. sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero. (ONU, 1996)

La autodeterminación en el derecho internacional

El derecho a la autodeterminación de los pueblos se reconoce en instrumentos internacionales a nivel universal y regional, en un inicio la Carta de Naciones Unidas, (1945) hace referencia al principio de la libre determinación de los pueblos como: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos” (Art. 1).

Conforme avanzan los años sesenta y los procesos de independencia de varios países se iban consumando, La Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (1960) reconoce que: “Que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y declara que Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (p.2).

De este instrumento internacional se desprende que son los Estados los garantes de los derechos de los pueblos, incluyendo el derecho a la autodeterminación de los pueblo y este es parte del Estado Constitucional de Derecho, e incluso cualquier disposición normativa contraria a reconocer la organización de los pueblos y nacionalidades para resolver los problemas internos o para tomar decisiones sobre el desarrollo implicaría ser contraria al ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos.

La Carta de las Naciones Unidas (1945) establece una jerarquía predominante del derecho a la autodeterminación de los pueblos sobre otro tratado internacional “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta” (Art.103).

Para respaldar jurídicamente esta postura se ha estudiado, analizado y reflexionado desde la académica y juristas sobre la razón predominante de este derecho, y si bien se reconoce el principio de igual jerarquía de los derechos, este derecho tiene una característica y es la condición *jus cogens*.

La normativa internacional contextualiza:

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa

de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (Convención de Viena, 1969, p.17)

De lo manifestado se desprende que el derecho humano a la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades es *jus cogens*, es decir un derecho fundamental de un rango superior jerárquico reconocido así desde la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006), lo que reforzó la consolidación como un derecho colectivo para dotar de autonomía y autogobierno a los pueblos indígenas, adoptado en las dos últimas décadas por Ecuador, y de la misma manera creando un carácter vinculante para el resto de países del mundo. La CRE (2008) determina que: los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador son parte del ordenamiento jurídico, en tal razón son aplicables de manera obligatoria por el Estado y por quienes hacen sus veces. (Art.11 numeral 3, Art. 417, Art. 424, Art. 425 y Art. 426)

Antecedentes históricos de la autodeterminación en Ecuador

A lo largo de la historia del Ecuador, las comunidades, pueblos y nacionalidades originarios han ejercido un papel de resistencia y emancipador para la liberación, al ser los más sojuzgados y subordinados en la invasión Inca y colonial, la naturaleza para preservar la historia, costumbres y tradiciones hizo que se involucren en procesos reivindicativos para garantizar la vida y dignidad de sus semejantes.

Los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieron un proceso de organización para la adopción de decisiones, así, en el Siglo XIX los alzamientos de los indígenas en Cañar (1862), en Imbabura y Guano

(1868), en Chimborazo (1871), en Napo (1898), entre otros, marcaron la conflictividad étnica de la época. A comienzos del Siglo XX, la movilización social estuvo apoyada fuertemente por el movimiento sindical. -Entre otros movimientos, en 1927 se organizaron los sindicatos de El Inca en Pesillo, y más tarde, Tierra Libre de Moyurco, Pan y Tierra de La Chimba, todos en el sector de Cayambe, provincia de Pichincha. Estos sindicatos se formaron en su mayoría por huasipungueros, arrimados y yanaperos, y reivindicaban su derecho a la tierra, al agua y los pastos, al salario y al cese de abusos. (CONAIE, p. 10-11)

Conscientes de la deuda histórica que el Estado ecuatoriano tiene con las comunidades, pueblos y nacionalidades, se vio necesario instaurar en la normativa interna y principalmente en la Constitución los derechos colectivos que con especial atención deben ser reconocidos, otorgados y garantizados a este grupo poblacional.

La Constitución de la República del Ecuador (1998) clasificaba a los derechos en cuatro categorías: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, sociales y culturales; y derechos colectivos, este último reconocía la existencia de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, y garantizaba 15 derechos colectivos entre ellos conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias y conservar y desarrollar las formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

En la Constitución de la República del Ecuador vigente (2008) clasifica a los derechos en siete categorías: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupo de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección. La CRE (2008) amplía el reconocimiento a: comunidades, pueblos y nacionalidades que forman parte del Estado ecuatoriano, quienes son sujetos de derechos reconocidos en la constitución e Instrumentos Internacionales (Capítulo

Cuarto). Además, la misma normativa reconoce: al Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional, que no solo reconoce la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades, sino que coexisten e interrelacionan desde la cosmovisión andina con el resto de la población (Art.1).

Del análisis constitucional se percibe que la CRE establece articulados para garantizar los derechos los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. La materialización del derecho a la autodeterminación constituye una herramienta para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a la cultura, historia, costumbres y forma de vida, de quienes hoy son parte de la diversidad del Ecuador (Capítulo Cuarto).

Se debe tomar en cuenta que el derecho a la autodeterminación dentro de los principios de las relaciones internacionales tiene plena validez y vigencia en condiciones de igualdad ante la comunidad internacional. CRE (2008) “Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos” (Art. 416 numeral 1).

Derechos colectivos

Concepto

Después de la primera y segunda guerra mundial, se pretende crear instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que protejan la vida, integridad y desarrollo de los seres humanos en iguales condiciones en todo el mundo, es así cómo se desarrollan la segunda y tercera generación de derechos comprendiendo que no solo es necesario proteger y garantizar la vida y libertad, sino que para que el ser humanos alcance el máximo desarrollo debe gozar de derechos económicos, sociales, culturales, ambiente sano y más, que los podrá exigir y ejercer de forma individual o colectiva. Dentro de la tercera generación de derechos se reconocen los derechos colectivos.

La realidad del Ecuador al ser un Estado plurinacional y multiétnico abre la posibilidad y obligación de mirar desde una perspectiva distinta a los titulares de derechos. Analizar las manifestaciones culturales y la vida misma de los pueblos y nacionalidades que en totalidad es comunitaria conlleva actualizar y adaptar el derecho ecuatoriano para la mejor aplicación de los derechos.

La CRE (2008) reconoce a las comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos como titulares de derechos, es decir son identificados y determinados como sujetos de derechos, quienes podrán ejercer, promover, exigir y demandar estos derechos, que por la misma forma de organización y constitución será de manera colectiva. Desde esta perspectiva nace una aproximación para conceptualizar a los derechos colectivos, que es la forma que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades para proteger y decidir sobre la forma de vida, organización y desarrollo.

Los derechos colectivos son un conjunto de derechos específicos y especiales, cuyo titular no es un individuo, como es el caso de los derechos individuales, sino un colectivo o grupo social. Mediante estos derechos la comunidad Internacional ha legislado buscando proteger los intereses, cultura e identidad de los pueblos y/o colectivos. (Quintero, 2017, p. 1)

Derechos individuales Vs. Derechos colectivos

Para entrar en un análisis que permita diferenciar lo individual de lo colectivo, es necesario partir de lo elemental, de las nociones básicas de cada uno. John Locke (siglo XVII) respecto al individualismo del derecho realiza la siguiente teoría “La sociedad se constituyó a través del contrato social con el fin de preservar la propiedad privada, fruto del trabajo y del esfuerzo. La función del Estado es la de preservar y defender los derechos de los individuos, es decir, garantizar seguridad sin hacer un uso despótico del poder. Estos derechos que ha de proteger son tres, él los llama derechos naturales: la vida, la propiedad privada y la libertad”

Steven Lukes (1975), en la obra *el individualismo* resume que “el individualismo metodológico rechaza toda explicación del mundo y de la vida que no se exprese totalmente en término de hechos producidos por individuos”.

Estas apreciaciones afirman que el ser humano es considerado como un ser individual sujeto de derechos, que defiende la autodeterminación del individuo frente a toda vulneración de derechos y desde este mismo panorama sólo el individuo como tal puede ser parte de cualquier organización o colectivo.

Desde una visión colectiva se debe entender que los procesos históricos de desarrollo del ser humano para la liberación o para conquistar nuevos derechos, se da de forma colectiva, como la sociedad misma lo determina para constituirse como tal, entonces el análisis de lo colectivo se vuelve una cuestión fundamental al momento de analizar los derechos. Lo colectivo se inicia con la participación de los individuos en un conglomerado.

La existencia de los derechos colectivos antes de 1948 en la época liberal, era una cuestión polémica e irreal y se cuestionaba incluso su existencia.

los derechos de los grupos no son ni conceptualmente incoherentes ni normativamente incompatibles con el liberalismo. En su opinión, el liberalismo tiene presunciones contra los derechos colectivos, pero no los excluye. El énfasis liberal en la libertad individual no niega totalmente los derechos del grupo, porque reconoce también que haya razones, algunas poderosas, a favor del control colectivo (Wellman, 2013, p. 33)

Desde la filosofía jurídica y política contemporánea se comprende que es necesario introducir una categoría de derechos colectivos en el ordenamiento internacional, y se originan como tales, en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego se norman en otros instrumentos internacionales como: La Carta Internacional de los Derechos Humanos; el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y a

nivel de la normativa interna en la Constitución de la República del Ecuador se reconocen en los artículos del 56 al 60.

Un concepto general de derechos colectivos, va enfocado al ejercicio de los derechos de una manera colectiva para un grupo específico de personas, en la mayoría de casos son los grupos de atención prioritarios o minoritarios quienes los ejercen. Kymlicka (2009) genera el siguiente concepto según la interpretación natural, el término “derechos colectivos alude a los derechos acordados y ejercidos por las colectividades”. (p. 71)

Los derechos colectivos son una manifestación de la voluntad de varios individuos sobre un objetivo común, en donde no priman fines e intereses individuales, los derechos colectivos deben ser destinados al cumplimiento y máximo desarrollo de los derechos colectivos, entiendo a este como el desarrollo de la democracia en la que el ser humano de forma individual es capaz de organizarse con sus semejantes para alcanzar una vida digna. Baptista (2019) menciona:

Un aspecto relevante respecto a los derechos colectivos y que implica una diferencia sustancial en cuanto a su ejercicio, es que cuando se habla de derechos de grupos especiales bajo la denominación de colectivos, se trata de derechos reconocidos a un conjunto determinado de personas que tienen algún rasgo o interés común que las distingue de las demás (p. 22)

Reconocimiento en la normativa internacional

Los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, principalmente los relacionados con la participación en la adopción de decisiones no solamente se encuentran reconocidos en la CRE, sino que parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que sin discriminación alguna sean incorporados en las normativas internas de cada Estado.

El convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre pueblos indígenas y tribales (1989) señala que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos” (Art. 3 numeral 1).

En el desarrollo de la vida misma de las comunidades, pueblos y nacionalidades es indispensable la participación política de estos en los organismos oficiales del Estado y en todas las políticas públicas que estén relacionadas con el desarrollo económico o social. No basta solo con el reconocimiento, sino que se necesita que se adopten las medidas necesarias para garantizar la participación en la vida pública y política, concediéndose como actores sociales.

El Convenio No. 169 de la OIT (1989) no pierde esta perspectiva, por tal razón reconoce el derecho a la consulta libre, previa, informada y de consentimiento expreso de los pueblos y comunidades indígenas previa a tomar medidas administrativas, legales o normativas en territorios denominados ancestrales: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Art. 6 numeral 1 literal a).

El derecho a la consulta previa está interrelacionado con el derecho a la autodeterminación, buscan proteger la identidad cultural, social y económica dentro del Estado constitucional de derecho, que permite constituirse como un mecanismo de participación intercultural y multiétnico frente al resto del Estado.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el estado ecuatoriano suscribió y ratificó la Convención Americana también llamada Pacto de San José de Costa Rica, en la cual los Estados partes se someten a la competencia de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de garantizar en el máximo sentido los derechos de los ciudadanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció jurisprudencia vinculante respecto a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades. La sentencia del Pueblo Saramaka Vs Suriname crea contenido fundamental sobre el consentimiento expreso que debe otorgarse desde los pueblos y nacionalidades indígenas frente a planes de desarrollo del Estado en el territorio.

135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

Pueblos y Nacionalidades

Ecuador es un país unitario, intercultural y plurinacional definido de esta manera en la CRE, es decir que reconoce y garantiza la existencia de distintas culturas y que además estas se interrelacionan con el resto. Actualmente en el territorio ecuatoriano según el Sistema de Indicadores de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (2014) existen: 18 pueblos y 14 nacionalidades.

Plurinacionalidad

El pluralismo de naciones dentro de un mismo Estado puede sonar contradictorio, para iniciar el análisis es necesario conceptualizar al término nacionalidad. Henri Batiffol define la nacionalidad como “la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado”, el mismo que se afianza en el Art. 6 de la CRE, desde esta perspectiva se puede considerar que todos los estados son uninacionales, es decir que todos los individuos que habitan en un Estado pertenecen a la misma nación.

Sin embargo, el desarrollo de los pueblos para visibilizar la diversidad cultural de la cual son parte llevo al constituyente en el 2008 a expandir el criterio y análisis respecto al vínculo jurídico que tienen los pueblos y nacionalidades frente al Estado Ecuatoriano, desde ahí se concibe a la plurinacionalidad como la expresión de los Estados que están integrados por varias naciones dentro de un mismo territorio. Acosta (2008) manifiesta “La plurinacionalidad no es solo el reconocimiento pasivo a la diversidad de pueblos y nacionalidades, es fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes en relación a la sociedad y a la naturaleza” (p.18)

La Plurinacionalidad dentro del Estado se convierte un desafío para la democracia dentro de la diversidad, el claro ejemplo es el caso en estudio, el enfrentamiento de dos pueblos de reciente contacto y de aislamiento voluntario, en quienes el Estado no interviene en la organización, desarrollo diario, ordenamiento jurídico y territorio.

Pluralismo jurídico

La diversidad cultural del Ecuador trae consigo variedad de costumbres, tradiciones y distintas formas de resolver los problemas que se generan en el día a día de la colectividad. La costumbre se convierte en ley, conforme se aplica en situaciones similares, y se genera la transmisión de saberes dentro del ámbito del Derecho.

No resulta fácil comprender que dentro del ordenamiento jurídico pueda concebirse otra normativa aplicable a una determinada población, sin embargo, los pueblos originarios utilizan el derecho consuetudinario, basado en la costumbre desde los inicios de la humanidad.

Kelsen (1960), se refiere al derecho consuetudinario como “los derechos nacionales, ajenos al derecho estatal, y el derecho internacional no debería ser... conjuntos de normas válidas, sino simples hechos de significación jurídica”. (p. 207)

No reconocer la existencia de un pluralismo jurídico, sería concebir un Estado autoritario, monárquico y de anulación cultural, solo el Estado es quien puede crear la normativa, de forma jerarquizada y valida solamente al derecho positivo.

Desde otra perspectiva el derecho no es hegemónico y se adapta a los cambios sociales y circunstancias del desarrollo del ser humano. Existen otros sectores sociales que en base a las costumbres, tradiciones y realidades generan normativa para solucionar los conflictos. Tibán (2001) sostiene que:

el pluralismo jurídico, es la existencia simultánea dentro del mismo espacio de un Estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, raciales, ocupacionales histórica, económica, ideológica, geográfica y política, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.

En síntesis, la comprensión del pluralismo jurídico conlleva al reconocimiento de la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades dentro de un mismo territorio, que generan su propia normativa o reglas desde su cosmovisión.

Justicia indígena

Contexto Histórico de la justicia indígena

Las comunidades, pueblos y nacionalidades que habitan en el Ecuador a lo largo de la historia e incluso en la época colonial se han autogobernado bajo el derecho consuetudinario aprendido de generación en generación, este lo han preservado hasta la actualidad buscando el reconocimiento en la normativa interna para que cobre plena vigencia ante la jurisdicción ordinaria. Las constituciones de la República del Ecuador de 1998 y 2008, reconocen la existencia de un sistema propio de justicia indígena distinto a la justicia ordinaria que será aplicado dentro de la jurisdicción indígena.

El derecho consuetudinario tiene una característica principal y es la oralidad, no es propio de los pueblos originarios el derecho escrito como los reglamentos o leyes

que desde el mundo occidental se adoptan para orientar la conducta de los seres humanos, las comunidades, pueblos y nacionalidades a un determinado fin, que en el ámbito de los derechos humanos es la protección y cumplimiento. Sino que la oralidad es la forma por la que se determinan principios fundamentales para buscar la armonía comunitaria, como son las tres palabras sacramentales en Quichua Ama Killa, Ama Llulla y Ama Shwa: no ser ocioso, no mentir y no robar, principios que ayudan al desarrollo comunitario. El desarrollo de la justicia indígena se da de manera oral, desde las asambleas hasta las resoluciones comunitarias.

El Estado ecuatoriano al ser el garante de los derechos debe precautelar no solo el reconocimiento sino la garantía de los derechos individuales y colectivos de todas las personas, y con mayor atención a los grupos minoritarios sistemáticamente discriminados, como son los pueblos y nacionalidades, ahí recae el asidero sociológico y jurídico para que desde la cosmovisión andina puedan aplicar el derecho consuetudinario ante los problemas presentados en los territorios.

Concepto de la justicia indígena

La justicia indígena no es más que los principios o reglas que crearon los pueblos y nacionales para resolver los problemas de la vida diaria. Corporación de los pueblos Kickwas de Saraguro Corpukis- Pueblo Saraguro, (2018) Determina a la justicia como el “Sistema de normas, principios y procedimientos basados en conocimientos milenarios presentes en la memoria colectiva de los pueblos indígenas, cuya aplicación corresponde a las autoridades comunitarias para garantizar la vida armónica, la justicia y equilibrio social”.

Características de la justicia indígena

Milenaria

Los pueblos y nacionalidades desde las primeras formas de organización buscaron métodos para la resolución de conflictos, las prácticas culturales que

combinadas desde la cosmovisión andina ligadas a estar en armonía con la naturaleza, debían orientar al ser humano a ser útil en la comunidad, que permita la supervivencia y desarrollo comunitario, por ello es importante la vinculación de los más antiguos en los procesos de resolución de conflictos, aunque algunos no necesariamente sean las autoridades comunitarias, participan de manera activa por la sabiduría y conocimiento ancestral que poseen para la toma de decisiones.

Los primeros documentos en relación a los sistemas legales indígenas datan del siglo XVI, en el cual la corona española reconoce que los pueblos originarios tienen sus propias formas de gobierno. Las formas de autogobierno nacieron con los pueblos mismos como formas de organización social, sus conocimientos se transmiten de generación en generación basados en su cosmovisión y formas de entender el mundo. (Corporación de los pueblos Kickwas de Saraguro Corpukis- Pueblo Saraguro, 2018)

Colectiva

La vida de los pueblos y nacionalidades es comunitaria, desde las actividades diarias agrícolas y sociales para la subsistencia hasta la resolución de conflictos y toma de decisiones políticas, la vida comunitaria ha permitido la interrelación y respeto al entorno en donde habitan, constituyéndose como parte de la naturaleza, por lo tanto, todo se concibe como algo cíclico en donde todas las acciones que se realicen regresa a la misma comunidad. Corporación de los pueblos Kickwas de Saraguro Corpukis Pueblo Saraguro (2018) al respecto señala: “El poder radica en lo colectivo, las autoridades comunitarias están dotadas de legitimidad que otorga su vida comunitaria, las decisiones las asumen como un bien de todos, cuyo objetivo es el equilibrio comunitario” (p.15).

Ágil

Lo distinto a la justicia ordinaria es la inmediatez al resolver casos que podrían llevar años en tener una sentencia y obtener una reparación del derecho vulnerado, la asamblea comunitaria que es el órgano máximo de juzgamiento en casos de conflictos, procura recolectar de manera rápida las pruebas que lleven a determinar los hechos reales que sucedieron dentro de un caso, con la finalidad de imponer una sanción y reparación de los daños de forma inmediata al momento de emitir la resolución frente a toda la comunidad.

Oral

Según los relatos mencionados en el libro Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, del autor Agustín Grijalva, la forma por la cual se transmitían las normas de generación en generación eran de forma oral, si bien hoy en día varias comunidades ya optan por reducir las reglas a escrito, en varias comunidades todo el proceso de justicia indígena desde la denuncia hasta la resolución del conflicto es de manera oral. En la asamblea comunitaria se promueve la intervención de las partes, para que las autoridades y comunidad escuchen los hechos desde los autores hasta emitir el pronunciamiento de resolución en la plaza central de manera oral.

Reparadora y Espiritual

Las plantas y el agua desde la cosmovisión andina, son fuente de vida y purificación, son utilizadas para curar enfermedades y dolencias. La ortiga planta conocida por producir ardor y dolor al momento de tocarla es utilizada en el ritual de purificación para las personas que han cometido algún acto negativo en la comunidad, la ortiga no se utiliza como una planta castigo sino al contrario una planta que por tener un fuerte poder, ayuda al ser humano a equilibrar las energías, para que en conjunto con el agua cure el espíritu. Yakulema (2015) Al respecto menciona “En el contexto de la Justicia Runa, el baño se lo hace con el fin de limpiar el espíritu que posee un

desequilibrio en su interior y ha sido capaz de cometer una falta que constituye un llaki” (p.19).

Reconocimiento normativo de la justicia indígena

La normativa interna del Ecuador contempla las distintas formas y procedimientos en la administración de justicia indígena basadas en las costumbres ancestrales y derecho propio, que permite la autodeterminación colectiva frente a problemas de la comunidad, basada en la capacidad exclusiva de ejercer jurisdicción en decisiones de justicia indignas a los pueblos y nacionalidades que habitan el territorio ecuatoriano. La CRE (2008) establece referente a los derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades, establece como derecho el: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Art. 57).

Por otro lado, si bien en la normativa se reconoce los procedimientos únicos dentro de la justicia indígena también se deja establecido que el ejercicio de esta deberá hacerse en el marco del respeto de los Derechos Humanos, de la atención prioritaria a mujeres, niñas y niños, garantizando la participación comunitaria en el proceso asambleario. El debido proceso debe garantizarse de igual forma y si bien dentro de la justicia ordinaria e indígena son diferentes los términos jurídicos que se usan, los derechos básicos como ser escuchado, el derecho a la defensa e integridad del ser humano deberán observarse dentro de los procedimientos comunitarios.

La CRE (2008) manifiesta que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a

la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. (Art. 171)

Conflicto de Competencia de la justicia indígena

El Ecuador al reconocer la existencia de dos sistemas jurídicos con distintas cosmovisiones e historia, es preciso establecer parámetros y mecanismos que permitan coordinar y resolver dudas respecto a la aplicación de los sistemas jurídicos de acuerdo a la jurisdicción y casuística. El órgano competente para resolver y que puede revisar las decisiones que se dan dentro de la jurisdicción indígena es la Corte Constitucional, la cual debe respetar los parámetros internacionales establecidos para la aplicación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 343)

Se reconoce y valida a las autoridades electas de manera legítima dentro de cada pueblo y nacionalidad en base a las costumbres y forma de organización, se les concede la facultad para administrar justicia indígena, a la vez el Estado ecuatoriano garantiza que las decisiones adoptadas dentro de la jurisdicción indígena sean respetadas por las autoridades de la justicia ordinaria, es decir jueces y fiscales. La omisión de esta garantía vulneraría el principio Non bis in ídem, establecido en el Art 344 ibídem, en razón de que las decisiones que se toman en jurisdicción indígena son consideradas

como casos juzgados, de ninguna manera se entenderá como un método alternativo de solución de conflicto, sino que se constituye como sentencia de última instancia y puede ser revisada solo por la Corte Constitucional.

Un punto clave para comprender la competencia es la territorialidad, esto quiere decir el poder que tienen las autoridades para administrar justicia en un espacio de territorio determinado, tanto la CRE y el Código de la Función Judicial han sido reiterativos en definir la jurisdicción indígena como el territorio en el que habitan los pueblos y nacionalidades y la potestad de estos para acudir ante las autoridades comunitarias. Los problemas que se generen dentro de la jurisdicción indígena generan controversias con la justicia ordinaria, al no concebirla capaz de resolver un problema jurídico. Esta idea colonial se desestima cuando la historia relata la capacidad de los pueblos indígenas para resolver los problemas desde los inicios de la humanidad utilizando un derecho consuetudinario.

Es preciso analizar los derechos que deben ser garantizados dentro de la jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena, aun cuando existen formas diversas de ver e interpretar los fenómenos sociales que ocurren en el entorno, las dos deben regirse a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y al orden constitucional. Ambas deben cumplir una obligación positiva de garantizar frente a los derechos y en otras ocasiones deben cumplir una obligación negativa por medio de la cual tienen la prohibición de vulnerar un derecho.

Cuando se observa que una de estas no es suficiente para garantizar plenamente la vigencia de los derechos de los seres humanos deberán ser revisadas por la autoridad competente, esta es la Corte Constitucional, para que bajo un razonamiento jurídico e intercultural se pueda solucionar un conflicto de competencia bajo parámetros de territorialidad y cumplimiento de Derechos Humanos.

CAPÍTULO II

GUÍA DE ESTUDIO DE CASOS

Temática a ser abordada

El caso en estudio analiza la Sentencia N.º004-14-SNC-CC, en el caso N.º0072-14-CN, referente al control concreto de constitucionalidad de la norma inserta antes del Art. 441 del Código Penal, para la aplicación normativa dentro del caso concreto, por una posible vulneración de derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en el ejercicio de su propia cosmovisión.

Puntualizaciones metodológicas

En el desarrollo del caso se utilizó el estudio descriptivo de los antecedentes de hecho y de derecho que llevaron al juez segundo de garantías penales de Orellana, a una duda razonable respecto a la aplicación de la norma inserta antes del Art. 441 del Código Penal, desde un método histórico lógico y jurídico del reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionales que habitan en Ecuador.

La investigación es de tipo bibliográfico, se basó en recolectar información cualitativa de documentos históricos, normativos, académicos y sociales relacionados al pluralismo jurídico, que induzcan a una comprensión científica y jurídica sobre los parámetros que considero el juez constitucional dentro de la sentencia N.º004-14-SNC-CC para emitir el fallo, con la finalidad de desarrollar un análisis crítico de la sentencia en mención.

Antecedentes del caso concreto

La Fiscalía de Orellana inicia una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, en esta causa se procesan a diecisiete miembros de la nacionalidad *Waorani*, quienes después de presenciar la muerte de dos ancianos de su comunidad (*Ompore Omehuay* y *Buganey Caiga*), en el 2013 incursionaron en la selva para dar captura y

venganza a un grupo de personas pertenecientes a la nacionalidad *Taromenane*, quienes eran los presuntos ejecutores de *Ompore* y *Buganey*.

En esta incursión a la selva que duró alrededor de 7 días, los miembros de la comunidad *Waoranis* sustrajeron a dos niñas “C” y “D” de 03 y 06 años de edad respectivamente, quienes pertenecían a la nacionalidad *Taromenane*, fueron llevadas a la comunidad de *Baameno*, donde habitan los *Waoranis*, para ser criadas y cuidadas como parte de la misma.

A pesar de que los conflictos entre *Waoranis*, *Taromenanes* y *Tagaeris* son desde hace varios años atrás, es la primera vez que un caso de matanza entre estas nacionalidades es conocida y judicializada en la justicia ordinaria. Hechos similares han ocurrido dejando como saldo personas asesinadas pertenecientes a las nacionalidades *Waorani* y *Taromenane* las causas de los enfrentamientos giran en torno a la presencia de las petroleras; la expansión de estas en el bloque del Yasuní, obligan a los pueblos de reciente contacto a cambiar su lugar habitual de residencia e internarse en la selva para obtener alimentación a través de la caza. Los desplazamientos forzosos provocan conflictos entre indígenas que nunca tuvieron contacto con el mundo occidental, y que de los relatos de los mismos *Waoranis*, aun matan a cualquier extraño que ingrese a su territorio.

La Fiscalía de Orellana con base en los presupuestos de la comisión de un delito tipificado en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal (legislación vigente de la época), inicia la instrucción fiscal conjuntamente con la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva para los procesados *Waoranis*. Al considerar que las dos partes involucradas pertenecen a pueblos y nacionalidades en aislamiento voluntario y de contacto reciente, la fiscalía solicita al juez segundo de garantías penales de Orellana que se eleve a consulta a la Corte Constitucional, la norma aplicable dentro del caso, al existir dudas razonables que no permiten continuar con la sustanciación del proceso penal.

Decisiones de primera y segunda instancia

El caso versa en un control concreto de constitucionalidad del Art. 1 de la Ley s/n Registro oficial 578-S del 27 de abril del 2009, que inserta el delito de genocidio en el artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal, elevado a consulta a la Corte Constitucional por el juez segundo de garantías penales de Orellana, previo a continuar con la tramitación del caso N°0223-2013, en donde se encuentran procesados miembros de la nacionalidad *Waorani*.

El caso en estudio dentro de la sentencia N.°004-14-SNC-CC, por la particular mencionada en el inciso anterior no es objeto de decisión de primera y segunda instancia, al tratarse de una consulta contra de constitucionalidad para un caso específico.

El 14 de agosto del 2019, el Tribunal de Garantías Penales de Francisco de Orellana, dicto sentencia dentro del caso en análisis aplicando los criterios de interculturalidad y cosmovisión indígena dictada en la N. °004-14-SNC-CC por la Corte Constitucional. La sentencia de primera instancia dictamino sentencia condenatoria por el delito tipificado en el Art. 144 del Código Orgánico Integral Penal. - Homicidio, para diez de los once procesados. Entre las sanciones establecidas no se consideró la pena privativa de libertad, sino el cumplimiento de 200 horas de trabajo comunitario por año, durante cuatro años, construcción de *chakras* para garantizar la alimentación de la comunidad, construcción de casas tradicionales *Waorani*, y otras relacionadas a la realidad socioeconómica que viven los habitantes de la nacionalidad *Waorani*, conforma a lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales OIT.

El 01 de diciembre del 2020, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, rechazo la apelación presentada por dos de los sentenciados en el fallo de fecha 31 de octubre del 2019 por el Tribunal de Garantías Penales de Francisco de Orellana. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Orellana ratificó la sentencia condenatoria por el delito de homicidio con principios interculturales.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

En relación a los antecedentes mencionados el juez segundo de garantías constitucionales amparado en el Art. 428 de la CRE y 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, eleva a consulta ante la Corte Constitucional la norma inserta antes del Art. 441 del Código Penal.

La Secretaria General de la Corte Constitucional en base al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional verificó los requisitos de admisibilidad, como corroborar que no se ha presentado otra consulta con identidad de objeto y acción. Mediante auto del 02 de mayo del 2014, se admite a trámite la consulta de norma bajo el N° 0072-1-CN y mediante auto del 04 de junio del 2014 el Juez Constitucional Manuel Viteri Olvera, avoca conocimiento de la causa y convoca audiencia pública para el 10 de junio del 2014.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

1.-El artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto ¿vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?

2.-La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes?

3.-La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto? (Sentencia Nro. 004-14-SNC-CC., 2014)

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis

En el caso sub judice era indispensable analizar el marco constitucional ecuatoriano, con la finalidad de entender la situación actual social y jurídica del Estado ecuatoriano frente a la existencia de pueblos y nacionalidades, en especial con los pueblos no contactados, de aislamiento voluntario y reciente contacto. El Art. 1 de la CRE, reconoce al Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional, esto se hace referencia para contextualizar la diversidad cultural que existe en el territorio, además de las distintas cosmovisiones de derecho indígena que deben ser incorporados dentro de la vida jurídica del país. El respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural está garantizado en el Art. 11 numeral 2 de la CRE, en donde prohíbe ser discriminado por su identidad cultural y establece la igualdad de derechos, con aras de romper una cultura hegemónica y concebir a la sociedad desde una pluralidad cultural.

La Corte Constitucional analiza además el Art. 57 de la CRE, para referirse a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre ellos: mantener su identidad, formas de organización, territorio; y el respeto y protección de los pueblos en aislamiento voluntario. Los artículos mencionados son base fundamental para comprender que todos los sucesos y procesos judiciales en donde estén involucrados los pueblos y nacionalidades, merecen ser analizados y desarrollados desde una perspectiva intercultural, comprendiendo a la cultura dentro del país como algo multifacético que se desarrolló conforme a cada realidad. Desde estas consideraciones constitucionales, la Corte Constitucional concluye que dentro del caso sub examine, los elementos y hechos suscitados deben ser considerados desde una perspectiva intercultural, para que desde una visión de dos pueblos en aislamiento voluntario se determine la realidad de los hechos.

La protección del Estado para los pueblos y nacionalidades de reciente contacto y de aislamiento voluntario se refleja en una norma de carácter penal que sanciona la violación de los derechos colectivos bajo la tipificación del etnocidio, el mismo que

para el año 2014 se encontraba inserto en la norma anterior al Art. 441 del Código Penal ecuatoriano (1971) que determina: “Quien con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado...” (Art. innumerado)

Respecto a este delito que fue considerado dentro del caso sub examine para ser atribuido a los 17 miembros de la nacionalidad *Waorani*, por la muerte de miembros de la nacionalidad *Taromenane*, la Corte Constitucional analizó dos aspectos importantes que el juez *aquo* deberá tomar a consideración en su proceso: 1.- El verbo rector que tipifica el delito y 2.- La Convención para la Prevención y la Sanción de Delito de Genocidio. Sobre el primer punto el verbo rector del tipo penal establece una intencionalidad “con propósito de destruir”, es decir la persona actora debe tener pleno conocimiento e intención sobre el acto, dentro del contexto histórico de conflicto entre pueblos en aislamiento voluntario, desmontan sucesos trágicos entre *Waoranis* y *Taromenanes*, por cobrar venganza que desde su cosmovisión insta la paz, los sucesos ocurridos deben mirarse desde una óptica intercultural, que permita analizar si los hechos constituyen un delito de etnocidio o genocidio, posterior se determinara la autoría de los implicados.

Con relación al segundo punto la Corte Constitucional es enfática en revisar y aplicar lo establecido en el Art. 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción de Delito de Genocidio se debe tener a consideración, la *mens rea* que quiere decir como la intencionalidad, pero que esta no es suficiente sino se determina el *actus reus* que es la consumación del acto, este acto desde el Derecho Internacional establece parámetros para que se catalogue como genocidio como: la escala de atrocidades cometidas, los hechos sistemáticamente ejercidos, exclusión, y otros. Los jueces constitucionales instan al juez *aquo* a realizar un análisis completo del caso, no solo desde un tema jurídico penal, sino también precautelando la vulneración de derechos colectivos, e incluso que las infracciones penales deben ser consideradas desde un ámbito sociológico y antropológico al tener como involucrados a miembros de pueblos y nacionales, tal como establece la CRE.

El bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas que contienen, derechos, principios y valores que deben ser respetado y garantizados desde el ámbito constitucional e infra constitucional, dentro de este bloque el Ecuador se suscribió y ratifico el Convenio 169 de la OIT. La Corte Constitucional menciona que dentro del caso sub judice la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal podría vulnerar los Art. 8.1, 9.2 y 10.1.2 del convenio en mención, que se relacionan a los casos penales en los que se involucren personas pertenecientes a pueblos y nacionales, se deberá observar su derecho consuetudinario, costumbres, características económicas y sociales, así como sanciones distintas a la pena privativa de libertad.

Es preciso señalar que para entender la cosmovisión de los hechos suscitados la Corte Constitucional ordena la realización de peritajes sociológicos y antropológicos, para comprender si dichos actos son parte de su costumbre. Lo que se pudo verificar es que las actuaciones fiscales no tienen relación con el contexto social que vivían los *Waoranis* procesados, al privarles de la libertad fuera de su entorno natural comunitario como medida cautelar de carácter personal atentaron contra los derechos colectivos, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, por tal razón el juez *aquo* deberá subsanar todas las actuaciones fiscales y judiciales que no brinden un debido proceso con enfoque intercultural.

Principio de Igualdad y Test de igualdad

Respecto a garantizar el principio de igualdad, se deberá considerar que los miembros de la nacionalidad *Waorani* no se encuentran en una situación de igualdad, al no comprender la norma penal que tipifica el genocidio, ni siquiera conocen sobre la existencia de todo un ordenamiento jurídico fuera de su comunidad, por tal razón se encuentran en una condición de discriminación al no adaptar los procesos penales para su interpretación y solo se sustancian en relación a una justicia hegemónica que desconoce el pluralismo jurídico.

La igualdad material no debe ser vista como el trato igual indiscriminado para todos por parte del Estado, sino que se deberán considerar las circunstancias diversas de los grupos poblacionales para que la norma y el derecho pueda adaptarse y cumplir su fin, dentro de esta perspectiva la Corte Constitucional somete a los pueblos y nacionalidades al análisis sobre los parámetros del test de igualdad, para justificar si necesitan un trato diferenciado dentro del caso penal. Los mandatos evaluados fueron cuatro:

- 1.- Trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas
- 2.- Trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común.
- 3.-Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia)
- 4.- Trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) (Sentencia N.º 008-09-SAN-CC)

Las diferencias culturales de los miembros de la nacionalidad *Waorani* son notorias, e incluso de difícil comprensión para el mundo occidental, desde su idioma, alimentación que aún es de caza y pesca, hasta su forma de organización que es comunitaria de aislamiento voluntario en la selva de Orellana, esta cosmovisión coloca a los miembros de la nacionalidad *Waorani* dentro de los parámetros 2 y 4 del test de igualdad , por tal razón deben tener un trato diferenciado por parte de los agentes investigadores y por el juzgador para determinar la aplicación de la norma en consulta.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

Dentro del caso de análisis la consulta concreta de constitucionalidad remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana fue aceptada, en razón de que se necesitaba de un análisis intercultural previo aplicar la norma en el caso concreto, respecto a esto la Corte Constitucional aplicó el test de igualdad que ayudó a establecer parámetros y medidas que deben ser consideradas dentro de la sustanciación del proceso penal. Entre las medidas de reparación integral no existe reparación material sino solo de carácter inmaterial.

El juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural, con observancia de los parámetros señalados (sentencia constitucional N.º004-14-SNC-CC)

Entre otras medidas se resuelve que el juez segundo de garantías penales de Orellana subsane las actuaciones y omisiones dentro del proceso que no tengan una perspectiva intercultural y que la Defensoría del Pueblo realice la vigilancia del debido proceso e informe a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de la sentencia. Lo señalado efectivamente fue aplicado por la respectiva sala de garantías penales en Orellana, pudiendo primero determinar qué tipo de delito se cometió y desde una perspectiva intercultural el delito de genocidio no tenía cabida jurídica, por lo tanto, se determinó que se trataba de un homicidio; respecto a la responsabilidad de los procesados *Waoranis*, hasta la fecha solo se ha podido determinar que diez de los diecisiete participaron en el hecho.

Respecto a la sentencia que emitió el Tribunal de Garantías Penales de Francisco de Orellana, observo lo determinado en la Sentencia N.º 004-14-SNC-CC y desde una perspectiva intercultural, bajo los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT, las sanciones fueron establecidas en relación a la cosmovisión de la nacionalidad

Waorani, precautelando su libre desarrollo de la personalidad y relaciones comunitarias.

Análisis crítico a la sentencia constitucional

El caso en estudio es de conmoción nacional al ser el primer caso que llega a la justicia ordinaria, de todos los conflictos suscitados entre *Waoranis* y *Taromenanes*, además cobra mayor relevancia al ser un caso de conflicto de jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena, que pone en discusión y análisis a las cosmovisiones de estas nacionalidades y su vinculación dentro de los procesos penales en donde son procesados.

La complejidad del caso radica en el respeto de los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, pero a la vez proteger y garantizar la vida de los miembros de la nacionalidad *Taromenane*, lo que impulsa a la Corte Constitucional a entregar herramientas jurídicas para que el juzgador *aquo* en este caso y en casos similares pueda aplicar el enfoque intercultural con la perspectiva de no vulnerar derechos, y aplicando la cosmovisión de los pueblos no contactados.

Los argumentos usados por la Corte Constitucional fueron coherentes, respecto al cumplimiento del bloque de constitucionalidad, el análisis fue claro e indujo a que se aplique el Convenio 169 de la OIT (2014), en relación a la cosmovisión que debe ser considerada dentro los procesos penales, sin embargo considero que se debió abordar el posible problema de conflicto de competencia que se alegó por parte de los procesados, este considerando pudo delimitar el ejercicio de la jurisdicción indígena cuando no es suficiente para garantizar el derecho a la vida e integridad personal.

El método de interpretación empleado fue la aplicación del test de igual para justificar jurídicamente que los miembros de pueblos y nacionalidades en aislamiento voluntario merecen un trato diferenciado, por una racional causa que son las condiciones de vida en las que se desarrollan, además que tiene un fin válido constitucionalmente hablando, que va orientado a materializar el derecho a la igualdad

frente a la Ley. Al ser un test que permite realizar una restricción general a un derecho humano frente a un particular, como en el caso, se adecuara todo un proceso penal desde una cosmovisión intercultural e incluso en las sanciones, debía ser abordado con mayor amplitud y especificación para comprender la finalidad de su aplicación, que es garantizar el derecho a la no discriminación.

La sentencia si bien se enfoca a establecer la observancia y cumplimiento del bloque de constitucionalidad del Ecuador y de la materialización del derecho a la igualdad, considero que debió hacer énfasis en el análisis de la jurisdicción indígena, esta comprender en la autonomía jurisdiccional de administrar justicia en territorios designados. La nacionalidad *Waorani* y *Taromenane* habitan en el parque nacional Yasuní, en zonas catalogadas como intangibles libre de toda actividad extractivista y de conservación de las especies y nacionalidades. Este estándar de protección que asume el Estado para conservar la diversidad cultural de los pueblos en aislamiento voluntario tiene la finalidad de que sus costumbres puedan ser desarrolladas, desde esta perspectiva la jurisdicción indígena debe tener un mayor análisis dentro de la sentencia, que nos ayude a comprender ¿Cuál fue la razón? Por la que este caso llega a la jurisdicción ordinaria y no permaneció a criterio y administración de las autoridades *Waoranis*.

La respuesta a esta pregunta, radica en que estamos ante una vulneración al derecho a la vida, libertad e integridad física, que si bien es cierto se ocasionó en territorios intangibles designado para el habitad de los pueblos en aislamiento y en contra de sus integrantes, el derecho a la vida tiene una característica *ius cogens*, es decir es una norma imperativa e inderogable frente a otras, por lo que constituye para el Estado una obligación ineludible que debe ser cumplida, de este modo es una obligación también para las autoridades indígenas que pese a tener autonomía jurisdiccional deben proteger la inviolabilidad de la vida.

En consecuencia, si bien los puntos abordados por la Corte Constitucional para resolver el caso fueron cruentes y vinculantes, deja preguntas para el lector que debían

ser profundizadas y detalladas para mejor comprensión. Se debió precisar que la justicia ordinaria deberá transversalizar el enfoque intercultural, para no vulnerar derechos colectivos, pero también que se debe vincular el ordenamiento jurídico y tratados internacionales respecto a los delitos contra la vida y su importancia para construir una sociedad que permita el máximo desarrollo de los seres humanos en general.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

El derecho a la autodeterminación, es parte de los derechos colectivos reconocidos en la legislación ecuatoriana para los pueblos y nacionalidades, este derecho será garantizado en virtud del desarrollo de sus titulares, a la vez puede limitarse por la intervención de la justicia ordinaria, cuando los derechos no sean totalmente protegidos por la justicia indígena. Las garantías jurisdiccionales juegan un papel fundamental para instaurar la justicia social en un país donde el pluralismo jurídico debe ser materializando, pero desde un enfoque constitucional que resguarde los derechos colectivos e individuales.

Actualmente los derechos colectivos no son de total comprensión para la sociedad e incluso para los profesionales del derecho, de la administración de justicia ordinaria, por lo que su aplicación conlleva un gran desafío. El derecho consuetudinario se conforma por un sistema jurídico basado en la costumbre, tradiciones y cosmovisión indígena que ha sido transmitido de generación en generación de manera oral. Dentro de la sentencia N.º004-14-SNC-CC, los jueces constitucionales recalcan las características culturales y sociales que tienen las nacionalidades en aislamiento voluntario, las que no fueron observadas, ni concebidas en el proceso penal iniciado, lo que insto a través de sus pronunciamientos a materializar el deber que tiene la justicia ordinaria de efectivizar el Estado plurinacional, adecuando los procesos penales a una perspectiva pluricultural, para la vigencia de los derechos colectivos.

El test de igualdad es la herramienta jurídica que utilizó la Corte Constitucional para consensuar que era pertinente realizar un trato diferenciado a los miembros *Waorani*s procesados, que permitiera materializar el derecho a la igualdad y no discriminación por su forma de vida que no es compatible con la justicia ordinaria, misma diferenciación se debe contemplar en los próximos casos similares que sucedan dentro del territorio.

Recomendaciones

En lo jurídico es necesario reforzar la capacitación y sensibilización respecto al Estado plurinacional de derechos y justicia que la CRE establece, para que se genere mayor comprensión respecto al deber que tienen los funcionarios públicos, administradores de justicia al hacer las veces de Estado, en cuanto a ser los garantistas de derechos, a la vez es importante profundizar y difundir sobre la constitucionalización del derecho penal, para que los derechos colectivos reconocidos en lo que se llama el bloque de constitucionalidad, no sea solamente letra muerta sino que sea aplicada.

En lo académico se debe promover el estudio específico de los pueblos y nacionalidades, su diversidad, cultura y derecho consuetudinario, con la finalidad de comprender los principales elementos de la cosmovisión indígena, frente a la resolución de problemas. A la vez se debe reforzar el enfoque intercultural desde los niveles primarios de la educación para concebirnos como diversos y no homogéneos, con miras a crear un Estado de igualdad y equidad, sin discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, A. (2014). *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Baptista, R. (2019). *Derechos Humanos individual y colectivo*.
- Calera, L. (2004). *¿Hay derechos colectivos?* Editorial Ariel. <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/48244>.
- CONAIE. (s.f.). *Las Nacionalidades indígenas en el Ecuador*. Ecuador: Versión Online. Pág. 10, 11.
- Convención de Viena. (1969). *Convención de Viena Art. 53*.
- Corporación de los pueblos Kickwas de Saraguro Corpukis- Pueblo Saraguro. (2018). *Manual de Justicia Indígena*. Latacunga.
- CRE, Art. 171 (2008).
- Cruz, E. (2013). *Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena reflexión sobre los casos de Bolivia*. Revista VIA IURIS, 58.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Sobre Los Derechos Fundamentales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional UNAM, 10.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kymlicka, W. (s.f.). *Ciudadanía Multicultural*. op, cit, p 71.
- Lanata, J. (2014). *Violencia estatal en Perspectiva Transdisciplinar*. San Carlos de Bariloche: IIDyPCa- CONICET-UNRN.
- Laurent, A. (1985). *Histoire de l'individualisme*. Francia: cit:pp4-5.

- ONU, O. d. (1996). *Recomendación General No 21 Relativa al derecho de la autodeterminación*.
- Pérez, C. (1997). *El Derecho De Autodeterminación De Los Pueblos Perspectiva Actual*. Revista De Derecho De La Universidad Catolica De Valparaiso, 9.
- Quintero, A. D. (06 de febrero de 2017). *Los derechos colectivos en el Ecuador*. Gaceta Judicial , Pág. 1.
- Rousseau, J. (1762). *Contrato Social*. Amsterdam: Marc-Michel-Rey.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Saramaka vs Suriname* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de febrero de 2010).
- Sentencia N.º 008-09-SAN-CC (Corte Constitucional del Ecuador).
- Sentencia Nro. 004-14-SNC-CC., Caso 0072-14-CC (Corte Constitucional del Ecuador 06 de Agosto de 2014).
- Tibán, L. (2001). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador Aplicabilidad Alcances y Limitaciones*. Quito: INDESIC, Insituto para el Desarrollo Social de las Investigaciones Científicas: Fundación Hanss Seidel.
- Vásquez, C. (2012). *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*.
- Wellman, C. (s.f.). *Liberalism, Communitarism and Grouo Rights*. op,cit,pp 3 y 40.
- Yakulema, V. (2015). *La Justicia Runa*. Quito: Fundación Regional de Asesoría de Derechps Humanos INREDH.
- Pérez Triviño, J. L. (2016). *Los genocidios del siglo XX*. Editorial UOC.

Friedrich Ebert Stiftung (2021). *La explotación del Yasuní en Medio del Derrumbe Petrolero Global*. Ediciones Abya Yala.

González Galván, J. A. (Coord.). (2020). *Manual de derecho indígena*. FCE - Fondo de Cultura Económica.

Mariño Menéndez, F. M. & Oliva Martínez, J. D. (Il.). (2016). *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Dykinson.

Berraondo, M. (2013). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Publicaciones de la Universidad de Deusto.

Ucín, M. C. (2011). *La tutela de los derechos sociales: el proceso colectivo como alternativa procesal*. Librería Editora Platense S.R.L.

Caicedo Tapia Alberto (2009) *Derecho Constitucional Andino*. Revista de Derecho, No. 12, UASB-Ecuador.

Mendes de Carvalho, É. (2007). *Punibilidad y delito*. Editorial Reus.

Cabedo Mallol, V. (2005). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia.

Ansuátegui Roig, F. J. (2001). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Dykinson.

ONU, (1960) *Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales*.

Organización Internacional del Trabajo (2014) *Convención número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*