



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

**PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN PROCESOS RELATIVOS A
COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES. ANÁLISIS DE LA
SENTENCIA No. 112-14- JH/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL
ECUADOR**

Trabajo de titulación, estudio del caso, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor (a)

Mariela Alexandra Vásquez Paredes

Tutor(a): Mg. Luis Fernando Sarango Macas

QUITO – ECUADOR

2024

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

Yo, Mariela Alexandra Vásquez Paredes, declaro ser autora del Trabajo de Titulación con el nombre “Peritaje antropológico en procesos relativos a comunidades, pueblos y nacionalidades. Análisis de la Sentencia No. 112-14-JH/21 de la Corte Constitucional del Ecuador”, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención 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 Quito, a los 5 días del mes de marzo de 2024, firmo conforme:

Autor: Mariela Alexandra Vásquez Paredes

Firma: ...

Número de Cédula: 1713504882

Dirección: Pichincha, Quito, San Antonio, San Francisco

Correo electrónico: abogadamarielavasquez1247@hotmail.com

Teléfono: 0959562169

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “Peritaje antropológico en procesos relativos a comunidades, pueblos y nacionalidades. Análisis de la Sentencia 112-14-JH/21 de la Corte Constitucional del Ecuador” presentado por Mariela Alexandra Vásquez Paredes para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación 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.

Quito, 5 de marzo de 2024.

Ab. Luis Fernando Sarango Macas Mg.

C.I. 1102133186

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

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

Quito, 5 de marzo de 2024.

.....

Mariela Alexandra Vásquez Paredes

C.I. 1713504882

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN PROCESOS RELATIVOS A COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 112-14-JH/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 5 de marzo de 2024.

.....
Ab. Germán Alberto Mosquera Narvárez Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....
Ab. Miltón Enrique Rocha Pullopaxi Mg.
EXAMINADOR

.....
Ab. Luis Fernando Sarango Macas Mg.
DIRECTOR TUTOR

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación lo dedico a mis hijos por estar siempre presente con su apoyo incondicional en todos mis proyectos académicos. Con amor a Sarai, Celine y Martín.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento profundo a mis hijos, por su paciencia, por el apoyo incondicional de siempre, y por estar presente en todos mis planes y proyectos.

Agradezco a la prestigiosa Universidad Indoamérica, a la Unidad de Posgrados, a mi tutor guía el Mg. Luis Fernando Sarango Macas, por su apoyo dentro del presente logro alcanzado.

ÍNDICE DE CONTENIDO

APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	v
RESUMEN EJECUTIVO.....	xii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	6
MARCO TEÓRICO.....	6
Los derechos colectivos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades en la normativa nacional e internacional.....	6
Los derechos colectivos en el Ecuador.....	6
Concepto de derecho colectivo.....	9
Fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos.....	11
Marco normativo nacional.....	11
Marco normativo internacional.....	16
Los derechos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades, en el modelo constitucional ecuatoriano.....	17
Conceptos de comunidades.....	18
Conceptos de pueblos.....	19
Conceptos de nacionalidades.....	21
La cosmovisión indígena.....	22

La Interculturalidad y plurinacionalidad.....	24
Interculturalidad.....	24
Plurinacionalidad.....	26
La Justicia Indígena.....	27
Reconocimiento constitucional de la justicia indígena, interculturalidad, plurinacionalidad, en el Ecuador.....	30
El Peritaje Antropológico.....	32
El peritaje antropológico como prueba pericial.....	33
Aplicación del peritaje antropológico dentro del proceso penal.....	38
Valoración probatoria del peritaje antropológico para determinar la aplicación del principio de interculturalidad y las penas alternativas.....	39
Realidad nacional vinculada a la justicia indígena y la aplicación del peritaje antropológico dentro de procesos relativos a personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.....	41
CAPÍTULO II.....	43
ANÁLISIS DE CASO.....	43
Temática a ser aborda.....	43
Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación a derechos colectivos a la identidad de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades.....	43
La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de grupos invisibilizados	44
El rol de la Corte Constitucional.....	46
Puntualizaciones metodológicas.....	49

Antecedentes del caso concreto	54
Decisiones de primera y segunda instancia.....	56
Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	59
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional	62
Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis.....	70
Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional	71
a) Disposición de carácter tardío.....	73
b) Intervención del Estado	73
c) Participación de autoridades indígenas de la nacionalidad Waorani	74
d) Plan con carácter participativo.....	75
e) Capacitación y sensibilización de los operadores de justicia a nivel nacional	75
f) Protocolo de atención especializada para personas indígenas.....	75
g) Difusión del contenido de la sentencia No. 112-14-JH/21	76
h) Medida de rehabilitación	76
i) Medidas de satisfacción.....	76
j) Garantías de no repetición	77
k) Reparación económica.....	77
Análisis crítico a la Sentencia No. 112-14-JH/21 emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana	77
Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano	88
Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional	88
Métodos de interpretación.....	90

Propuesta personal de solución del caso	91
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA.....	97

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
UNIDAD DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN PROCESOS RELATIVOS A COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 112-14-JH/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

AUTOR: Mariela Alexandra Vásquez Paredes

TUTOR: Mg. Luis Fernando Sarango Macas

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación tiene como objeto de estudio analizar en qué medida se afectaron los derechos colectivos de personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, dentro del problema jurídico de Habeas Corpus Waorani 112-14-JH/21 que analizó la Corte Constitucional del Ecuador. Partiendo del hecho, de la utilización del peritaje antropológico como un mecanismo obligatorio dentro de las garantías y alcance del principio de interculturalidad en la aplicación de penas alternativas, que eviten la privación de libertad de personas que conforman las comunidades y nacionalidades indígenas del Ecuador, sin que ello afecte a las normativas jurídicas internas o los tratados internacionales de derechos humanos. Cabe resaltar que el Estado Ecuatoriano reconoce la justicia indígena, la pluralidad, la interpretación intercultural, y la obligatoriedad de la aplicación del peritaje antropológico, mismos que han sido relativamente desconocidos por los operadores de justicia de primera y segunda instancia dentro del presente caso de estudio, no obstante, cabe resaltar que la protección y amparo de este grupo se encuentran reconocidos en normas y cuerpos legales nacionales e internacionales. Es así que en el enfoque principal de la investigación se desarrollan las normas y procedimientos dentro de la aplicación del peritaje antropológico en los procesos relativos que involucran a personas pertenecientes a nacionalidades indígenas del Ecuador. Para ello, se empleó el método inductivo con el que se analizaron las principales bases normativas nacionales e internacionales con el fin de establecer conceptos claros para conocer, comprender y entender la necesidad de aplicar el peritaje antropológico en casos concretos dentro de procesos judiciales relativos a personas indígenas, en particular, a las personas pertenecientes a pueblos no contactados, además, con el desarrollo teórico-crítico utilizado, se obtuvieron las consideraciones y conclusiones personales en torno a la temática propuesta.

DESCRIPTORES: control constitucional, derechos colectivos, interculturalidad, peritaje antropológico, plurinacionalidad.

INDOAMÉRICA TECHNOLOGICAL UNIVERSITY
POSTGRADUATE ADDRESS
MASTER'S DEGREE IN LAW, MENTION IN CONSTITUTIONAL LAW

THEME: ANTHROPOLOGICAL EXPERTISE IN PROCESSES RELATED TO COMMUNITIES, PEOPLE AND NATIONALITIES. ANALYSIS OF JUDGMENT 112-14-JH/21 OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR

AUTHOR: Mariela Alexandra Vásquez Paredes

GUARDIAN: Mg. Luis Fernando Sarango Macas

ABSTRACT

This research study aims to analyze to what extent the collective rights of persons belonging to indigenous communities, peoples, and nationalities were affected by the legal problem of Habeas Corpus Waorani 112-14-JH/21 whose analysis was done by the Constitutional Court of Ecuador. Based on the fact that anthropological expertise is used as a mandatory mechanism within the guarantees and scope of the principle of interculturality in the application of alternative penalties to prevent the deprivation of freedom for individuals belonging to the indigenous communities and nationalities of Ecuador without impacting either domestic legal regulations or international human rights treaties. It is important to note that the Ecuadorian State recognizes indigenous justice, plurality, intercultural interpretation, and the mandatory application of anthropological expertise, the first and second-instance justice operators, in this case, were relatively unaware of them. However, National and international laws recognize the protection and protection of this group. Thus, the focus of the investigation is to develop rules and procedures for applying anthropological expertise in related processes, dealing with people who belong to indigenous nationalities in Ecuador. To this end, the inductive method was used to analyze the main national and international normative bases to establish clear concepts to comprehend, and understand, the need of applying anthropological expertise in specific cases related to judicial proceedings that involve indigenous people. The proposed theme is specifically intended for those who belong to uncontacted peoples, and theoretical-critical development was used to.

KEYWORDS: Anthropological expertise, indigenous justice, interculturality

INTRODUCCIÓN

El Estado Ecuatoriano reconoce la justicia indígena, la pluralidad, la interpretación intercultural, y la aplicación de la aplicación del peritaje antropológico dentro de procesos judiciales en los que se encuentran inmersos comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Estos aspectos de carácter relevante han sido relativamente desconocidos por los Jueces y operadores de justicia de primera y segunda instancia, quienes avocaron conocimiento sobre el conflicto entre las comunidades indígenas Waorani y Tagaeri Taromenane.

Al ser éste un tema tan controversial, se debió considerar que existen cuerpos legales nacionales e internacionales en los que se protege las costumbres, tradiciones, vida cultural e intercultural de los pueblos y nacionalidades indígenas contactados y no contactados, y a pesar de ello, se presentaron grandes falencias en el ámbito jurídico al momento de aplicar justicia, pues se lo realizó con justicia ordinaria, la misma que vulneró en todos sus ámbitos los derechos de las personas que fueron detenidas acusadas de genocidas y que pertenecen a la comunidad Waorani.

En este contexto, el presente trabajo encamina su investigación en establecer cuáles son las normas y procedimientos que se deben aplicar dentro de procesos judiciales en los que se encuentran inmersas personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, principalmente el cómo proceder ante la imperiosa necesidad de la aplicación obligatoria del peritaje antropológico, el mismo que evita la vulneración de los derechos de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

En este sentido, la normativa jurídica analizada desde el contexto nacional e internacional versa en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (2014) (por sus siglas OIT). En este contexto se consideró importante resaltar el artículo 57, numeral 10 de la Constitución ecuatoriana (2008) en el que se incluyen los derechos colectivos, principalmente aquellos que refieren al crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, los mismos que no pueden ser vulnerados por derechos constitucionales, con énfasis especial el de mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Así mismo, se consideró el numeral 17 del referido artículo, el mismo que hace alusión que antes de adoptar cualquier medida normativa, legislativa o administrativa que afecte a comunidades, pueblos y nacionalidades, deben ser consultadas previamente a fin de evitar vulnerar sus derechos. Por otra parte, resulta importante considerar el artículo 8, numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT (2014), en los que se establece la obligación de respetar las costumbres o el derecho consuetudinario de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas involucradas, principalmente cuando se trate de aplicar la normativa ordinaria de cada país, sin que ello afecte el respeto del sistema jurídico nacional y la aplicación de los derechos humanos.

Con la preceptiva jurídica descrita y el tema de investigación propuesto, el impacto que se espera alcanzar es el de poner en evidencia la falta de obligatoriedad que existe en cuanto a la disposición de elaborar un peritaje antropológico dentro de los procesos relacionados a personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de ahí surge la necesidad de empapar a los profesionales

de derecho, los operadores de justicia y al sistema judicial en general, sobre el conocimiento de estos aplicables en cuanto al tema de la interculturalidad.

Para lograr este fin se ha planteado la siguiente pregunta guía de investigación: ¿en qué medida afecta la falta de aplicación del peritaje antropológico dentro de los procesos relativos a personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?, como respuesta a esta pregunta se consideró pertinente formular el siguiente objetivo general: analizar de manera jurídica si el peritaje antropológico dentro de procesos relativos a personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades, que se realiza en el caso de Hábeas Corpus Waorani 112-14-JH/21 es oportuno para la no afectación de los derechos colectivos.

Así mismo, los objetivos específicos resultan de gran valía en torno al establecimiento de la problemática social y jurídica que implica la aplicación de la justicia ordinaria a hombres y mujeres que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para ello se consideraron los siguientes objetivos específicos: fundamentar teóricamente si la obligatoriedad del peritaje antropológico es oportuno para la no afectación a los derechos de colectivos, determinar cuándo se debe aplicar la obligatoriedad de un peritaje antropológico para la no afectación a los derechos de colectivos, y finalmente, establecer cuáles son las falencias dentro del proceso relativo a personas pertenecientes a comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas por la falta de obligatoriedad del peritaje antropológico.

Mediante la fundamentación teórica sobre la obligatoriedad de la utilización del peritaje antropológico se determinará si este instrumento es oportuno o no para

evitar la afectación de los derechos colectivos. De igual manera, resulta importante establecer cuáles son las falencias y las principales implicaciones al no aplicar el peritaje antropológico dentro de procesos judiciales relativos a las personas pertenecientes a comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas.

Además, es menester resaltar que, para llevar a cabo la presente investigación se utilizaron fuentes de información indirectas de carácter formal, tales como: “sentencia No. 112-14-JH/21 de la Corte Constitucional, la Constitución del Ecuador” (2008), así como también convenios internacionales como el Convenio 169 de la OIT (2014) que hacen referencia al objeto de estudio. De igual manera, resulta importante destacar que el desarrollo del presente trabajo se realizó mediante la utilización del método inductivo, del método deductivo, y del análisis de caso; es menester resaltar que a partir del análisis de las teorías, se recurrió a la técnica empírica para el análisis de los documentos jurídicos encontrados que refieren a la obligatoriedad del peritaje antropológico en procesos judiciales en los que se encuentren inmersas personas de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Con respecto al sistema capitular, se consideraron dos capítulos que abordan el marco teórico y el análisis de caso respectivamente. Es así que en el primer capítulo se desarrolló el derecho colectivo de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades en la normativa nacional e internacional, de igual manera se desarrolló la importancia de los derechos colectivos en el Ecuador, el concepto de derecho colectivo, los fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos, el marco normativo nacional e internacional, los derechos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades,

en el modelo constitucional ecuatoriano, conceptos de comunidades, pueblos y nacionalidades, la cosmovisión indígena, la interculturalidad y plurinacionalidad, la justicia indígena, el reconocimiento constitucional de la justicia indígena, interculturalidad y plurinacionalidad en el Ecuador, el peritaje antropológico como prueba pericial, la aplicación del peritaje antropológico dentro del proceso penal, la valoración probatoria del peritaje antropológico y la realidad nacional vinculada a la justicia indígena.

De igual manera, se consideraron los fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos, el marco normativo constitucional nacional, la Constitución de la Republica del Ecuador, el Código Orgánico de la Función Judicial y la aplicación de la interculturalidad, los sistemas híbridos o mixtos, el marco normativo internacional, el Convenio 169 de la OIT, los derechos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades en el modelo constitucional ecuatoriano, los conceptos de comunidades, pueblos y nacionalidades, finalmente, el reconocimiento constitucional de la justicia indígena, intercultural y plurinacional en el Ecuador.

Por su parte, en el segundo capítulo se realizó un análisis jurídico de la sentencia No. 112-14 JH/21, misma que fue emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, para posteriormente realizar un análisis crítico de la Sentencia 112-114-JH/21. Dentro de estos análisis se observaron las principales puntualizaciones metodológicas utilizadas por la Corte Constitucional: antecedentes del caso, decisiones de primera y segunda instancia, procedimiento, problemas jurídicos, protección de los derechos a la libertad e integridad personal de personas indígenas, análisis de las medidas de reparación dispuestas por la Corte.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

Los derechos colectivos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades en la normativa nacional e internacional

El primer capítulo inicia estableciendo la importancia de los derechos colectivos en el Ecuador así como la definición conceptual del mismo, se considera oportuno también abordar los conceptos y desarrollos teóricos de interculturalidad y plurinacionalidad, de justicia indígena, de peritaje antropológico, de la realidad nacional vinculada a la justicia indígena y la aplicación del peritaje antropológico dentro de procesos relativos a personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades.

Así mismo, se destaca la importancia de los fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos, el marco normativo constitucional nacional, la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Función Judicial y la aplicación de la interculturalidad, los sistemas híbridos o mixtos, el marco normativo internacional, el Convenio 169 de la OIT, los derechos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades en el modelo constitucional ecuatoriano, los conceptos de comunidades, pueblos y nacionalidades, finalmente, se desarrolla la importancia teórica del reconocimiento constitucional de la justicia indígena, interculturalidad, plurinacionalidad en el Ecuador, todo ello con el fin de enriquecer el trabajo de investigación propuesto.

Los derechos colectivos en el Ecuador

Históricamente los derechos colectivos en el Ecuador se establecieron en la Constituciones de 1929 (la familia y los sindicatos), 1998 (comunidades, pueblos y

nacionalidades indígenas y afrodescendientes), y 2008 (comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas y afrodescendientes y, pueblos montubios). En la Constitución de 1998, se plasmó un capítulo completo denominado “De los derechos colectivos”, el mismo que se encontraba dividido en secciones que abordaban los derechos de los pueblos indígenas y negros, así mismo, a partir del artículo 83 de esta Constitución, se hizo alusión a los derechos del medio ambiente y a los derechos de los consumidores.

Sin embargo, Medina (1999) hace referencia que a pesar de que en esta Constitución se ratifican los derechos colectivos, éstos se vulneraban en tanto, “[...] los consumidores, los pueblos indígenas y negros, los ciudadanos agraviados por un medio ambiente contaminado, son los sujetos protegidos, no en cuanto individualidades sino en cuanto miembros de una colectividad” (p. 231).

Medina explica además que los derechos colectivos en la época no trascendían socialmente y los infractores del hecho repetían su conducta por la falta de aplicación oportuna de la normativa jurídica, es así que “[...] el indio o el negro discriminado, el intoxicado por un producto de mala calidad o por un aire viciado poco o nada lograrán exigiendo una reivindicación de carácter individual, sobre todo porque no trascendería socialmente el hecho” (Medina, 1999, p. 232).

Cabe resaltar que en la Constitución de 1998 se abordaron los derechos colectivos dentro del marco de grupos, categorías y clases de personas, por ejemplo, se consideró como grupos vulnerables a niños, adolescentes, personas con discapacidad, entre otros, sin embargo, la ubicación que se les otorgó a estos grupos dentro del texto normativo, hace que formen parte de los derechos económicos, sociales y culturales y no de los derechos colectivos como tal.

Si bien, la necesidad de reconocer jurídicamente a los colectivos ha sido una lucha constante dentro del ámbito de la protección de los derechos humanos y con el transcurso del tiempo ha evolucionado, la Constitución del 2008 (vigente actualmente), presenta un giro normativo completamente distinto al anterior, pues reconoce los derechos colectivos como los derechos del buen vivir, los mismos que no se encuentran ubicados en el texto por generaciones como la Constitución de 1998, ni tampoco utiliza las denominaciones clásicas del derecho civil (económicos, sociales, culturales o colectivos), sino que más bien, utiliza la denominación de los derechos del buen vivir.

Entre los principales derechos del buen vivir se encuentran: el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (entre ellos: adultos mayores, jóvenes, niños, niñas y adolescentes, etc.), los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los derechos de participación, los derechos de libertad, entre otros.

No obstante, la Constitución actual mantiene los derechos colectivos que se plasmaron en la Constitución de 1998, por ejemplo, en el artículo 11, numeral 1, se hace alusión a: “[...] los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.1). Este mismo concepto se encuentra replicado en el Capítulo II de la constitución de 1998 que refiere a los derechos civiles, así pues, se observa que el surgimiento de los nuevos conceptos procesales o las modificaciones que se realicen en cuanto a la legitimación de los derechos colectivos responde a cada época y contexto, respetando y priorizando la condición humana de cada individuo.

Concepto de derecho colectivo

Existen varios conceptos que definen el derecho colectivo, entre los principales que se han considerado en el presente estudio, se encuentra el criterio que se expone en la “Sentencia No. 112-14-JH/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador” (2021) en la que se hace alusión a los derechos colectivos como aquellos que se complementan con los derechos individuales ya que crean condiciones para el ejercicio de los derechos individuales, textualmente indica:

[...] Los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas no se oponen, sino que se complementan e interrelacionan estrechamente con los derechos individuales, que la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen [...]. Por tanto, los derechos colectivos crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales, como el derecho a la libertad de expresión, al libre desarrollo de la personalidad o a participar en la vida cultural de la comunidad. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 25)

Por su parte, en el Fallo 1330 de 2011, emitido por el Consejo de Estado de Colombia, se hace referencia a que los derechos e intereses colectivos son aquellos que pertenecen a la comunidad y sirven para garantizar las necesidades colectivas, así pues, textualmente indica: “[...] los derechos e intereses colectivos pueden definirse como aquellos derechos que pertenecen a la comunidad y que tienen como finalidad garantizar que las necesidades colectivas se satisfagan” (Consejo de Estado de Colombia, 2011, Fallo 1330, párr. 73).

De igual manera, en la Sentencia 622 de 2007, la Corte Constitucional de Colombia hizo referencia a los derechos colectivos como aquellos que se enmarcan en la solidaridad, en la participación colectiva y no excluyente, textualmente indica:

[...] Sobre los derechos colectivos, ha precisado la Corte que los mismos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y cada uno de los individuos y que, como tales, exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia [...] y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo. (Corte Constitucional de Colombia, 2007, Sentencia 622, p.63)

Así mismo, la Sala Plena de la Corte de Colombia definió el derecho colectivo como aquel interés que se establece en un grupo de individuos y que excluye a aquellas motivaciones subjetivas o particulares, es decir, el derecho colectivo pertenece a todos los miembros de una colectividad determinada, en la que existe una participación activa cuando se trata de aplicar la administración de justicia a favor de su protección. (Corte Constitucional de Colombia, 2014, Sentencia No. T-097)

Por su parte, Chávez (2007) refiere que los derechos colectivos son aquellos que nacen a favor de la pluralidad de las personas y los titulares de derechos no son individuos aislados sino todos los miembros de una colectividad, los mismos que gozan de beneficios colectivos, así el autor textualmente lo indica:

Los derechos colectivos o derechos de los pueblos nacen a favor de una pluralidad de personas. Se caracterizan porque frente a su violación, todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad y sus beneficios son indivisibles entre todo el colectivo demandante. (Chávez, 2007, párr. 12)

Con los conceptos expuestos en líneas anteriores se puede concluir que los derechos colectivos representan y garantizan los derechos a cada uno de los miembros de una comunidad determinada, aquí se excluyen aquellos conceptos y garantías individuales y subjetivas, pues se busca el beneficio de la colectividad en su conjunto.

Fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos

Dentro del presente apartado se analizarán los marcos normativos nacionales como; la Constitución de la República del Ecuador (2008), Código Orgánico de la Función Judicial (2009), y los Sistemas híbridos o mixtos, así como también los marcos normativos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que protegen los derechos colectivos a fin de establecer su relevancia en la presente investigación.

Marco normativo nacional

Constitución de la Republica del Ecuador

El 28 de septiembre de 2008 fue aprobada por la Asamblea Constituyente la Constitución de la República del Ecuador que sustituyó a la Carta Magna de 1998, y proclamada oficialmente el 15 de octubre de 2008, y uno de los logros más eminentes de la Constitución del 2008 es el reconocimiento que realiza al Ecuador como un estado plurinacional e intercultural, además, reivindica el uso del idioma

quechua, el respeto por su propia educación y por sus formas de organización, garantiza su existencia y autodefinición como pueblos y nacionalidades, protege y reconoce la práctica de su medicina ancestral tradicional, entre otros aspectos que han sido importantes dentro de la vida de las colectividades.

Es menester resaltar que, para el efecto de la aplicación de los derechos colectivos se los debe considerar como parte de los derechos humanos ya que protegen a los pueblos de manera colectiva, y garantizan la subsistencia de estos. A pesar de que los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas han sido aplicados a lo largo de la historia, en la actualidad el Estado garantiza su permanencia y vigencia, así pues, el derecho a la tierra ha sido tradicionalmente de propiedad colectiva de la comunidad o de los núcleos sociales.

De igual manera, la solución de conflictos legales se establece sobre la base de sus propias normas dentro del ámbito comunitario. Así pues, la administración de justicia indígena presenta su característica de reparación de los daños, aplica la reconciliación que se establece entre acuerdos y compromisos que las partes generan de forma voluntaria con la finalidad de que la comunidad conserve su paz y armonía interna.

Estas concepciones de los derechos colectivos, se encontraban reconocidas en la Constitución de 1998 en los artículos 83 y 84, y en la actualidad fueron ratificados en los artículos: 56, 57, 58, 59 y 60 de la Constitución de la República (2008), la misma que faculta a los pueblos y nacionalidades a definirse como tales, y además “[...] promueve a ejercer de manera colectiva los 21 numerales” que se encuentran establecidos en el artículo 57 de la Constitución de 2008 con respecto a los derechos colectivos. Cabe resaltar que los artículos 58 y 59 de la Constitución

vigente, hacen referencia a que los pueblos afroecuatorianos y montubios tienen derecho también de ejercer sus derechos colectivos a fin de fortalecer sus culturas e identidades.

El Código Orgánico de la Función Judicial y la aplicación de la interculturalidad

El Código Orgánico de la Función Judicial (a partir de este momento COFJ) fue inscrito en el Registro Oficial, mediante Suplemento 544, el 09 de marzo de 2009, como una normativa judicial integral, la misma que abarca importantes avances dentro del marco de la interculturalidad, en su artículo 344 se establecen los principios de la justicia intercultural que giran en torno a cinco ejes principales inscritos en los literales a), b), c), d) y e): diversidad, igualdad, *non bis in idem*, pro jurisdicción indígena, interpretación intercultural.

Con respecto a la diversidad el COFJ refiere que los representantes del sistema judicial deben considerar el derecho propio, las costumbres y las prácticas ancestrales de las personas que pertenecen a los pueblos indígenas, a fin de garantizar el reconocimiento oportuno de la diversidad cultural.

En lo concerniente a la igualdad, el COFJ indica que la autoridad competente es la encargada de tomar las medidas oportunas que garanticen la comprensión de los procedimientos, de las normas y de las consecuencias jurídicas que se presenten dentro de un proceso en el que intervengan personas que pertenecen a colectividades indígenas, en este sentido, se dispondrá como medida la intervención procesal de traductores, así como también la intervención de peritos antropólogos certificados y especialistas en derecho indígena, con el fin de evitar la vulneración de sus derechos.

Con respecto al *non bis in idem*, el COFJ indica que las actuaciones realizadas por las autoridades de la justicia indígena “[...] no pueden ni deben ser juzgadas ni revisadas por los jueces y operadores de justicia” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009), que pertenecen a la Función Judicial, ni por ninguna autoridad administrativa, sin perjuicio del control constitucional.

En lo concerniente a pro jurisdicción indígena, el COFJ refiere que en caso de que se presente una duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se debe preferir a la justicia indígena a fin de que se garantice su autonomía a través de una ínfima intervención por parte de la justicia ordinaria.

Finalmente, con respecto a la interpretación intercultural, el COFJ considera que en el caso de que las personas o colectividades indígenas deban comparecer ante la justicia ordinaria, la decisión judicial debe considerar la interpretación intercultural de los derechos controvertidos en el litigio, es decir, se tomarán los “[...] elementos culturales que se encuentren relacionados con sus costumbres, sus prácticas ancestrales, sus normas y procedimientos propios de los pueblos, y nacionalidades indígenas” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009), a fin de que se apliquen todos los derechos que se encuentran establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Sistemas híbridos o mixtos

En la normativa jurídica del Estado ecuatoriano se presentan sistemas híbridos o mixtos que dentro de la aplicación del derecho pueden utilizarse de manera indistinta a fin de resolver un proceso judicial determinado, tomando en cuenta el mejor criterio jurídico para resolver y garantizar de manera favorable los derechos constitucionales que le corresponde a cada individuo, sin olvidar que la

Constitución y las normas internacionales de derechos humanos priman por sobre cualquier otra norma.

Un claro ejemplo de sistemas híbridos o mixtos se presenta en el marco de la justicia indígena y la justicia ordinaria, pues en la Constitución de la República del Ecuador (2008) se reconoce y reivindica el valor y aplicación de la justicia indígena. Así mismo, en el marco de los conflictos colectivos laborales se presenta una administración de justicia híbrida que encuentra un marco regulatorio en las disposiciones inmersas tanto en el Código de trabajo como en las normativas de carácter civil.

La esencia de estos sistemas se enmarca en la aplicación del derecho como tal y la aplicación del carácter reivindicativo, se utilizan principalmente dentro de la naturaleza jurídica del arbitraje que no sólo responde de forma jurisdiccional, sino que existe la necesidad de un convenio arbitral que surge entre la voluntad de las partes.

No obstante, dentro de estos sistemas puede presentarse contradicción entre una ley y la Constitución, en este sentido Ávila (2012) refiere que esto se presenta cuando “[...] todavía vivimos en un modelo híbrido en el que la normativa infraconstitucional no acaba de adecuarse al programa constitucional. Pero hay que ser enfáticos en que no existe una invitación abierta a la administración para desobedecer la ley” (p. 248). En este sentido, la contradicción normativa resulta un factor negativo que debe ser revisado a fin de evitar una aplicación errónea en el marco de la justicia.

Marco normativo internacional

Convenio 169 de la OIT

El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (a partir de este momento OIT), entró en vigor en el año 1991, su característica principal se enmarca como un modelo sugerente de reformas constitucionales y legales en materia indígena, en él se abarcan conceptos y nociones importantes tales como: pueblos y comunidades indígenas, territorios tradicionales, autoidentificación y autonomía, usos y costumbres, consulta previa, entre otras. Su carácter reivindicador ha sido replicado en diferentes normativas legales en varios países de la Región, es así que “[...] el Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT el 15 de mayo de 1998, sin embargo, su publicación se la realizó en el Suplemento del Registro Oficial No. 296, el 7 de junio de 1999” (Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 1999).

Acosta (2010), refiere que “[...] el propósito del Convenio 169 de la OTI es el de llegar a acuerdos, entre Comunidad y Estado, o buscar el consentimiento de la Comunidad con respecto al proyecto a realizarse” (p. 12). De ahí que el Convenio 169 ha sido empleado por las propias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ya que éste consolida el concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas.

Dentro de los conceptos establecidos en el Convenio 169, se encuentra la consulta previa enmarcada en el artículo 6, numerales 1 y 2, la misma que se utiliza para precautelar los derechos de las pueblos y nacionalidades indígenas ante posibles daños de carácter ecológico, cultural o social, mismos que pueden ser producidos por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables.

Así mismo, la consulta previa puede utilizarse también para establecer la participación de la comunidad en diferentes beneficios que generen la realización de este tipo de proyectos de extracción sin que ello afecte su hábitat, o en su defecto, si se han producido daños, deben ser indemnizadas por los perjuicios socio ambientales que estos proyectos dejaron.

Los derechos de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades, en el modelo constitucional ecuatoriano

Dentro del modelo constitucional ecuatoriano se han incorporado y reivindicado los derechos colectivos de los diferentes grupos étnico culturales que habitan en todo el territorio nacional, de igual manera, la Corte Constitucional del Ecuador ha jugado un papel importante en el ámbito de la jurisprudencia que refiere a los derechos de los pueblos originarios, pues mediante la aplicación jurídica de una oportuna perspectiva intercultural, dentro de las causas que este organismo conoce y resuelve, se ha generado jurisprudencia relevante en relación a diferentes ámbitos de carácter étnico-culturales, las mismas que tienen como finalidad establecer la protección para los pueblos y nacionalidades indígenas, es decir, se parte de una interpretación intercultural para resolver cada caso.

Cabe resaltar que en el modelo constitucional ecuatoriano se hace un reconocimiento a la continuidad histórica de los pueblos indígenas, es así que dentro del preámbulo de la Constitución (2008) se invoca la historia del Ecuador a través de pueblos milenarios, y en el artículo 83 de la Carta Magna se reconoce las raíces ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas, además, se reconoce el derecho que tienen las personas para autoidentificarse, es decir, se le otorga al

individuo el derecho de definir su pertenencia a una colectividad indígena a fin de singularizarse con el nombre de pueblos o nacionalidades.

Sin embargo, Trujillo (2000) considera que esta autoidentificación, deja abierta la posibilidad para que las personas que pertenecen a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas persistan en su lucha por ampliar y profundizar la ley con respecto a la regularización de las nacionalidades y circunscripciones territoriales indígenas a fin de reivindicar su derecho a la representación en las diferentes instituciones de decisión política del país (p. 9). En este punto, resulta importante analizar los conceptos de comunidades, pueblos y nacionalidades dentro del marco normativo ecuatoriano a fin de determinar si se cumple o no con el respeto de los derechos de las personas que pertenecen a estos grupos originarios.

Conceptos de comunidades

Al hablar de comunidad no sólo se hace referencia al espacio físico o territorial, ni tampoco a la suma de individualidades, pues en palabras de Sánchez (2018) “[...] la comunidad refleja autoridad, organización, poder, solidaridad, vida y supervivencia” (p. 183). Desde este contexto, se comprende a la comunidad como un grupo de personas que habitan en un mismo territorio y que comparten el mismo idioma, creencias, costumbres, y varios elementos en común, en el caso de los descendientes indígenas, por ejemplo, la comunidad se reafirma en su identidad histórica y por ende se las comprende como comunidades indígenas milenarias.

Dentro de las comunidades ancestrales se observa que, en la mayor parte del territorio ecuatoriano, éstas comparten las mismas características en su vestimenta, conservan su idioma tradicional el Runa Shimi o Kichwa que ha pasado de generación en generación, utilizan la Pachamama de manera sostenible, entre otras

características. En este punto es importante resaltar que la comunidad comprende a las comunas, recintos pueblos y nacionalidades indígenas, es decir, abarca a conglomerados de personas más pequeños.

El artículo 56 de la Constitución del Ecuador (2008), refiere que las comunidades, pueblos y nacionalidades forman parte del Estado ecuatoriano y se los reconoce como tales. En el país se han identificado catorce nacionalidades y dieciocho pueblos ancestrales, siendo la nacionalidad *kichwa* la que más habitantes tiene en la sierra ecuatoriana.

De igual manera, en el artículo 57 de la Constitución (2008) se habla del “[...] reconocimiento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por parte de la Constitución y de los pactos, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos humanos que garantizan los derechos colectivos”, mismos que se encuentran contemplados en los 21 numerales que detallan en la Carta Magna.

Conceptos de pueblos

El movimiento indígena ecuatoriano utiliza el término pueblo de manera frecuente, ya que el mismo constituye uno de los principales ejes de su proyecto político que se enmarca dentro de la Confederación de Naciones Indígenas del Ecuador (a partir de este momento CONAIE), en donde se considera que el pueblo es:

[...] Una colectividad cohesionada por un conjunto de factores; ocupan un territorio definido, hablan una lengua común, comparten una cultura, una historia y aspiraciones comunes; factores que lo diferencian de otros pueblos y que han hecho posible que desarrollen instituciones sociales

particulares y formas de organización relativamente autónomas. (CONAIE, 1997, p. 47)

Este concepto ha sido reconocido y asumido por los pueblos y nacionalidades indígenas, en virtud de que en el se inscriben los elementos generales de sus pueblos. Por su parte Borja (1997) define al pueblo como:

[...] El resultado de un dilatado proceso de adaptación histórica y geográfica, en el curso del cual se forjó una correlación funcional entre sus miembros, se creó la cultura, se afirmaron las costumbres, se unificó el lenguaje, se ideó la religión, se compartió el territorio, se cohesionó el grupo y éste adquirió su propia y distintiva fisonomía. (Borja, 1997, p. 801)

Bajo este concepto, el autor considera al pueblo como una parte del todo en el que los miembros que lo conforman se encuentran interrelacionados entre sí dejando de lado la independencia, es decir, se presenta una compenetración, interpretación y solidaridad entre ellos, que en palabras de Borja (1997), el pueblo se convierte en “un sistema estructurado de convivencia” (p. 802).

Por su parte, Stavenhagen (1996) sostiene que existen dos maneras de utilizar el concepto de pueblo. En primera instancia, se considera al pueblo como un conjunto de ciudadanos que integran un país, en segunda instancia, el concepto de pueblo se refiere al conjunto de rasgos que definen y caracterizan a un conglomerado humano dentro de un contexto histórico, territorial, cultural y étnico, que le brindan un sentido de identidad que se expresa a través de las diferentes ideologías nacionalistas o étnicas (p. 150).

Además, Stavenhagen (1996) menciona que el término pueblo es semejante al término de nación, y que la única diferencia que los separa es que el término de

nación se utiliza para relacionarlo con “[...] la ideología y la política del nacionalismo”, es decir, “se vincula con la Constitución de un Estado”, mientras que, el término de pueblo no se lo utiliza para definir el control del poder del Estado (p. 150).

Es menester resaltar que el significado de pueblo “[...] no representa una simple agrupación de personas o elementos, ya que éste constituye un grupo humano que deviene de un proceso histórico que se encuentra vinculado a través de lazos enmarcados en la espiritualidad” (Stavenhagen, 1996, p. 152), es decir, es un conjunto de individuos que persiguen un objetivo común y que responden a una unidad social de deberes políticos y derechos humanos.

Conceptos de nacionalidades

Históricamente el término <<nacionalidades>> se lo ha asociado de manera errónea al concepto político de nación, y esto ha generado una lucha constante por parte de los pueblos ancestrales para que su definición sea reivindicada en la normativa nacional, es así que la Constitución del Ecuador (2008) reconoce a las colectividades diversas como sujetos de derechos colectivos, y no como nativos, término que anteriormente se utilizaba para definir a indios, aborígenes y esclavos, hoy en día se reconoce en la Carta Magna a las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como también se habla de los derechos de los indígenas, afroecuatorianos y montubios. En este sentido, Trujillo (2000) refiere que:

[...] El término nacionalidades ha servido para congregarse a los indígenas del Ecuador detrás de un programa que comprende la exigencia que se les reconozca el derecho a ser diferentes y a considerarse diferentes sin que, por

ello, sean o puedan ser discriminados y que, por el contrario, termine la marginación de que se les ha hecho víctimas y objeto. (Trujillo, 2000, p. 6)

De ahí surge la importancia el concepto de “nacionalidades indígenas”, el mismo que tomó fuerza como una forma de recuperación histórica, cabe resaltar que el término de nacionalidad aparece por primera vez en la región amazónica del Ecuador, seguidamente éste término se oficializó en la constitución legal de la CONFENIAE y posteriormente, el término de nacionalidades se inscribió en la CONAIE, así estas dos Confederaciones indígenas llevan el término jurídico de nacionalidad que fue ratificado con el reconocimiento del Estado intercultural y plurinacional en la Constitución del 2008.

Finalmente, es menester resaltar que, dentro de las enciclopedias, textos y léxicos jurídicos, el término de “nacionalidades indígenas” es poco frecuente, sin embargo, la CONAIE lo define como:

[...] Pueblo o conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos del Estado ecuatoriano, que se autodefinen como tales, que tienen una identidad histórica, idioma, cultura, que vive en un territorio determinado mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de autoridad propia. (CONAIE, 1997, p. 47)

La cosmovisión indígena

Dentro del presente apartado se exponen diferentes criterios teóricos que permiten comprender qué es y en qué consiste la cosmovisión indígena, desde el entendimiento de sus costumbres, de sus saberes ancestrales y de su organización social. Choque (2007) refiere que la cosmovisión de los pueblos originarios se comprende como “[...] un conjunto de valores culturales, rituales, leyes y normas

de la comunidad o ayllu; [...] los idiomas, mitos y leyendas; [...] las prácticas agrícolas, incluyendo el desarrollo de plantas y animales” (p. 29). En este sentido, la cosmovisión indígena busca, de manera particular, comprender y proyectar el mundo desde su experiencia, desde su forma de vida, desde la aplicación del buen vivir, aplicando la sabiduría ancestral y la organización social.

Cabe resaltar que “[...] para el mundo indígena el buen vivir no es lo mismo que el vivir mejor, entendido como el progreso ilimitado y competitivo que busca el occidente” (Donoso, 2014, p. 30). Bajo este criterio se comprende que los pueblos indígenas buscan la satisfacción y el bienestar colectivo que incluye a todos sus y cada uno de sus integrantes y a la naturaleza como fuente de vida, por lo tanto, dentro de la cosmovisión indígena se produce la tierra de manera sostenible a fin de evitar su desgaste o destrucción y con ella se alimenta a la comunidad aprovechando las bondades que la madre naturaleza produce, de ahí que se considere a la tierra como la *pachamama* (madre tierra).

Otro ejemplo de la cosmovisión indígena se plasma en la sabiduría ancestral, la misma que se ha mantenido en el tiempo y que ha pasado de generación en generación, Rodríguez (1999) considera que “[...] la sabiduría de los pueblos originarios brota de un contacto íntimo del ser humano con la naturaleza, de ahí que sus conocimientos son muy intuitivos y sensibles” (p. 30). En este contexto, los conocimientos ancestrales representan un gran avance con respecto a la agricultura y a su conocimiento del comportamiento de la tierra ya que dentro de su cosmovisión, se han establecidos los tiempos de la siembra y cosecha, así mismo, se ha desarrollado la medicina ancestral, la misma que no utiliza químicos sino más

bien es natural ya que utilizan plantas medicinales, así pues la cosmovisión indígena ha servido de modelo para el desarrollo de diferentes ciencias en occidente.

Con respecto a la organización social, desde la cosmovisión indígena se analizan dos conceptos importantes: *ayllu* y *llakta*. El *ayllu* representa la familia ampliada, que no sólo involucra a padres e hijos, sino a todos los seres que habitan en la naturaleza, según De la Torre y Sandoval (2004), la asociación de diferentes *ayllus* forma el *gran ayllu* que representa la *pacha local*, la misma que puede ser agregada a otras *pachas* y forma la *Pachamama* como una unidad total de la gran diversidad (p. 23).

Por su parte, la *llakta* es aquel espacio físico o comunidad conformada por varios *ayllus* en donde se presentan formas de administración propias. Así pues, dentro de la cosmovisión indígena se contempla también el castigo para quienes cometiesen actos que atenten en contra de la paz comunitaria y se aplica la justicia indígena, de ahí la importancia de establecer en qué consiste y cómo se aplica en las comunidades indígenas en el territorio nacional.

La Interculturalidad y plurinacionalidad

Interculturalidad

En el presente apartado se describe a nivel conceptual la importancia de la interculturalidad, partiendo del criterio de Sota (2005), la interculturalidad es:

[...] El intercambio que se establece en términos equitativos y en condiciones de igualdad entendiéndose como un proceso permanente de relación, comunicación y aprendizaje entre personas, grupos, conocimientos, valores y tradiciones distintas, orientada a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y a un desarrollo pleno de las capacidades de

los individuos, por encima de sus diferencias culturales y sociales. (Sota, 2005, p. 4)

En este sentido, el autor hace referencia a la interculturalidad como aquella presencia de dos o más culturas diferentes que presentan distinta forma de pensar e interactuar, sin embargo, las expresiones culturales compartidas entre estas culturas se realizan por medio del diálogo y del de respeto mutuo entre las comunidades, y con esta interacción se pueden aprender nuevas formas de vida enmarcadas en el respeto y acuerdos.

Por su parte, la interculturalidad para Moreno (1945) “[...] más que un concepto es una práctica cotidiana y constante, de respeto mutuo de valores que tiene cada cultura” (p. 304). Partiendo del entendimiento de Moreno (1945), la interculturalidad representa la convivencia cultural en la que es posible el enriquecimiento e intercambio mutuo de culturas, de valores y de representaciones significativas de la percepción del mundo, es además el autorreconocimiento de la pertenencia social donde se comparten rasgos entre pueblos y nacionalidades (p. 305).

En este sentido, cabe resaltar que la importancia de la interculturalidad se presenta dentro del cumplimiento de las normativas y el esfuerzo permanente por mantener el diálogo y la aceptación entre el inmenso compendio de las diferentes culturas en donde se busca superar todo tipo de prejuicios, de discriminación y desigualdades, a fin de establecer las condiciones oportunas de respeto, igualdad, desarrollo y progreso de los diferentes contextos.

Plurinacionalidad

Ahora bien, con respecto a la plurinacionalidad, se considera oportuno tomar el criterio de Boaventura de Sousa Santos (2007) quien refiere que la idea de plurinacionalidad en la actualidad es de carácter consensual en varios estados a nivel mundial, en este sentido, existen varios estados que son plurinacionales, y bajo esta perspectiva “la plurinacionalidad obliga, obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado” (Boaventura de Sousa Santos, 2007, p. 17).

En este punto resulta importante resaltar el pensamiento de Pino (2009), quien considera que la plurinacionalidad representa la “comunidad y su manera de vivir se forma a partir de distintas maneras de pensar, maneras de actuar y de sentir” (p.12), es decir, que el autor considera que “dentro de una comunidad existen varias culturas que hacen rica una cultura en sí, a través del mestizaje y la unión de diferentes maneras de pensar” (p. 13). Bajo este criterio se comprende que la plurinacionalidad es aquella manifestación que se presenta dentro de una cultura en donde se respetan sus propios derechos, pensamientos, ideas y sentimientos los mismos que se enmarcan en el respeto común de su cultura.

Por su parte Walsh (2004), considera que el prefijo «pluri», es utilizado con mayor frecuencia en América del Sur, ya que éste refleja la particularidad y realidad de la región en donde los pueblos y nacionalidades indígenas y negros han convivido por varios siglos con los grupos blancos y mestizos, es decir, el mestizaje y la mezcla cultural han jugado un papel importante (p. 120). Walsh (2004), considera además que la cultura no se encuentra presente sólo en el mundo indígena

o afrodescendiente, la cultura es aquella manifestación de creencias y costumbres, por lo tanto, la cultura no se refleja en forma particular en los pueblos y nacionalidades sino más bien toda la sociedad (p. 121).

Como se observa, gracias a la definición conceptual de interculturalidad y plurinacionalidad se puede comprender que éstos conceptos son de gran valía dentro del marco de la convivencia cultural y el respeto de la variedad de culturas, mismas que se encuentran reconocidas en las normativas nacionales e internacionales, como se analizará en los apartados siguientes, y que permiten respetar y garantizar los derechos, costumbres y formas de vida de todas las personas que pertenecen a las diferentes culturas, para ello, se considera importante analizar la cosmovisión indígena.

La Justicia Indígena

Históricamente los pueblos y comunidades indígenas se han autogobernado de forma particular ante los gobiernos locales, pues mantienen sus propias ideologías políticas que abarcan normas y principios que se aplican dentro de cada una de sus comunidades, en este sentido, Sierra (1999) refiere que la justicia indígena se enmarca dentro del derecho de la autodeterminación, tal como lo indican varios organismos internacionales (p. 25), y precisamente, esta autodeterminación es trascendental en la vida de los pueblos y comunidades indígenas ya que posibilita la efectivización de sus derechos en su realidad y contexto social.

Cabe resaltar que la justicia indígena se construye bajo tres principios fundamentales que son: *ama llulla* (no mentir), *ama killa* (no ser perezoso) y *ama shwa* (no robar), principios que se encuentra establecidos en la Constitución de la

República del Ecuador (2008), y que se aplican en la convivencia diaria de las comunidades indígenas, y que les permite encontrar paz y armonía en sus comunidades.

En este punto, se considera oportuno citar a Aguiar (2018) quien refiere que la justicia indígena tiene un carácter de justicia restaurativa en virtud de que responde a los principios de orden comunitarios, es decir, gracias a la aplicación de estos principios, se optimiza la cohesión social mediante la aplicación de su modelo horizontal (p. 26). Y este tipo de modelo horizontal de administración de justicia, posibilita que las víctimas y la comunidad ocupen un lugar central dentro de los procesos de resolución de conflictos, en donde su mayor prioridad es ayudar a las víctimas, posteriormente, se busca rehabilitar a la comunidad para encontrar la paz y armonía comunitaria.

Una de las principales características de la justicia indígena es que responde a un proceso de diálogos que se establecen con el fin de encontrar la paz y armonía en conjunto de todos los miembros de la comunidad, aquí se facilita la participación de las partes involucradas: víctima, victimario y la comunidad; todo ello con el fin de encontrar la solución del conflicto.

Es importante comprender que la asamblea comunitaria que se forma y la comunidad en sí son las encargadas de ejercer el control social dentro de las comunidades, y las resoluciones que se emiten para cada conflicto son muy eficientes ya que se aplican los principios y reglas que se han establecido dentro de cada una de las organizaciones sociales, en donde todos los miembros de la comunidad asumen sus propias responsabilidades que garantizan una convivencia pacífica. Aguiar (2018) refiere que los pueblos y nacionalidades indígenas piensan

a la justicia como un derecho dinámico que aplica las normas consuetudinarias para regular la vida colectiva de todos sus miembros, textualmente manifiesta:

[...] Los pueblos y comunidades indígenas piensan al derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, que por medio de sus autoridades y normas consuetudinarias regulan varios ámbitos de la vida de sus miembros y de su vida colectiva, para así ejercer un control integral sobre los territorios que les pertenece. (Aguilar, 2018, p. 27)

Sin embargo, el tema de la administración de justicia indígena en el Ecuador ha sido comprendido de forma errónea, pues generalmente se los ha asociado al salvajismo, por la práctica de castigos tales como: los linchamientos, castigos con azotes de cuerdas y ortiga, mismos que se consideran como tratos inhumanos hacia la integridad de las personas que reciben el castigo ya que son atentatorias a los derechos humanos.

No obstante, dentro de la cultura y cosmovisión indígena, la práctica de la justicia indígena responde a los procedimientos propios de solución de conflictos que se han establecido dentro de sus propias comunidades, los mismos que pueden ser procedimientos de carácter conciliatorios, ejemplificadores, y de restauración integral que posibilite que regrese la armonía colectiva en su totalidad.

El valor de la justicia indígena se ve reflejado en el artículo 334 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en el que se aborda la interculturalidad y el pluralismo jurídico, principalmente en los literales c), d) y e), en los que se hace referencia a que “[...] la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces ni por autoridad administrativa alguna” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 334), y en caso de que exista alguna duda entre la jurisdicción

ordinaria y la jurisdicción indígena, se debe preferir la jurisdicción indígena, Además, en el caso de que exista la comparecencia de personas que pertenecen a colectividades indígenas, la actuación y decisión judicial debe enmarcarse en la interpretación intercultural de los derechos controvertidos que se presenten dentro del litigio.

Ahora bien, cuando la justicia ordinaria interviene en conflictos que se presentan entre comunidades indígenas se vulnera por completo su cultura, sus costumbres, tradiciones y la aplicación interna de su justicia indígena, misma que se encuentra reconocida en la Carta Magna, ante esta situación, los operadores de justicia deben aplicar el peritaje antropológico a fin de garantizar el respeto de la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades que habitan en el territorio ecuatoriano, de ahí la importancia de determinar en qué consiste, cuándo y cómo se debe aplicar el peritaje antropológico.

Reconocimiento constitucional de la justicia indígena, interculturalidad, plurinacionalidad, en el Ecuador.

Como se observó en apartados anteriores, en la Constitución ecuatoriana se reconocen a los sistemas jurídicos de los indígenas, afroecuatorianos, y montubios, y al sistema jurídico ordinario. Sistemas jurídicos que gozan de autonomía en el ámbito legislativo y jurisdiccional propios, sin embargo, el límite de estos sistemas son los derechos humanos que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador (2008) y en las normas e instrumentos internacionales de derechos humanos y de dignidad humana, colectiva.

En este contexto, a fin de garantizar el cumplimiento y defensa de los derechos humanos, se han creado garantías jurisdiccionales, las mismas que se

establecen dentro de cada sistema jurídico, por ejemplo, en la justicia ordinaria existen resoluciones que contemplan la acción extraordinaria de protección. Así mismo, dentro de la justicia indígena se contempla la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias emitidas por la justicia indígena, es decir, en este caso se considera que tanto los hechos como los derechos deben interpretarse desde el derecho propio y sus conocimientos mediante la interpretación intercultural.

Es así que la justicia indígena se ha convertido en uno de los temas más importantes dentro de las contradicciones que se han plasmado en la transición política del Ecuador, ya que ésta justicia ha estado inmersa en la vida de las comunidades indígenas desde siempre, sin importar que ésta haya sido o no reconocida por el Estado, pues ha formado y forma parte importante en la vida de las comunidades, en este sentido, Santos y Grijalva (2012), refieren que:

[...] la demonización de la justicia indígena pasa a ser uno de los principales vectores de la política de desconstitucionalización. El tratamiento mediático y político otorgado a algunos casos reales de justicia indígena en el periodo inmediatamente posterior a la promulgación de las nuevas constituciones constituye una expresión elocuente de este proceso. (p. 17)

Desde este contexto, es menester resaltar que a pesar de que la justicia indígena se encuentra integrada como un proyecto de construcción plurinacional, su transformación constitucional sigue siendo controlada ya que ha sido aceptada dentro del canon constitucional moderno como una justicia inofensiva, pequeña y funcional, es así que la justicia ordinaria ha pasado por alto su validez y se han cometido graves vulneraciones en su aplicación, tal como se evidencia en la “Sentencia No. 112-14 JH/21, analizada por la Corte Constitucional del Ecuador”

(2021), en la que operadores de justicia de primera y segunda instancia han inaplicado la normativa nacional e internacional tal como se observará en el siguiente capítulo.

El Peritaje Antropológico

El peritaje antropológico es una técnica de gran valía dentro de los procesos judiciales, principalmente cuando los implicados pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades, Valladares (s.f.) lo define como: “[...] mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, por un especialista [...], mediante los cuales se busca demostrar una hipótesis propuesta y se traduce en “prueba plena” en sentencia si el juez así lo considera” (p. 36).

En este contexto, el peritaje antropológico tiene como objetivo principal demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, además, con la investigación realizada se trata de convencer al juez sobre la existencia o no del hecho en cuestión, cabe resaltar que este tipo de pericias no analizan las cuestiones técnicas en materia de derecho, pues sólo se analizan las costumbres y los usos locales de las comunidades, mismas que le permiten a los operadores de justicia observar la cultura, las costumbres y la cosmovisión de los involucrados dentro del espacio de tiempo y territorio en el que se presenta el acontecimiento.

Para Moreira (2014), el peritaje antropológico es “[...] el medio científico por el cual se verifica [...] la conducta o hecho social sometido a su consideración desde esa cultura es valorado y por tanto poder explicarlo en nuestro derecho” (p. 9). Es decir, con el peritaje antropológico se trata de demostrar cómo se considera dentro de determinada cultura el hecho o conducta que se encuentra en controversia.

La pericia que implica el peritaje antropológico, se enfoca en realizar una investigación minuciosa sobre la justicia que se aplica en cada pueblo o nacionalidad y que es completamente diferente a la justicia ordinaria, de ahí que su objetivo central es determinar los principales rasgos y costumbres que definen la identidad de la persona que se encuentra en situación de procesada, así como también, posibilita identificar los principales patrones de pertenencia de una persona a la comunidad o cultura que se analiza.

Es decir, el peritaje antropológico toma los elementos culturales más relevantes que se encuentran asociados a las costumbres, a las prácticas ancestrales a los procedimientos de justicia que aplica cada pueblo y nacionalidad, a sus normas y formas de vida, todo ello con el fin de garantizar los derechos que se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y en los instrumentos internacionales, es por esta razón que el peritaje antropológico tiene gran valía en la práctica procesal penal.

Como se observó en líneas anteriores, el propósito principal del peritaje antropológico es garantizar la aplicación del principio de interculturalidad con el fin de evitar la privación de libertad de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, principalmente cuando se ha determinado la identidad cultural del procesado, de ahí la importancia de analizar el peritaje antropológico como prueba pericial.

El peritaje antropológico como prueba pericial

Como se observó en apartados anteriores, la justicia indígena en el Ecuador se ha incorporado dentro de la normativa constitucional a partir del pluralismo y de la interculturalidad jurídica, en donde se genera una igualdad de condiciones que se

establecen entre la justicia ordinaria y la justicia indígena en lo referente a la administración de justicia.

De ahí que la interculturalidad ha permitido que “[...] el sistema jurídico ordinario adopte los medios y mecanismos necesarios que permiten respetar la diferencia cultural dentro de un procedimiento penal en el que la parte procesada pertenece a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, generando igualdad de condiciones” (Moreira, 2014, p. 15), con la aplicación del pluralismo jurídico, ya que éste posibilita la colaboración entre los sistemas jurídicos ordinarios y las autoridades indígenas que se encuentran facultadas para resolver según su propia normativa o derecho consuetudinario, aquellos conflictos que se producen dentro de su territorio, mediante la declinación de competencia, que se encuentra establecida en el Código Orgánico de la Función Judicial.

En este sentido, el peritaje antropológico es fundamental como prueba pericial dentro de un delito en el que la persona que se encuentra en calidad de procesada pertenezca a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, pues dentro de éste, se debe observar el principio de interculturalidad, cabe resaltar que el informe antropológico debe ser elaborado por un profesional especialista en el tema, ya que el juzgador valorará este informe previo a dictar una sentencia condenatoria, misma que debe ir acorde con la justicia indígena que se aplique según su cosmovisión y cultura, a fin de que el cumplimiento de esta pena sea observado y vigilado por parte de la autoridad o autoridades de la comunidad indígena a la que pertenece. De ahí que se considera oportuno desarrollar en el siguiente apartado la naturaleza de la antropología en el derecho.

La naturaleza de la antropología en el derecho

Históricamente la antropología como ciencia se ha interrelacionado con el derecho a fin de conocer los diferentes cambios sociales, a través del estudio del comportamiento del ser humano, de sus actuaciones, de sus creencias, costumbres y cultura, este estudio, ha posibilitado que el ordenamiento jurídico se aplique dentro de la realidad actual de las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que existen en el territorio ecuatoriano, en donde cada una de ellas presenta una cosmovisión disímil con respecto a la aplicación de justicia, de ahí que éstas dos ciencias sociales, se han visto en la necesidad de complementarse a través del peritaje antropológico, con el objeto de respetar el proceso penal, en base al principio de interculturalidad que se encuentra establecido dentro de la Constitución ecuatoriana.

En este contexto se observa que, a pesar de que la justicia ordinaria y la justicia indígena ejercen sus propios principios y sanciones en torno a sus jurisdicciones correspondientes, se genera un choque entre la aplicación de justicia cuando existen procesos en los que personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas han sido declaradas culpables y responsables de una infracción penal dentro de la justicia ordinaria en donde se les ha impuesto una sanción diferente a la que se precisa dentro de su cosmovisión cultural, de ahí que el Convenio 169 de la OIT, precisa que se debe respetar la existencia de las diferentes cosmovisiones a fin de garantizar los derechos colectivos que protegen a las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que se encuentran reconocidos además en la Constitución ecuatoriana que presenta un Estado intercultural y pluricultural.

Al presentarse este choque en el sistema jurisdiccional de justicia, la antropología y el derecho se han interrelacionado con el objeto de iniciar un estudio de campo que responda al derecho positivo que analiza las diferentes identidades culturales, tradiciones, creencias y cosmovisiones, que además posibilite comprender su estructura social en donde el derecho respete su interculturalidad, de ahí la importancia de comprender su naturaleza a fin de evitar vulnerar los derechos de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. A continuación, en el siguiente apartado se analizará la finalidad del peritaje antropológico dentro de los procesos judiciales en los que se procese a una persona que pertenece a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

La finalidad del peritaje antropológico

Para Valladares (s.f) el peritaje antropológico tiene como finalidad establecer “[...] mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, por un especialista en alguna ciencia, mediante los cuales se busca demostrar una hipótesis propuesta y se traduce en prueba plena cuando, en sentencia, el juez así lo considera” (p. 38).

En este contexto, el fin del peritaje antropológico consiste en demostrar la existencia o no de un hecho o acontecimiento, el mismo que a través de un informe técnico guía al juez competente que conoce la causa para que bajo su criterio se establezcan o no las sanciones correspondientes, cabe resaltar que el peritaje antropológico no analiza cuestiones técnicas en materia de derecho, más bien su análisis se centra en determinar las costumbres y los usos locales en un tiempo, espacio y territorio determinado.

Por su parte, Soto (2014) considera que el peritaje antropológico “[...] es el medio científico por el cual se verifica [...] como la conducta o hecho social sometido a su consideración desde esa cultura es valorado y por tanto poder explicarlo en nuestro derecho” (p. 9), bajo esta perspectiva, el autor refiere que el peritaje antropológico busca establecer la cosmovisión de una determinada cultura a fin de comprender la conducta o hecho que se presenta como controversia frente al derecho penal ordinario.

Desde la perspectiva de Ixchiu (2010) la pericia antropológica o cultural es: [...] Un acto procesal, que debe desarrollarse por encargo del juez en todo proceso en que se aplique la legislación nacional a los pueblos indígenas, con el fin de tomar en cuenta su cultura y/o su método propio de resolución de conflictos en un caso concreto. Se trata de una actividad humana, por la cual se verifica la cultura en sus diversas manifestaciones como producto de hechos sociales; se establecen sus características, modalidades, cualidades, y relación con los hechos sujetos a juicio. (p. 50)

Bajo este criterio, el peritaje antropológico se concibe como una investigación que se realiza de forma exhaustiva de aquellos rasgos que posibilitan establecer la identidad y costumbres de la persona procesada, así como también, posibilita determinar los patrones de pertenencia de esa persona a una cultura diferente, a fin de poner en contexto del juez que conoce la causa para que éste pueda posteriormente aplicar la normativa nacional e internacional, según sea el caso.

A manera de conclusión se observa que, la finalidad del peritaje antropológico consiste en analizar las raíces, costumbres y tradiciones de un

ciudadano a fin de determinar su identidad cultural. Mediante el peritaje antropológico se obtiene un informe que posibilita reconocer y establecer las diferencias culturales que existen dentro del territorio ecuatoriano, a fin de que dentro de un proceso penal se analice la interculturalidad del ciudadano, y con ello se pueda establecer una aplicación correcta de la normativa jurídica frente a personas y sociedades cuyo constructo se encuentra en un marco cultural diferente, de ahí que en el siguiente apartado se considera oportuno desarrollar la aplicación del peritaje antropológico dentro del proceso penal.

Aplicación del peritaje antropológico dentro del proceso penal

Dentro del presente apartado resulta indispensable comprender que una vez que ha iniciado el procedimiento penal en la etapa de instrucción fiscal, el Código Orgánico Integral Penal (2014) refiere que es “[...] el fiscal el encargado de encontrar los elementos de convicción necesarios de cargo o descargo que le permitan formular o no una acusación a la persona a la que se está procesando” (Código Orgánico Integral Penal. 2014).

Cabe resaltar que, dentro de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, “[...] se resuelve si existe la procedibilidad, la prejudicialidad, la competencia del juzgador y el procedimiento, es decir, esta etapa es de gran importancia dentro de un proceso penal [...]” (Código Orgánico Integral Penal. 2014), ya que en ella se evalúan todos los elementos de convicción que no se han obtenido de manera oportuna.

En esta etapa se puede anunciar el peritaje antropológico como “[...] un elemento de convicción, en donde una vez formulado el auto de llamamiento a juicio, y concluida la etapa evaluatoria de juicio [...]” (Código Orgánico Integral

Penal. 2014), el informe pericial antropológico se acreditará y judicializará a través del testimonio del perito acreditado, quien tiene la obligación de asistir a la audiencia a sustentar su investigación, análisis e informe de la pericia antropológica realizada. La misma que se considera como prueba.

A manera de conclusión, en el presente apartado se observa que dentro de la práctica procesal penal el peritaje antropológico tiene como objeto principal garantizar la aplicación del principio de interculturalidad, es decir, bajo el peritaje antropológico se sugiere la inaplicabilidad de la pena que refiera la privación de libertad, pues, una vez que se ha demostrado al tribunal la identidad de la cultura a la que pertenece el procesado, se establece la cosmovisión de su cultura y de sus propias leyes en las que no se incluye la privación de libertad, de ahí que se considera pertinente desarrollar en el siguiente apartado la valoración probatoria del peritaje antropológico, con la finalidad de establecer la aplicación del principio de interculturalidad y las penas alternativas.

Valoración probatoria del peritaje antropológico para determinar la aplicación del principio de interculturalidad y las penas alternativas

Echandía (2002) define a la valoración probatoria como “[...] la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido [...]” (p. 273). Es decir, partiendo del entendimiento del autor, la valoración probatoria es realizada exclusiva por un juez quien determina si lo expuesto por las partes procesales cumple o no con el fin procesal que se está probando, de ahí que el juez mediante la valoración de lo expuesto determinará si las pruebas presentadas son válidas o no generando su decisión.

En este contexto, cuando se presenten procesos judiciales en contra de una persona que pertenece a comunidades, pueblos y nacionales indígenas, los operadores de justicia serán los encargados de realizar una valoración efectiva del peritaje antropológico, mismo que posibilita analizar su interculturalidad, cosmovisión y costumbres a fin de aplicar o no una pena privativa de libertad, de ahí que el peritaje antropológico debe ser conciso y evitar emitir juicios de valor que puedan afectar su fin, cabe resaltar que cada caso es disímil, por ende, le corresponde al juzgador realizar una valoración oportuna y efectiva del informe antropológico, identificando los aspectos más relevantes del mismo que permita garantizar lo dispuesto por la norma constitucional así como la internacional.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, reivindica la valoración probatoria del peritaje antropológico en su sentencia conocida como “Waorani-Taromenane”, en donde se señala que “[...] se deberá contar con peritajes sociológicos, antropológicos, entre otros, por parte del juez competente para determinar si deberá existir un trato enteramente diferenciado [...]” (Corte Constitucional, 2014, p. 32). Es decir, le corresponde al juzgador valorar el peritaje antropológico y verificar si el procesado pertenece o no a la etnia que ha manifestado, esta información se justifica en el mismo informe que presenta el perito designado ya que éste es el experto-especialista que puede demostrar la identidad y raíces del procesado dentro de una determinada comunidad, además, gracias a su informe se establece si debe existir o no un trato diferenciado dentro de la sentencia.

A manera de conclusión dentro del presente apartado se observa que, la valoración probatoria del peritaje antropológico que realizan los administradores de

justicia debe tener una relación directa con el informe o pericia antropológica en la audiencia de juicio, ya que ésta valoración es una pieza clave en la toma de decisión o resolución final del juzgador, pues posibilita determinar dentro de un proceso penal si existe o no la pertenencia del procesado a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, de ahí la importancia de analizar la realidad nacional vinculada a la justicia indígena y la aplicación del peritaje antropológico dentro de los procesos relativos a las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Realidad nacional vinculada a la justicia indígena y la aplicación del peritaje antropológico dentro de procesos relativos a personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

Históricamente dentro del contexto ecuatoriano, la justicia indígena ha sido invisibilizada y descontextualizada dentro del marco de la barbarie en donde se la ha catalogado, a pesar de que la normativa jurídica interna y la normativa jurídica internacional reivindica su valor y aplicación, se han presentado varias equivocaciones jurídicas por parte de los operadores de justicia al aplicar justicia ordinaria a personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sin considerar de manera oportuna la aplicación y valor del peritaje antropológico.

Un claro ejemplo es la “Sentencia No. 113-14-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador” (2014) en el denominado caso “La Cocha”, este proceso judicial fue conocido por los dos sistemas de justicia: el indígena y el ordinario, sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, señaló que si bien la justicia indígena tiene autonomía para resolver en forma armónica el presente caso

dentro de su comunidad, la justicia ordinaria es la encargada de resolver en lo que respecta al daño ocasionado al bien jurídico protegido, es así que en esta sentencia, la Corte Constitucional sentó un precedente importante en el marco jurisprudencial, en tanto, no desechó la importancia de la justicia indígena, pero resolvió de manera ordinaria el presente caso.

El marco de las competencias tanto de la justicia ordinaria como de la justicia indígena es un tema que debe ser analizado y debatido en todas las esferas (ejecutivo, legislativo, judicial, académico y social) a fin de evitar la vulneración de la cosmovisión indígena, de su cultura y saberes, llegando a una verdadera y profunda armonización de justicias mediante la implementación oportuna de técnicas y métodos que se encuentran dentro del peritaje antropológico. Pues esa disputa entre el reconocimiento de la justicia indígena y el reconocimiento de la tradición jurídica ordinaria, hace que “[...] los propios indígenas no siempre reconozcan como verdadera justicia los modos de resolver litigios y organizar la vida social en sus comunidades” (Boaventura, 2012, p. 24), es decir, se pone en riesgo su interculturalidad, su cosmovisión y el respeto por su cultura, por lo tanto, es necesario cambiar las concepciones del valor de la justicia indígena, principalmente en lo referente al derecho procesal penal, de ahí la importancia de analizar los fundamentos normativos que protegen los derechos colectivos tanto en la normativa nacional como en la normativa internacional.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE CASO

Temática a ser aborda

En el presente capítulo se aborda el problema central de la investigación propuesta, para ello es oportuno analizar la jurisprudencia que utilizó la Corte Constitucional del Ecuador en relación a los derechos colectivos.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación a derechos colectivos a la identidad de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades

El presente apartado desarrolla el análisis de caso, el mismo que parte desde la descripción de la jurisprudencia utilizada por la Corte Constitucional del Ecuador en relación a derechos colectivos a la identidad de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades, de igual manera, se considera oportuno analizar la jurisprudencia como fuente de derechos constitucionales de grupos invisibilizados, para ello es pertinente establecer también cuál es el rol de la Corte Constitucional, así como también realizar un análisis crítico de la Sentencia 112-14-JH/21, realizar las puntualizaciones metodológicas oportunas encontradas en la referida sentencia, establecer los antecedentes del caso concreto, así como las decisiones de primera y segunda instancia.

Resulta importante conocer además, el procedimiento de la Corte Constitucional del Ecuador, problemas jurídicos que desarrolló la Corte, así como también, los principales parámetros que la Corte abordó en torno a la protección de los derechos a la libertad e integridad de personas que pertenecen a comunidades indígenas, en particular, aquellas que pertenecen a pueblos de contacto reciente

mediante la aplicación del hábeas corpus, análisis de las medidas de reparación dispuestas por la Corte, para finalmente, emitir a manera personal un comentario crítico a la Sentencia N°112-14-JH/21.

La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de grupos invisibilizados

Dentro del presente apartado se considera oportuno resaltar que el ordenamiento jurídico en Ecuador se encuentra edificado mediante un sistema piramidal, empezando por su parte superior, se ubica la Constitución de la República, en el siguiente peldaño se ubican las leyes y los actos constitutivos que caracterizan el ordenamiento jurídico, finalmente, en el último escalón se ubican la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

En este contexto, la jurisprudencia representa la fuente del derecho, tal como lo concibe Schiel (2011) que de manera textual refiere:

[...] El reconocimiento formal de la jurisprudencia como fuente del derecho. Por el simple hecho de que la jurisprudencia se imponga incontrastablemente en la vida judicial, se demuestra de forma indiscutible que es una fuente jurídica. Sería esta circunstancia una perfecta demostración de una costumbre contraria a la ley, derivaría de este supuesto su legitimidad. (p. 186)

La autora considera que la jurisprudencia es una fuente jurídica y que el sólo hecho de no reconocerla como tal se incurriría en una falta de legitimación de la ley, en este contexto, si se aplica la teoría kelseniana, en la que se evidencia que los jueces crean el derecho a partir del sistema jurídico que se construye por dos tipos de normas, en primera instancia, por aquellas normas de carácter general que tienen

su matriz en el poder legislativo y, en segunda instancia, por aquellas normas de carácter particular cuya creación judicial es de carácter concreto. Con estas normas el juez puede crear normas de forma directa o a su vez aporta con criterio jurídico a fin de que se creen normas de acuerdo a su interpretación.

Es así que históricamente la Corte Constitucional del Ecuador ha aportado con grandes contribuciones a nivel de jurisprudencia que reivindica los derechos de aquellos grupos que por varios siglos han sido invisibilizados, en este sentido, Carolina Schiel (2011) considera que: “sin perjuicio de que la jurisprudencia sea una fuente secundaria, indirecta o una verdadera norma semioficial, la importancia de la labor jurisprudencial es innegable y nadie discutiría el papel fundamental que juega en la interpretación y armonización del ordenamiento jurídico” (p. 190).

En este sentido la autora ratifica, bajo su criterio, la importancia de la jurisprudencia dentro del marco de la interpretación y armonización del ordenamiento jurídico, sin embargo, es menester resaltar que para que funcione la jurisprudencia de manera oportuna como una verdadera fuente de derecho, “[...] se debe aplicar el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, el mismo que se encuentra establecido en el artículo 428 de la Constitución” (Constitución de la República, 2008, art. 428), así como también en el criterio unificado que se ejerce en las Altas Cortes como en la Corte Nacional de Justicia.

En este contexto, Montaña (2012), hace alusión de que existe la jurisprudencia necesaria cuando se desarrollan los argumentos oportunos desde la Constitución y la ley como un sistema de jurisprudencia fuerte, así pues, el autor señala de manera textual:

[...] Esto nos lleva a concluir que la ausencia de transformación del sistema de fuentes en Ecuador, y en particular la aceptación del valor obligatorio y vinculante de la jurisprudencia tanto vertical como horizontalmente, no es un problema normativo, pues como se ha demostrado existen todos los argumentos para poder desarrollar desde la Constitución y la ley un sistema jurisprudencial fuerte; la cuestión es en realidad fáctica”. (Montaña, 2012, p. 130)

El rol de la Corte Constitucional

Históricamente el rol de las Cortes Constitucionales a nivel mundial se ha tornado en la defensa de la Constitución y de las normativas internacionales de derechos humanos, es decir, la Corte Constitucional tiene tarea fundamental de controlar que no existan violaciones a la norma fundamental y a los tratados y convenios internacionales, incluso, la Corte Constitucional tiene el poder de ejercer reforma ante cualquier normativa existente que no sea clara, es así que “[...] la justicia constitucional busca garantizar que el proceso de modificación de la Constitución se enmarque dentro de lo que se encuentra previsto por ella” (Constitución de la República, 2008).

Dentro del contexto ecuatoriano, la Corte Constitucional del Ecuador tiene como competencia obligatoria el realizar un control de carácter preventivo a todos los proyectos reformativos antes de su deliberación o aprobación por cualquier referéndum. Por ejemplo, a mediados del año 2014, la Asamblea Nacional del Ecuador, propuso una serie de modificaciones a la Constitución de la República (2008), las mismas que serían tratadas mediante vía de enmienda, a fin de que la Corte Constitucional del Ecuador califique este procedimiento.

Así pues, la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que la Corte Constitucional es el organismo máximo de control, que tiene como tarea principal interpretar la norma suprema que rige al territorio ecuatoriano, además, se encarga de administrar justicia dentro del marco de la materia Constitucional, es por esta razón que todo tipo de decisiones que envuelvan a la Constitución, deberán ser resueltas por el pleno de la Corte Constitucional, ya que éste órgano de control tiene jurisdicción a nivel nacional. Cabe resaltar que la Corte Constitucional presenta “[...] un único órgano decisorio, en donde los jueces de manera individual actúan como sustanciadores o ponentes” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Según la Constitución del Ecuador (2008), la Corte Constitucional debe estar conformada por nueve miembros, los mismos que deberán ser seleccionados mediante un concurso público en donde exista veeduría y se pueda aplicar el proceso de impugnación ciudadana, además deben cumplir con ciertos requisitos que se encuentran contemplados en la Constitución, a fin de que puedan ser designados por una comisión calificadora, la misma que será conformada por dos representantes de las funciones: Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Dentro de las atribuciones y competencias que la Constitución de la República le atribuye a la Corte Constitucional se encuentran: “[...] proceso de interpretación, análisis de inconstitucionalidad, expedir sentencias, análisis de conflictos de competencias, y control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción” (Constitución de la República, 2008).

Con respecto a la interpretación, la Corte Constitucional representa “[...] la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados

internacionales de derechos humanos” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 192), mismos que se encuentren ratificados por el Estado ecuatoriano, esta interpretación realizada por la Corte Constitucional tiene un carácter vinculante y se refleja a través de dictámenes y sentencias (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 193).

En lo referente a la inconstitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la atribución de conocer y resolver los siguientes casos: el fondo o forma de las acciones públicas realizadas con carácter de inconstitucionalidad, actos administrativos emitidos por autoridad pública con carácter de inconstitucionalidad, resolver “[...] acciones que por incumplimiento se presentan con el objeto de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 192). Se declarará la inconstitucionalidad “[...] en la que incurran instituciones del Estado o autoridades públicas, que en forma total o parcial, omitan o inobserven los mandatos contenidos en las normas constitucionales” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 193). Cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad en cualquiera de estos casos, [...] se tendrá como efecto la invalidez del acto normativo que ha sido impugnado” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 193).

Con respecto a expedir sentencias, la Corte Constitucional tiene como objeto contribuir con jurisprudencia de carácter vinculante respecto a las garantías jurisdiccionales, como por ejemplo: “[...] acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento, acceso a la información pública y otros procesos constitucionales de carácter relevante” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, p. 193), así como también, puede emitir sentencias en aquellos casos que han sido

seleccionados por la Corte para su revisión, de igual manera, “[...] la Corte Constitucional tiene competencia de conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, pp. 192-193).

Finalmente, con respecto a los conflictos de competencias la Corte Constitucional se encarga de dirimir conflictos referentes a las competencias o atribuciones entre las funciones del Estado u órganos que se encuentran establecidos en la Constitución. Así pues, el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción lo puede efectuar de oficio y de modo inmediato a fin de que el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción no perjudique los derechos constitucionales, todo ello en virtud de que la Corte Constitucional se encarga de velar por el cumplimiento de la Constitución (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, pp. 192-193).

Puntualizaciones metodológicas

Dentro de la puntualización metodológicas que se utilizaron con el fin de resolver el presente caso de análisis fueron:

- a) Antecedentes del caso: dentro de la audiencia oral de formulación de cargos y resolución de la instrucción fiscal, el fiscal a cargo expuso los antecedentes del caso, describiendo los hechos presuntamente punibles por los cuales se les acusaba a los procesados.
- b) Pruebas presentadas: el fiscal a cargo presentó el testimonio de dos testigos (menores de edad), archivos fotográficos de la escena del crimen, cotejamiento de imágenes, informe pericial y las versiones libres y voluntarias de los procesados.

c) Hechos probados: a pesar de que no existen los cuerpos de las víctimas, ni registro oficial de sus nombres en virtud de que pertenecen a comunidades indígenas no contactadas, el fiscal a cargo consideró como hechos probatorios los archivos fotográficos de la escena del crimen y las versiones libres y voluntarias de los procesados.

d) Jurisprudencia o criterios: el fiscal a cargo consideró oportuno, dentro del presente caso, citar las siguientes normas de la Constitución de la República (2008), artículo 424 que establece “la supremacía constitucional, artículo 171 sobre la aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de conflictos” (Constitución de la República, 2008), así mismo manifestó la importancia del artículo 344, literal e) del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en materia de principios de justicia intercultural.

Por su parte, el juez de primera instancia ordenó “la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en contra de los procesados” (Código de Procedimiento Penal, 2000), misma que está establecida en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, mientras dure la instrucción fiscal.

En cuanto a la solicitud de revocatoria de la prisión preventiva solicitada por la defensa de los procesados, el juez resolvió negar la misma aplicando el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, inciso 3ero, en el que “se prohíbe la revisión de medidas en este tipo de delitos, ya que se los sancionaba con pena de reclusión” (Código de Procedimiento Penal, 2000).

La defensa de los procesados refirió que existen normas presuntamente infringidas dentro del proceso, ya que no se ha considerado los artículos 8 (la legislación aplicada debe considerar las costumbres y derecho consuetudinario de

los pueblos indígenas y tribales), artículo 9 numeral 2 (las autoridades y tribunales que conozcan casos penales deben tomar en cuenta las costumbres de los pueblos que en materia se resuelva) y el artículo 10 (cuando se impongan sanciones penales se deben considerar las características económicas, sociales y culturales de las personas procesadas que pertenezcan a los pueblos indígenas o tribales) del Convenio 169 de la OIT.

El fiscal a cargo acogiendo el principio de favorabilidad (artículo 76, numeral 5 de la Constitución), reformuló los cargos, cambiando la tipicidad de la infracción por el de delito genocidio al de homicidio, mismo que se encuentra “tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, en concordancia con el artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal” (Código Penal, 2014).

El Tribunal de la Corte Provincial de Orellana dictó como medidas cautelares de carácter personal, a los procesados, “la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente cada quince días, medida que se estableció en observancia a lo determinado en los artículos 11 numerales 2 y 3, 66 numeral 4, de la Constitución de la República” (p. 25), así como también artículo 8.1 y artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, y el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

e) Acreditación del delito: a pesar de que los cuerpos de las víctimas no fueron encontrados en la escena del delito, ni tampoco existen registros oficiales de los nombres de las víctimas porque pertenecen a pueblos no contactados, se tomaron en consideración archivos fotográficos de la escena del crimen y las versiones libres y voluntarias de los procesados como pruebas que permitieron la acreditación del delito.

f) Nexa causal: el nexa causal que se evidenció en el presente caso, figuró en primera instancia como genocidio que posteriormente fue cambiado a homicidio, delito que se les atribuyó a diecisiete miembros de la comunidad Waorani, siete de ellos fueron detenidos y privados de su libertad y aceptaron rendir su versión libre y voluntaria, en donde manifestaron que atacaron a cierta parte de la población indígena en asilamiento denominada Tagaeri Taromenane, según su versión indicaron que fueron aproximadamente 30 familias de esta población que resultaron afectadas ya que recibieron el ataque por parte de diecisiete miembros de la comunidad Waorani como se ha identificado en las versiones, de ahí se toma como nexa causal los acontecimientos protagonizados por los Waorani como delito de homicidio.

g) Antijuridicidad: ante las versiones libres y voluntarias que rindieron los siete detenidos del pueblo indígena Waorani, con respecto al ataque realizado al pueblo de los Tagaeri Taromenane, se evidenció que este es un hecho de carácter antijurídico que resulta contrario a las normas del ordenamiento nacional, así como también a los tratados de derechos humanos.

h) Responsabilidad penal: a través de la versión libre y voluntaria que decidieron realizar los siete privados de libertad, asumieron su responsabilidad penal, de ahí que la misma fue considerada por Fiscalía para adjudicarles el delito de genocidio, en primera instancia, y que luego se cambió la figura a homicidio.

i) Decisión: en base a lo prescrito en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la Sala resolvió “revocar el auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los procesados y en su lugar se dictó auto de llamamiento a juicio” (p. 25).

j) Individualización de la pena: la Sala “dictó como medidas cautelares de carácter personal la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente, cada quince días, en la Unidad Judicial Penal con sede en Francisco de Orellana” (p. 25), todo esto en observancia a lo establecido en los artículos 11 numerales 2 y 3, 66 numeral 4, de la Constitución de la República (2008), artículo 8.1 y artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, y el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

k) Pena a imponer: en base al artículo 63 del Código Orgánico Integral Penal, el Tribunal de la Corte Provincial de Orellana, dispuso el cumplimiento de 200 horas de trabajo comunitario anuales, durante el lapso de” cuatro años, en favor de las comunidades *Waoranis* que se encuentran circunscritas dentro del denominado Bloque 16 (REPSOL) en la provincia de Orellana” (p. 25).

De igual manera, el Tribunal aceptó el criterio presentado por los Pikenanis con respecto a que los procesados realicen chacras y casa Waorani como servicio comunitario, mismos que se pueden incluir en las 200 horas anuales durante los cuatro años, en donde los líderes comunitarios y la comisión designada por la NAWE serán los encargados que delimiten el cumplimiento de estas actividades.

Finalmente, el Tribunal consideró que la Secretaría de Derechos Humanos, que pertenece a la Función Ejecutiva, “despliegue una inducción básica sobre Derechos Humanos, con énfasis en el derecho a la vida” (p. 25), previo a la realización de la Fiesta Cultural Waorani, esta inducción debe ser precisa con respecto a las “funciones y actividades que realiza la Dirección de Protección de Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario” (p. 25), a fin de garantizar que no se repitan los acontecimientos funestos que enmarcaron a estos pueblos.

l) Suspensión de los derechos: desde el respeto a la cosmovisión de la comunidad Waorani, la Sala consideró oportuno desechar el criterio de la privación de libertad de los diecisiete implicados, pues dentro de su cultura y costumbres la acción penal cometida es considerada como un mecanismo de defensa de su territorio.

m) Reparación del daño: como medida de reparación, el Tribunal aceptó el criterio presentado por los Pikenanis con respecto a que los procesados realicen chacras y casa Waorani como servicio comunitario, mismos que se pueden incluir en las 200 horas anuales durante los cuatro años que se les estableció.

Antecedentes del caso concreto

Dentro del presente apartado se exponen los principales acontecimientos que suscitaron en torno del caso concreto, motivo de la presente investigación. En el poblado Yarentaro perteneciente a la Provincia de Orellana, fueron asesinados con lanzas una pareja de ancianos que pertenecían a la comunidad Waorani, este lamentable hecho le fue atribuido a un grupo de indígenas que se encuentran en condición de aislamiento que pertenecen a la comunidad Tagaeri Taromenane y se suscitó los primeros días del mes de marzo de 2013.

En respuesta a este acontecimiento, familiares de las víctimas tomaron represalia e ingresaron al territorio indígena de los pueblos no contactados dando muerte a un grupo de indígenas de la comunidad Tagaeri Taromenane y además procedieron con la extracción de dos niñas de tres y seis años de edad, a quienes reintegraron en los grupos familiares de la comunidad Waorani, alejándolas de su territorio y de su familia.

A petición de la Fiscalía, con fecha 27 de noviembre de 2013, el Juez Segundo de Garantía Penales de Orellana dio trámite a la causa que se la estableció

como delito de genocidio y se ordenó la prisión preventiva de siete miembros de la comunidad Waorani. El abogado de los procesados solicitó un amparo de libertad a favor de sus defendidos, argumentando que Fiscalía no habría sustentado la solicitud de prisión preventiva, sin embargo, la Corte Provincial de Justicia de Orellana negó este pedido por considerar que los actos de carácter punitivo que cometieron los miembros del pueblo Waorani se encuadran perfectamente en el delito de genocidio.

Con fecha 13 de febrero de 2014, el abogado particular de los procesados junto al defensor público de Orellana, presentaron una acción de Hábeas Corpus, misma que fue sustentada en el sentido de que al ser los procesados indígenas de la comunidad Waorani, éstos se encuentran habituados a la vida en la selva, además, su cultura, costumbres y alimentación lo realizan siempre dentro de su comunidad, y que las condiciones que presenta el Centro de Rehabilitación Social de Sucumbíos estaría afectando su integridad física, psicológica y cultural.

Con fecha 06 de marzo de 2014, “llevó a cabo la audiencia de Hábeas Corpus y con fecha 11 de marzo de 2014, la Corte Provincial de Justicia de Orellana negó esta acción” (p. 18) indicando que el habeas corpus tiene como objeto “el recuperar la libertad de las personas que se encuentren privadas de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima” (p. 18), y que dentro del presente caso no se había presentando ninguna vulneración de derechos humanos que ponga en peligro o riesgo la vida, salud física o mental de las personas Waorani que se encontraban privadas de libertad.

Posteriormente, “el 16 de septiembre de 2014, el Juez Segundo de Garantías Penales de Francisco de Orellana, ordenó la libertad inmediata de las siete personas

privadas de libertad” (p. 19) pertenecientes al pueblo indígena Waorani, en virtud de que se sustituyó la medida de prisión preventiva dentro del proceso de audiencia de revisión de medida cautelar.

Con fecha “16 de diciembre de 2014, Fiscalía interpuso el Recursos de Apelación y de Nulidad del Auto de Sobreseimiento Provisional del Proceso y de los procesados” (p. 20), este recurso recayó mediante sorteo en la Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, misma que avocó conocimiento del recurso el 23 de diciembre de 2014.

Con fecha 26 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en donde el Tribunal declaró que la sentencia *Aquo* no violó en ningún sentido el debido proceso, así mismo, los miembros del Tribunal observaron que el caso tenía un carácter excepcionalísimo, y resolvió “revocar el auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los procesados y en su lugar dictó auto de llamamiento a juicio” (p. 21), estableciendo como “medidas cautelares de carácter personal, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse de forma periódica, cada quince días, a partir de la fecha, en la Unidad Judicial Penal de Orellana” (p. 21).

Decisiones de primera y segunda instancia

En el presente apartado se analizarán las decisiones de primera y segunda instancia dentro del proceso judicial por delito de homicidio No. 22251-2013-0223. Luego de la audiencia oral de formulación de cargos y resolución de la instrucción fiscal, de la audiencia de revisión de medida cautelar, de la diligencia para resolver la petición de consulta, del análisis del Tribunal de la Corte Constitucional, se llevó a cabo la Audiencia Preparatoria de Juicio en la Unidad Judicial Penal con sede en

el Cantón Francisco de Orellana, con fecha 21 de noviembre de 2014, en donde el juez a cargo resolvió dictar auto de sobreseimiento provisional del proceso y de todos los procesados por existir una duda razonable en la preexistencia de la infracción que se les atribuye, misma que no presenta la materialidad de los cuerpos de las víctimas, y considerando el principio de interculturalidad que ampara a los procesados, el juez revocó las medidas cautelares dictadas en contra de los mismos, contempladas en los numerales 4 y 10 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

Con fecha “16 de diciembre de 2014, la Sala multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Orellana” (p. 21), calificó el recurso de apelación de nulidad, presentado por el fiscal a cargo del proceso. Con fecha 16 de julio de 2015, se llevó a cabo la Audiencia oral, pública y contradictoria, para fundamentar los recursos de nulidad y apelación planteados por Fiscalía al auto de sobreseimiento provisional, en donde la Sala resolvió dictar medidas cautelares de carácter personal en contra de los procesados, observando el artículo 160 numerales 4 y 10 del Código Procedimientos Penales.

Así como también se observaron los artículos 11 numerales 2 y 3, artículo 66 numeral 4, de la Constitución de la República y además se observaron los artículos 8.1 y 10.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y el artículo 8 de garantía judiciales de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “tomando en cuenta además el principio de interculturalidad de los procesados por tratarse de miembros de la nacionalidad indígena Waorani” (p. 22).

Además, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Orellana, dispuso la prohibición de enajenar bienes inmuebles de propiedad de los

procesados, y resolvió que los mismos de manera individual den cumplimiento de las siguientes penas: “200 horas de trabajo comunitario anuales, por cuatro años, en favor de las comunidades waorani que se encuentra circunscritas dentro del denominado Bloque 16 (REPSOL)” (p. 24). Respetando la cosmovisión del pueblo waorani, se consideró además, el cumplimiento del castigo sugerido por los PIKENANIS que consiste en realizar chacras y onkos que son las típicas casas Waorani, actividades que deben realizarse dentro de las 200 horas de servicio comunitario anual, durante los 4 años de sentencia que estableció la Sala.

Finalmente, la Sala consideró el principio de colaboración con la Función Judicial, el mismo que se encuentra en el inciso primero del Art. 30 del COFJ, y dispuso que “la Secretaría de Derechos Humanos perteneciente a la Función Ejecutiva, previo al desarrollo de la fiesta cultural Waorani, realice una inducción básica sobre Derechos Humanos con énfasis en el derecho a la vida” (p. 24), y enfatice también sobre el respeto y protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Como se observa, dentro de las decisiones judiciales de primera y segunda instancia se consideró como medida urgente observar la práctica de peritajes antropológicos y sociológicos, que posibiliten la comprensión de la cosmovisión del pueblo indígena Waorani a fin de que el proceso penal que se estaba conociendo sea sustanciado desde la interpretación intercultural. Es importante resaltar que dentro de la resolución de segunda instancia se consideró oportuno, además, incorporar el criterio y cosmovisión de los Pikenanis, que son los ancianos de la nacionalidad indígena *waorani* de reciente contacto, a fin de “imponer una sanción desde la perspectiva intercultural, es decir, a través del ejercicio inmediato de la

aplicación directa del bloque de constitucionalidad” (p. 12), en atención a lo consignado dentro del Convenio 169 OIT, como lo garantiza el inciso final del artículo 424 de la Constitución de la República.

En este punto, es menester considerar que los análisis y criterios jurídicos que se establecieron dentro de estas sentencias deben servir para casos análogos en los que se encuentren involucrados miembros de comunidades indígenas contactados o no contactados, a fin de que no se repitan procesos que vulneren sus derechos, respetando su cosmovisión mediante el uso oportuno de informes antropológicos que ayudan a conocer, comprender e identificar sus costumbres y forma de vida.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

Dentro de la Sentencia No. 112-14-JH/21, la Corte Constitucional del Ecuador “resolvió una consulta que fue planteada por el juez segundo de garantías penales de Francisco de Orellana, con respecto a la constitucionalidad de la aplicación del artículo inserto antes 441 del Código Penal, dentro de la causa penal” (p. 15) que se sustanció por delito de genocidio en contra de diecisiete personas que pertenecen “al pueblo indígena de contacto reciente Waorani, mismos que fueron acusados de asesinar a varios miembros del pueblo indígena no contactado Taromenane” (p. 15), por un presunto motivo de venganza.

Frente a este caso, la Corte Constitucional analizó la norma jurídica, motivo de consulta, observando el principio de diversidad étnico cultural, mismo que se encuentra establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República (2008), en el que “se establece la obligación que tiene el Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida de los pueblos en aislamiento voluntario” (p. 15),

así como también, tiene la obligación de “hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, precautelando la observancia de sus derechos” (p. 15).

Desde el análisis que la Corte Constitucional presentó, se observa que en el caso concreto existió, por parte de los operadores de justicia, un error de comprensión en torno al ámbito cultural que fue condicionado desde la aplicación de la justicia ordinaria a personas que pertenecen a pueblos indígenas, en donde se les aplicó la normativa penal sin considerar que son miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

A partir de este error de comprensión, la Corte Constitucional dispuso que la sanción de privación de libertad que se les impuso a las personas del pueblo indígena Waorani debía ser considerada como de última ratio, en virtud de que los pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto con el entorno social, son personas que pertenecen a una cosmovisión cultural ajena y distinta al resto de mayor parte social del país, en este sentido, los centros de rehabilitación social genera una gran afectación a las personas que pertenecen a pueblos indígenas, en virtud de que se afecta su relación e interacción comunitaria.

En este contexto, la Corte “dispuso como medida de reparación integral que todos los operadores de justicia, en cualquier proceso penal en el que se encuentren involucrados miembros de pueblos o comunidades indígenas de reciente contacto” (p. 16) o no contactados, deberán interpretar las normas jurídicas a partir de una perspectiva intercultural que respete la cosmovisión de estos pueblos.

Es así que las medidas de reparación emitidas por la Corte, buscan enmendar el daño inmaterial jurídico ocasionado por parte de los operadores de justicia hacia

los procesados que se encuentran identificados como miembros del pueblo indígena Waorani de reciente contacto, mismas que buscan generar un equilibrio entre la cosmovisión indígena y la aplicación de sus derechos mediante la normativa nacional e internacional que protege los mismos, a fin de evitar conflictos de matrices culturales diversas, para ello, la Corte dispone que “el juez segundo de Garantías Penales de Orellana, implemente peritajes sociológicos y antropológicos en el proceso penal” (p. 16) que se está substanciado.

La Corte consideró, además, que existe la necesidad de analizar el caso desde la excepcionalidad, principalmente en aquellas normas constitucionales que refieren a delitos contra la vida, y a fin de evitar la afectación de los derechos colectivos del pueblo Waorani, se les debe brindar atención de acuerdo a su cosmovisión particular, pues no pueden ni deben ser tratados como el resto de la población hegemónica que habita en el país.

Cabe resaltar que el informe antropológico es una herramienta indispensable dentro de este tipo de casos, en donde los peritos acreditados analizan desde la interculturalidad si el actuar de los miembros del pueblo indígena Waorani responde o no al delito de figura penal de genocidio, tal como se les atribuyó por parte de la Fiscalía en la Audiencia Oral de formulación de cargos, y para este efecto se debe argumentar el cumplimiento de los presupuestos establecidos dentro de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Como se evidencia, la Corte Constitucional resolvió la consulta desde un análisis intercultural que posibilitó la reivindicación de los derechos de los miembros del pueblo indígena Waorani, quienes se encontraban privados de libertad por el delito de genocidio, y que posteriormente esta figura fue cambiada

por homicidio en base al informe antropológico presentado por los peritos acreditados quienes refirieron que dentro de la cosmovisión indígena Waorani la figura de genocidio no se encuentra considerada. Además, con la resolución de la Corte, se consideró levantar las medidas de prisión preventiva en contra de los siete detenidos en virtud de que se estaba afectando su relación intercultural con los miembros de su comunidad.

Finalmente, es menester resaltar que “la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia No. 112-14-JH/21” (p. 19), posibilita que a futuro los operadores de justicia utilicen su contenido “en casos análogos en los que no se repita la vulneración de los derechos de las personas” (p, 19) que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas contactados o no contactados del Ecuador, considerando en primera instancia su cosmovisión intercultural.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

Con respecto a los problemas jurídicos planteados, dentro de la sentencia No. 112-14-JH/21, la Corte Constitucional refirió que:

[...] Para la resolución de uno o varios problemas jurídicos el intérprete debe necesariamente considerar no sólo los derechos constitucionales individuales afectados, sino además los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades a los que pertenecen los individuos o grupos involucrados; derechos colectivos que en estos casos también están o puedan estar siendo afectados por conflictos particulares. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 9)

Bajo esta percepción, la Corte considera que los operadores de justicia analizaron el caso desde una perspectiva individual y no colectiva, además considera que no se ha analizado el tema de la interculturalidad de los procesados, en este sentido, la Corte observa que los funcionarios judiciales se encuentran obligados a respetar el principio de la Constitución y la ley de la jurisdicción de las autoridades indígenas en las que se haya establecido una solución a los conflictos que se presenten dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. No obstante, cuando los operadores de justicia avocan conocimiento de procesos judiciales en los que se encuentren involucrados miembros de pueblos indígenas contactados o no contactados, su obligación constitucional es analizar y desarrollar una interpretación intercultural del proceso apoyado en el informe antropológico presentado por peritos profesionales acreditados.

Precisamente, el tema de la interpretación intercultural es uno de los problemas jurídicos que la Corte enfatiza, en virtud de que los operadores de justicia no lo consideran importante dentro de la toma de sus decisiones en el caso concreto que se analiza, es por eso que se vulneraron los derechos de las personas que pertenecen al pueblo indígena Waorani, pues no se ha considerado a la interpretación intercultural como un proceso en el que se analizan la cosmovisión y las costumbres de este pueblo con relación a los hechos de relevancia jurídica que se presentaron.

En este punto se considera oportuno analizar los principales problemas jurídicos que identificó la Corte Constitucional del Ecuador:

a) Principios de interculturalidad y plurinacionalidad. - la Corte Constitucional observó que los operadores de justicia omitieron la interpretación intercultural

como un proceso que posibilita generar significados de disposiciones normativas, así como también, posibilita analizar las costumbres y los hechos que presenten relevancia jurídica, en este contexto, la Corte desarrolló “parámetro de interpretación intercultural con respecto a la tutela de la libertad y de la integridad personal en los procesos de hábeas corpus” (p. 18) en los que se encuentren inmersos miembros que pertenecen a pueblos indígenas.

b) Aislamiento, contacto inicial o reciente. – para el efecto del análisis del caso en concreto, la Corte Constitucional consideró oportuno contar con la experiencia de peritos antropólogos especializados en investigación sobre pueblos indígenas amazónicos, específicamente sobre los pueblos de nacionalidad Waorani y Tagaeri Taromenane, a fin de evitar la vulneración de los derechos de estos pueblos, la Corte consideró además, “realizar una audiencia pública en la que participaron las partes procesales, peritos investigadores y expertos de diversas disciplinas” (p. 18) que posibilitaron comprender de mejor manera la cosmovisión de los pueblos en aislamiento y de los pueblos de contacto inicial o reciente.

c) “Los pueblos en aislamiento voluntario, el principio de no contacto y la proscripción de la privación de la libertad”. – bajo el criterio de la Corte Constitucional, se analiza el principio constitucional e internacional de no contacto, el mismo que refiere que los miembros de una comunidad, pueblo o nacional indígena que se encuentre en condición de no contactado, no podrán ser procesados penalmente, así como también, no se les podrá dictar medidas cautelares que priven su libertad. Pues bajo el principio del artículo 57 de la Constitución de la República, se debe respetar y precautelar su voluntad y autodeterminación de permanecer en aislamiento.

d) Antecedentes de la sentencia de hábeas corpus bajo análisis. – la Corte Constitucional encontró un patrón de coincidencia dentro de los informes periciales que se presentaron en el caso de análisis, en donde se evidenció que existe un patrón de venganzas guerreras que se practica dentro de la cosmovisión del pueblo indígena Waorani, además, estos informes refieren que la explotación maderera y petrolera que enfrentan estos territorios, ha sido una de las causas principales para que los pueblos no contactados se encuentren a la defensiva en cuanto a la incursión de sus territorios.

e) Ámbito de la presente sentencia. – la Corte Constitucional considera que dentro del proceso de hábeas corpus debe haber una comprensión intercultural a favor de los siete procesados que pertenecen a los pueblos indígenas Waorani de reciente contacto y que fueron “[...] privados de su libertad, por ser acusados del delito de genocidio dentro de la matanza de los indígenas que se encuentran en condición de aislamiento” (p. 18) de los pueblos Tagaeri-Taromenane.

f) Perspectiva intercultural de la libertad. – la Corte Constitucional analizó que la privación de la libertad dentro de la cosmovisión de cultura Waorani se percibe de forma diferente, pues como se observa en el “informe pericial, las personas mayores de la comunidad waorani consideran que un centro de privación de libertad es el lugar en el que la vida se suspende o muere” (p. 19), pues desde su cosmovisión, tener una vida plena implica que la persona se encuentre activa y trabajando, en tal sentido, una sanción que se establece en la cultura Waorani es la intensificación de las actividades que la persona realice dentro de su comunidad, y la privación de libertad es considerada como una forma contraria a su percepción pues no corrige la falta cometida por el implicado.

g) La libertad en el hábeas corpus bajo análisis. – la Corte Constitucional observó que, los accionantes no alegaron de forma expresa la violación de la libertad de los procesados por motivos de “orden ilegal, ilegítima o arbitraria, existe claridad en los derechos alegados como vulnerados” (p. 19), principalmente en lo que refiere a la orden de prisión preventiva dictada en contra de los siete miembros de la nacionalidad indígena Waorani, en donde se vulneró sus derechos colectivos ya que culturalmente la privación de libertad es incompatible con sus costumbres y modo de vida.

h) Sobre la legalidad de la orden de prisión preventiva. – la Corte Constitucional considera que la decisión del juez que conoció la causa penal, al dictar la prisión preventiva con otros fines, provocó la ilegalidad de la medida, y esta situación no fue observada por el Tribunal que conoció el hábeas corpus.

i) Sobre la arbitrariedad de la orden de prisión preventiva. – la Corte Constitucional consideró que “la orden de prisión preventiva que se dictó en contra de los siete miembros de los pueblos Waorani de reciente contacto, fue dictada desde el incumpliendo de la obligación que tiene toda autoridad judicial” (p. 19) en cuanto al desarrollo de una interpretación intercultural en el momento de aplicar el derecho ordinario a personas que pertenecen a pueblos indígenas. De igual manera, la Corte observó que previo a la audiencia de formulación de cargos y durante dicha audiencia, el juez competente no adoptó ningún procedimiento de diálogo intercultural, de ahí que todas estas acciones impidieron “alcanzar una comprensión intercultural de las normas, provocando que la privación de libertad emitida en contra de los accionantes” (p. 19) tenga un carácter arbitrario, además se concluyó que el Tribunal que conoció el habeas corpus tampoco observó estos particulares.

j) Perspectiva intercultural del derecho a la integridad personal. – dentro de la integridad personal desde la perspectiva intercultural, las personas que pertenecen a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas deben ser protegidas por el Estado, además debe existir una adecuada consulta previa, misma que se considera en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República (2008), en la que se establece “la consulta prelegislativa, que opera a favor de los derechos colectivos, sin embargo, la Corte destaca que ni la consulta prelegislativa, ni la consulta previa, son aplicables a los pueblos indígenas en aislamiento” (p. 19), en virtud de que se les debe respetar y garantizar su decisión de permanecer en aislamiento tal como se reconoce en el artículo 57 de la Constitución de la República.

k) El derecho a la integridad cultural en el hábeas corpus bajo análisis. – la Corte Constitucional consideró que el análisis que realizó la Sala Multicompetente de Orellana fue inadecuado e insuficiente, en virtud de que “[...] no protegió de manera efectiva los derechos a la integridad personal y a la integridad cultural y étnica de los accionantes, es decir, los jueces no analizaron si la privación de libertad de los implicados” (p. 20), resultaría arbitraria o no desde su cosmovisión. Ante esta situación, la Corte consideró que las omisiones presentadas por los jueces que conocieron la causa, resultan incompatibles con la tutela del derecho a la integridad personal desde su dimensión cultural, pues la privación de libertad de los siete miembros de la comunidad indígena Waorani, no respetó sus derechos constitucionales, principalmente su derecho a la integridad personal y sus derechos colectivos, en este sentido su decisión fue aplicada desde un carácter de arbitrariedad.

l) Respeto a la autodeterminación de los pueblos indígenas y el principio de no contacto. – dentro de este aspecto, la Corte Constitucional consideró que la protección de la autodeterminación de los pueblos indígenas y el principio de no contacto, le exige al Estado generar una política pública integral que abarque actuaciones conjuntas y articuladas desde las diferentes esferas de gobierno, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales que abordan “[...] los derechos de los pueblos indígenas, misma que debe estar coordinada por la Secretaría de Derechos Humanos o por cualquier instancia que la represente” (p. 20).

m) Reducción de conflictividad en el territorio. – la Corte Constitucional consideró que “entre las medidas necesarias se debe contemplar la intervención estatal inmediata y efectiva que posibilite el desmantelamiento de campamentos ilegales” (p. 21), que se acentúan en territorios indígenas con la finalidad de realizar cacería ilegal de especies exóticas en extinción, de tala de árboles para obtener madera, de extracción de petróleo, entre otras actividades ilegales que se llevan a cabo dentro de “la Zona Intangible del Parque Nacional Yasuní, en virtud de que estas actividades incrementan la posibilidad de contacto no deseado con los pueblos que permanecen aislados” (p. 21).

n) Coordinación y articulación interinstitucional. – la Corte Constitucional observa que las políticas de gobierno deben enfocarse en cumplir el respeto de los parámetros constitucionales que garanticen la perspectiva intercultural y participativa, establecidos dentro de la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, de igual manera, se deben “respetar los instrumentos

internacionales de derechos humanos y los órganos internacionales encargados de su cumplimiento” (p. 21).

o) Fortalecimiento de la coordinación entre justicias ordinaria e indígena. –la Corte Constitucional considera que los jueces que avoquen conocimiento de procesos de hábeas corpus, deben considerar a la prisión preventiva con carácter de *última ratio*, principalmente cuando se trata de miembros que pertenecen a pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, y con énfasis especial en aquellos casos en los que existan miembros de pueblos indígenas de reciente contacto, y en el caso de que “el juez competente determine como medida inevitable de *última ratio* la privación de la libertad, ésta deberá realizarse bajo principios y condiciones culturales diferenciadas y bajo los criterios de forma motivada” (p. 21).

p) Mejoramiento de las condiciones de privación de libertad de personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas. – finalmente, la Corte Constitucional considera que las políticas públicas que se encuentran destinadas a asegurar la adaptabilidad cultural de personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en materia de centros de privación de libertad, “deben atender los parámetros de la presente sentencia en relación a la protección de la integridad personal que se contempla desde la perspectiva intercultural, además esta formulación e implementación de políticas públicas deben realizarse en constante diálogo y coordinación con las autoridades indígenas competentes” (p. 22).

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

Dentro de la Sentencia No. 112-14-JH/21, la Corte Constitucional, consideró oportuno “desarrollar parámetros de interpretación intercultural con respecto a la tutela de libertad e integridad personal dentro de los procesos de hábeas corpus que se soliciten a favor de miembros que pertenezca a comunidades” (p. 12), pueblos o nacionalidades indígenas de reciente contacto, como el caso de los Waorani. Para este efecto, la Corte desarrolló conceptos relacionados a “los pueblos en aislamiento y de reciente contacto, así como también, abordó la complejidad cultural y socio-ambiental de los pueblos Waorani, y Tagaeri -Taromenane” (p. 12).

Bajo el principio constitucional e internacional de no contacto, la Corte consideró que los siete procesados al ser miembros de pueblos indígenas de reciente contacto, no deberían ser procesados penalmente, ni tampoco se les debe dictar medidas cautelares que priven su libertad. En este contexto, señala que cualquier medida que se dicte a su favor, debe tener como objetivo: “[...] garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 57).

De ahí que la Corte considere que el proceso de hábeas corpus que se solicitó a favor de las siete personas detenidas que pertenecen al pueblo indígena Waorani, debió ser analizado desde una comprensión intercultural que no solo busque respetar y garantizar la vida, integridad y libertad de los pueblos de reciente contacto o en aislamiento, sino que también, se incluyan las relaciones y

responsabilidades del Estado ecuatoriano y las instituciones públicas específicas con los pueblos indígenas.

La Corte consideró, además, que la privación de libertad resulta completamente ajena al derecho propio de la nacionalidad Waorani en virtud de que con ella se generó un compendio de repercusiones de carácter individual y colectivas, y esto generó una contradicción dentro de los fines previstos por el sistema jurídico ordinario, por lo tanto, una vez analizados los parámetros constitucionales e instrumentos internacionales, la Corte Constitucional concluyó que en el caso de los pueblos indígenas de reciente contacto, debe existir la excepcionalidad en lo que respecta a la medida privativa de libertad a fin de evitar vulnerar la cosmovisión, vida y derechos de estos pueblos.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

La reparación integral consiste en reparar la vulneración de derechos posterior al acto cometido en contra de la víctima, por tal motivo, todo aquel que se sienta afectado en sus derechos constitucionales tiene el derecho de requerir una reparación del daño causado, cuyo efecto como exigible lo convierte en un derecho, sea este individual o colectivo.

Dentro de la temática abordada, la Constitución de la República del Ecuador (2008), define en su artículo primero al Estado como constitucional de derechos y justicia social, intercultural, plurinacional, que a partir de este nuevo modelo debe transformar el sistema de justicia y desde un enfoque garantista a lo largo de la última década, exige a las autoridades competentes garantizar el derecho de la reparación integral en su administración, de tal manera, su aplicación debe ser

efectiva y obligatoria dentro del cumplimiento de las mencionadas medidas establecidas en la norma constitucional y en los instrumentos internacionales.

En atención al artículo 86, numeral 3 de la Constitución, se establece la reparación integral y dispone que los jueces de garantías jurisdiccionales de protección de derecho disponen que los procesos judiciales finalizarán con ejecución de la sentencia o resolución. En este orden de ideas el art. 17 de la LOGJCC establece el contenido mínimo de la sentencia en la que incluye de forma expresa la reparación integral con el objeto de reparar transgresión de derechos constitucionales, en concordancia con el art. 18 de la LOGJCC el cual determina la reparación integral y 19 en referencia a la reparación económica.

A efectos de instrumentos internacionales la reparación integral se realiza en virtud del art 73.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que:

[...] Prevé que cuando se decida sobre la violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención se dispondrá que se garantice al lesionado su derecho conculcado, también se dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado en la vulneración más el pago de una justa indemnización. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 73.1)

En este contexto, Salazar (2017), menciona que se debe implementar un modelo de justicia para superar y no profundizar el conflicto, es decir, se debe aplicar medidas de justicia transicional como la búsqueda de la verdad, reconstrucción de la narrativa histórica, revaloración de la cultura y el idioma indígenas, restitución, conmemoración, compensación, disculpas, reparación,

reformas institucionales, entre otras, mismas que traen múltiples beneficios si se aplican a determinados conflictos.

Efectivamente, para consolidar un Estado constitucional de derechos y justicia social se aplicará de forma integral en conjunto modelos, planes, procedimientos, mecanismos, que a partir de la interpretación intercultural se evitará la vulneración de derechos y en caso de existirlos la reparación integral. De ahí que dentro de las medidas de reparación que la Corte Constitucional consideró en la Sentencia No. 112-14-JH/21, desde el análisis y la aplicación del principio interculturalidad y comprensión intercultural, se observan:

a) Disposición de carácter tardío

En primera instancia existió una disposición de carácter tardío en cuanto a las medidas de reparación dispuestas por la Corte, pues desde el año 2013 hasta el año 2021 transcurrieron ocho años para que la justicia aborde la disposición de libertad como una medida de restitución para los siete miembros de los pueblos indígenas Waorani, quienes fueron afectados de forma particular y colectiva, con la privación de su libertad. En este contexto, Fueyo (2004) refiere que la disposición de carácter atrasado o tardío es cuando la obligación se encuentra fuera del plazo establecido o prescrito por la ley (p. 255).

b) Intervención del Estado

En segunda instancia, la Corte consideró oportuno incluir de manera inmediata y efectiva la intervención del Estado, a fin de que se incluyan medidas que se encuentren destinadas a asegurar el respeto y autodeterminación de los pueblos indígenas de reciente contacto y de los pueblos indígenas no contactados, tomando en consideración la dismantelación inmediata de los campamentos

ilegales que se encuentran acentuados en la zona intangible del Parque Nacional Yasuní, con ello se evitaría la tala de madera, cacería a especies endémicas, explotación de petróleo en zonas protegidas, entre otras.

En este contexto, para que se efectúe este plan, el Estado deberá realizar una consulta previa, libre e informada a los pueblos de reciente contacto, sin embargo, en lo que concierne a los pueblos indígenas en aislamiento, el Estado no deberá realizar la consulta respetando el principio de no contacto.

En este punto es importante comprender que la intervención del Estado es “[...] el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y delimitar la autonomía de los particulares con el fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad, esto es, del bien común” (Hernández, 2020. p. 135).

c) Participación de autoridades indígenas de la nacionalidad Waorani

En tercera instancia, la Corte refiere que en el plan Estatal de desmantelación, “[...] se debe contar con la participación de autoridades indígenas de la nacionalidad Waorani, con las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, con las autoridades municipales y provinciales de la Provincia de Orellana” (p. 14), así como también con las organizaciones de la sociedad civil, la academia, la iglesia, y varios expertos que conozcan el tema.

En este apartado se considera oportuno citar a Trujillo (2002) quien refiere que la competencia de la autoridad indígena, dentro del ámbito de la administración de justicia, recae sobre los “conflictos internos” que se presentan dentro de cada comunidad, mismos que deben ser entendidos desde las formas de vida y valores que identifican la nacionalidad indígena a la que representan (p. 2).

d) Plan con carácter participativo

En cuarto lugar, la Corte dispone que se efectúe un plan con carácter participativo que permita fortalecer el enfoque intercultural en los órganos de justicia, pues una vez observadas las vulneraciones de derechos de las personas que pertenecen a las comunidades indígenas dentro de esta sentencia, en donde se evidenció la inoperancia de las autoridades judiciales, se deben establecer parámetros efectivos sobre la importancia de la interculturalidad y cosmovisión indígena, en donde “se involucren las actuaciones de las autoridades judiciales, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública, la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo” (p. 14), mismas que deben contar con la participación de autoridades y organizaciones indígenas.

e) Capacitación y sensibilización de los operadores de justicia a nivel nacional

En quinto lugar, la Corte dispuso que el Consejo de la Judicatura es el órgano rector que deberá asegurar la capacitación y sensibilización de los operadores de justicia a nivel nacional con el contenido de esta sentencia, y dicha difusión se efectuará mediante la publicación del contenido de la sentencia y de los peritajes realizados, en las páginas web de las diferentes instituciones y en diferentes idiomas en los que se disponga su traducción.

f) Protocolo de atención especializada para personas indígenas

En sexto lugar, con respecto a las afectaciones por las que atravesaron las personas indígenas *waorani* durante el tiempo de la privación de su libertad, la Corte dispone que “[...] SNAI junto con la participación de autoridades y organizaciones indígenas, y en coordinación con la Defensoría del Pueblo, deberán

formular un protocolo de atención especializada para personas indígenas, mismo que respetará la base de los parámetros establecidos en esta sentencia” (p. 15).

g) Difusión del contenido de la sentencia No. 112-14-JH/21

En séptimo lugar, la Corte dispone que el contenido de la sentencia No. 112-14-JH/21 sea difundido a nivel nacional y para que llegue de forma oportuna a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser traducida al *kichwa* y *shuar*, idiomas que se encuentran en relacionamiento intercultural, tal como lo dispone la Constitución de la República, así como también deberá ser traducida en *waoterero*, idioma de la nacionalidad *Waorani*.

h) Medida de rehabilitación

Es importante resaltar que, con respecto a la medida de rehabilitación, la Corte no consideró el establecimiento de una atención médica y psicológica oportuna para los siete indígenas Waorani detenidos, ni tampoco consideró el acompañamiento de profesionales, en virtud de que los privados de libertad sufrieron un aislamiento de carácter colectivo que desde su cosmovisión no es bien aceptado ya que fueron juzgados por su comunidad en base a su propio derecho.

i) Medidas de satisfacción

Con respecto a las medidas de satisfacción, la Corte consideró en el párrafo 259 que el contenido de la sentencia No. 112-14-JH/21, junto con los peritajes realizados dentro de la presente causa, sean publicados en la página web de las diferentes instituciones que pertenecen al consejo de la Judicatura y de las instituciones que protegen y garantizan los derechos humanos, misma que deberá ser traducida a los idiomas: *waoterero*, *shuar* y *kichwa*.

j) Garantías de no repetición

En referencia a las garantías de no repetición, la Corte realiza varias anotaciones generales sobre el respeto a la interculturalidad, sin embargo, no presenta un camino efectivo que garantice la no repetición de los derechos vulnerados, pues refiere de forma sistemática que no se repitan las vulneraciones de derechos en procesos donde se encuentren involucrados miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, sin embargo, no dispone por ejemplo que el peritaje antropológico sea considerado como medio de primer orden que posibilite la interpretación cultural del caso a fin de evitar la vulneración de los derechos de los miembros de los colectivos indígenas que se investigue.

k) Reparación económica

Finalmente, en lo concerniente a la reparación económica, la Corte Constitucional no abordó este tema, en tal sentido, la eficacia y finalidad de la reparación integral se debilita, en tanto, el derecho vulnerado de los siete legitimados activos no ha sido resarcido, pues no se ha considerado de forma oportuna el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Judiciales y Control Constitucional (2009), así como también no se consideró el artículo 98 del Reglamento Procesos de Competencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Análisis crítico a la Sentencia No. 112-14-JH/21 emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana

Dentro del análisis crítico de la Sentencia No. 112-14- JH/21, se considera oportuno abordar seis contextos que enmarcaron la decisión de la Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, que con fecha 27 de noviembre de 2013, conoció la causa signada con el número 22251-2013-0223, proceso que fue seguido por la

Fiscalía en contra de diecisiete miembros de la comunidad Waorani por el presunto delito de genocidio, cabe resaltar que siete de ellos fueron detenidos y privados de su libertad y los otros diez procesados se encontraban en condición de prófugos.

El primer contexto se remonta al 29 de noviembre de 2013, fecha en la que el Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana convocó a la audiencia oral de formulación de cargos y resolución de la instrucción fiscal. Dentro de esta audiencia, el fiscal que se encontraba a cargo, señaló que en este proceso se deben considerar las siguientes normas que se encuentran en la Constitución de la República (2008), en el artículo 424 el mismo que establece la supremacía constitucional, así como también el artículo 171 que refiere a la aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de conflictos, también invocó el artículo 344, literal e) del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), que hace referencia a los principios de justicia intercultural.

Además, el Fiscal a cargo expuso los hechos y acontecimientos que marcaron el proceso 22251-2013-0223, indicando que ante lo acontecido se debería tomar en cuenta el artículo 1 de la Ley s/n Registro Oficial 578-S del 27 de abril de 2009 inserto antes del artículo 441 del Código Penal (1971), el mismo que tipifica este delito como genocidio, y textualmente la norma determina que:

Art. 441.- 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. (p. 149)

Cabe resaltar que la Fiscalía individualizó e identificó a los diecisiete procesados dentro de la indagación previa, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, artículo 217 numeral 2. Así mismo, la Fiscalía manifestó que “[...] las pruebas aportadas dentro del proceso, eran concordantes con los hechos descritos y por ende, establecían la presunción del delito de genocidio” (p. 12), y en tal sentido, solicitó al juez que “[...] se digne notificar con el inicio de la instrucción fiscal a los sujetos procesales, además, solicitó como medida cautelar la prisión preventiva para los diecisiete implicados” (p. 13), misma que se encuentra establecida en el artículo 160, numeral 13 del Código de Procedimiento Penal (2000), medida que se solicitó con el fin de garantizar la comparecencia de los mismos.

Por su parte, la defensa técnica de los procesados, manifestó que el tiempo que se había establecido para que la defensa prepare sus alegatos era muy corto y que con ello se estarían vulnerando las garantías básicas del debido proceso, además indicó que los hechos establecidos por la fiscalía no ameritan la necesidad de la detención preventiva, pues la defensa técnica hizo énfasis en que la versión de los procesados se utilizó dentro del contexto de guerra, lo cual representa un criterio desproporcionado, en virtud de que se debe considerar el respeto de los principios de interculturalidad a cada uno de los procesados que pertenecen a la comunidad Waorani.

Además, la defensa de los procesados resaltó que a sus defendidos se les había privado del derecho a la defensa, consagrado en el artículo 76 literal c) numeral 7 de la Constitución (2008), en virtud de que “[...] no se les escuchó en el momento oportuno y en igualdad de condiciones” (Constitución de la República,

2008), así como también, “[...] su presencia en la audiencia de formulación de cargos se dio bajo la orden de detención” (Sentencia No. 22251-2013-0223, 2023, p. 11), sin que se les indicará si se encontraban en calidad de sospechosos o simplemente para rendir su versión.

Dentro de esta audiencia el juez resolvió “[...] dar inicio a la instrucción fiscal durante el lapso de 90 días por tratarse de delito no flagrante, y por tratarse del delito de genocidio, tipificado y sancionado en el artículo 441 numeral 1 del Código Penal” (Sentencia No. 22251-2013-0223, 2023, p. 14), además ordenó la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en contra de los procesados, misma que se encuentra establecida en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo contexto se enmarca en la fecha 27 de enero de 2014, en donde el fiscal a cargo solicitó la audiencia de revisión de medidas cautelares, esta audiencia se llevó a cabo el 04 de febrero de 2014 en donde la Defensoría Pública insistió en la revocatoria de la prisión preventiva, sin embargo, el juez a cargo mencionó que ningún crimen cometido puede quedar impune, y exhortó a las autoridades competentes a que realicen una investigación a fondo en coordinación con las autoridades del pueblo Waorani.

También solicito el apoyo de peritos antropólogos acreditados, esto en atención del requerimiento que realizó la defensa técnica de los procesados, y además, consideró oportuno mantener la medida cautelar de prisión preventiva argumentando que en el inciso 3ero del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, se prohíbe la revisión de medidas en este tipo de delitos, ya que se los

sanciona con pena de reclusión, así se negó la petición de revocatoria de la prisión preventiva que realizó la defensa técnica.

El tercer contexto se presenta el 21 de marzo de 2014, fecha en la que el fiscal a cargo solicitó que se lleve a cabo la diligencia para resolver la petición de consulta ante la Corte Constitucional, misma que se programó para el 14 de abril de 2014, en ella, el fiscal sustentó que bajo el artículo 428 de la Constitución (2008), se eleve a consulta a la Corte Constitucional en virtud de que existen normas jurídicas que se tornan contrarias a la Constitución y que ameritan ser aclaradas a fin de evitar la vulneración de derechos.

Ante lo expuesto por el fiscal, el juez competente consideró que en efecto existen los motivos suficientes para generar una duda razonable y motivada en lo que respecta a la aplicación de la constitucionalidad dentro del presente caso, y a fin de evitar “[...] una posible vulneración de los principios constitucionales y de los instrumentos de protección de derechos humanos” (Sentencia No. 22251-2013-0223, 2023, p. 18), los principales artículos que se identificaron como motivo de consulta y que se encuentran contemplados en la Constitución de la República fueron: artículo 11, numeral 3 (ejercicio de los derechos y garantías constitucionales), artículo 424 (la Constitución y los tratados de derechos humanos prevalecen sobre cualquier norma jurídica), artículo 426 (autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos), artículo 428 (existencia de control concreto).

De igual manera se consideró oportuno elevar a consulta el presente caso en virtud de que el Convenio 169 de OIT refiere que cuando se presenten acciones que deriven en delitos cometidos por personas que pertenecen a pueblos indígenas y

tribales se deben considerar los siguientes artículos: artículo 8 (la legislación aplicada debe considerar las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales), artículo 9 numeral 2 (las autoridades y tribunales que conozcan casos penales deben tomar en cuenta las costumbres de los pueblos que en materia se resuelva) y el artículo 10 (cuando se impongan sanciones penales se deben considerar las características económicas, sociales y culturales de las personas procesadas que pertenezcan a los pueblos indígenas o tribales). Así pues, con estos antecedentes el juez competente resolvió elevar a consulta el referido caso, a fin de precautelar los derechos de los procesados que pertenecen a la comunidad Waorani.

El cuarto contexto se presentó el 16 de septiembre de 2014, “[...] el Tribunal de la Corte Constitucional en su Sentencia No.004-14SCN-CC, caso No.0072-14-CN”, observó la solicitud que presentó la defensa técnica de los procesados en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva, de igual manera, revisó el Acta de la Asamblea General de Dikaro y el Decreto de CODENPE, en el cual se establecía “[...] la vida jurídica de la comunidad Waorani, en este contexto, el Tribunal consideró que la petición de los abogados se encontraba apegada en derecho” y por tanto, se dispuso “[...] la revisión de la medida cautelar de los procesados, refiriendo lo adscrito en el artículo 160, numeral 4, que considera la prohibición de salida del país” (p. 19) de los privados de libertad.

El numeral 10 que refiere a la obligación de presentarse ante la autoridad, cada quince días, medidas que empezaron a regir de manera inmediata. El Tribunal determinó también la inmediata libertad de los siete detenidos, e indicó que se

abstenga la localización y captura de los otros diez procesados que se encontraban en calidad de prófugos.

El quinto contexto se presenta abril de 2014, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia preparatoria de juicio, en ella, el fiscal a cargo acogió su criterio al principio de favorabilidad y reformuló los cargos atribuidos a los procesados cambiando la tipicidad de la infracción que en un principio se la consideró como genocidio por el delito de homicidio, mismo que se encuentra “[...] tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal y en concordancia con el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal” (Código Penal, 2014).

En esta audiencia, el juez competente resolvió que al presentarse una duda razonable con respecto a la existencia de la infracción y al no existir la materialidad de la misma, es decir, que no se han encontrado los cuerpos de las víctimas, y tomando en cuenta el principio de interculturalidad, se dictó Auto de Sobreseimiento Provisional del Proceso y de todos los procesados, en este sentido, se revocó las medidas cautelares dictadas en contra de los diecisiete miembros de la comunidad Waorani. Ante esta resolución, Fiscalía “interpuso Recursos de Apelación y de Nulidad del Auto de Sobreseimiento Provisional del Proceso y de los procesados” (p. 20), con fecha 16 de diciembre de 2014.

El recurso interpuesto por la Fiscalía, recayó mediante sorteo en la Sala Única de la Corte Provincial de Orellana, misma que avocó conocimiento del recurso el 23 de diciembre de 2014. Con fecha 26 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en donde el Tribunal revisó lo señalado por la Fiscalía con respecto al caso, en donde el fiscal a cargo aseguró que se dieron muerte a 30 familias aproximadamente, pero que los cuerpos de las mismas no

fueron encontrados ni recuperados, además se indicó que existen solo versiones de dos menores de edad y fotografías y cotejamiento de la imágenes en donde constan los indicios de perdigones que evidencian lo ocurrido, además existen las versiones de los procesados y de terceras personas que conocieron de forma directa e indirecta sobre los acontecimientos ocurridos.

Bajo estas consideraciones, el Tribunal declaró que la sentencia *Aquo* no violó en ningún sentido el debido proceso, por el contrario, se observaron la normativa nacional vigente, las normas y tratados internacionales de derechos humanos, mismas que se aplicaron a fin de garantizar los derechos y garantías constitucionales de los sujetos procesales, es así que el Tribunal determinó la validez procesal y desechó el recurso de nulidad interpuesto por Fiscalía.

Así mismo, los miembros del Tribunal observaron que el caso tenía un carácter excepcionalísimo, en virtud de que “[...] al ser pueblos no contactados no se debía requerir de los cuerpos físicos para justificar la materialidad de los hechos” (p. 22), ni tampoco se podría determinar la identidad de los mismos debido a que ninguno de ellos se encontraba registrado en el Registro Civil, en este sentido, el Tribunal resolvió que con respecto a la grave presunción de la existencia del delito de homicidio en el que participaron o fueron cómplices los diecisiete procesados, este delito debe resolverse de acuerdo a lo establecido en el artículo 449 del Código Penal y en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal.

De ahí que el Tribunal resolvió “revocar el auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los procesados y en su lugar dictó auto de llamamiento a juicio” (p.22), conforme lo dispone el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. Además, el Tribunal consideró oportuno dictar “como medidas cautelares de

carácter personal, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse de forma periódica, cada quince días, a partir de la fecha, en la Unidad Judicial Penal de Orellana” (p. 22).

Estas medidas se dictaron bajo el criterio de los artículos 11 numerales 2 y 3, 66 numeral 4, de la Constitución de la República (2008) y los artículos artículo 8.1 y artículo 10.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humano, además, el Tribunal tomó en cuenta el principio de interculturalidad de los procesados ya que “[...] pertenecen a la nacionalidad indígena Waorani, pueblo contactado que ha desarrollado relaciones sociales con la sociedad mayoritaria del Ecuador” (p. 22), y por ende, conoce el funcionamiento del sistema de la misma.

Cabe resaltar que por varias ocasiones la audiencia de juicio fue suspendida y diferida, así como también antes de la audiencia de juicio se realizó un conversatorio con representantes de los *Pikenanis* (guerreros Waoranis) quienes solicitaron a los jueces del Tribunal que se considere que los diecisiete procesados pertenecen a comunidades inhóspitas de Orellana y que por tal motivo la sanción que se les imponga debe ser deliberada y modulada en base a su cosmovisión intercultural.

El sexto contexto se presenta con fecha 15 de agosto de 2019, en donde se llevó a cabo la audiencia de juicio y el Tribunal resolvió que “se debe implementar como medida urgente la práctica de peritajes antropológicos y sociológicos” (p. 22), a fin de sustanciar el presente caso desde una interpretación intercultural, de igual manera, para establecer la resolución del caso se consideró oportuno incorporar la deliberación con el grupo de los *Pikenanis*, así como también “con los ancianos de

la nacionalidad indígena Waorani de reciente contacto, mismos que representan la sabiduría ancestral de esta nacionalidad” (p. 22).

Es menester resaltar que se utilizaron estos diálogos con el fin de determinar una sanción desde la perspectiva intercultural, apegada a las normas, tratados y convenios internacionales, es decir, con apego a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, así como también al inciso final del artículo 424 de la Constitución de la República, resolviendo de manera individual que los procesados cumplan con las siguientes penas:

En primera instancia, en base al artículo 63 del Código Orgánico Integral Penal, se dispuso 200 horas de trabajo comunitario anuales, durante el lapso de “cuatro años, en favor de las comunidades Waoranis que se encuentran circunscritas dentro del denominado Bloque 16 (REPSOL) en la provincia de Orellana” (p. 23). En segunda instancia, el Tribunal aceptó el criterio presentado por los Pikenanis con respecto a que los procesados realicen chacras y casa Waorani como servicio comunitario, mismos que se pueden incluir en las 200 horas anuales durante los cuatro años, en donde los líderes comunitarios y la comisión designada por la NAWE serán los encargados que delimiten el cumplimiento de estas actividades.

Finalmente, se consideró que la Secretaría de Derechos Humanos, que pertenece a la Función Ejecutiva, “despliegue una inducción básica sobre Derechos Humanos, con énfasis en el derecho a la vida” (p. 23), previo a la realización de la Fiesta Cultural Waorani, esta inducción debe ser precisa con respecto a “las funciones y actividades que realiza la Dirección de Protección de Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario” (p. 23), a fin de garantizar que no se repitan los acontecimientos funestos que enmarcaron a estos pueblos.

Como se observa en el contexto descrito, desde noviembre de 2013 hasta agosto de 2019, los diecisiete implicados dentro del presente caso se enfrentaron a la justicia ordinaria que buscó desde un principio sancionar a los miembros de la comunidad indígena Waorani que de forma directa o indirecta se encontraban inmersos en primera instancia en el delito de genocidio y luego se cambió esta figura por delito de homicidio, con la aplicación de la norma suprema y tratados internacionales de derechos humanos.

No obstante, los operadores de justicia omitieron considerar desde un principio el peritaje antropológico como una herramienta eficaz que sirve para conocer la cosmovisión de los pueblos indígenas, a fin de entender su comportamiento, cultura y saberes. Así mismo, la falta de criterio jurídico conllevó a que se eleve a consulta la aplicación y pertinencia del Convenio 169 de la OIT dentro del presente caso, a fin de determinar si era o no pertinente resolver el proceso en base a los artículos que este documento contiene.

Seis años le tomó al sistema Judicial resolver este caso por considerarlo excepcionalísimo, periodo de tiempo en el que se vulneraron los derechos de los diecisiete implicados por la inoperancia e inaplicabilidad de jurisprudencia por parte de los jueces que avocaron conocimiento del caso, es en este contexto que surge la interrogante de cómo se puede aplicar justicia ordinaria a miembros de comunidades indígenas sin comprender su cosmovisión ancestral que prevalece en el tiempo y que debe respetarse desde el entendimiento y análisis de los informes antropológicos presentados por los peritos acreditados.

En este contexto es importante considerar los siguientes aspectos que giran en torno al análisis crítico de la Sentencia No. 112-14-JH/21 emitida por la Corte Constitucional:

Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano

En la Sentencia No. 112-14-JH/21, la Corte Constitucional reivindica la importancia de los sistemas mixtos o híbridos, que en el Estado ecuatoriano se reconocen desde la justicia ordinaria y la justicia indígena, mismos que se encuentran establecidos en un Estado constitucional de derechos. Es así que después una década, la Corte Constitucional considera oportuno utilizar, a través de su sentencia, el desarrollo de una jurisprudencia vinculante que posibilite la armonización de la convivencia del sistema jurídico ordinario con la justicia indígena en un solo sistema jurídico que proteja y garantice los derechos de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

Con base a la Consulta de Norma la Sentencia 004-14-SCN-CC-2014, la Corte Constitucional se pronunció sobre un compendio de criterios jurisprudenciales de carácter vinculante en torno a la interculturalidad de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos, colectivos y nacionalidades indígenas, a fin de que los operadores de justicia que conozcan casos penales con las mismas características y sobre la garantía jurisdiccional de Habeas Corpus, deben dar fiel cumplimiento a la interpretación intercultural, desde la comprensión de su cosmovisión, y para ello, se deberá tomar en cuenta el criterio de las autoridades que representen a dicha comunidad a fin de establecer mesas de diálogos que posibiliten comprender de mejor manera sus costumbres, forma de

vida y cultura, además, se deberá solicitar de forma urgente y primaria la realización de peritajes antropológicos efectuados por especialistas en el tema.

Así mismo, la Corte Constitucional reivindica la importancia de la interpretación intercultural desde la aplicación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantía Judiciales de la Corte Constitucional, que refiere al respeto de los principios y procedimientos, a fin de evitar que se presente una transgresión de derechos y su aplicación dentro de las garantías jurisdiccionales correspondientes.

De igual manera, en la sentencia 112-14-JH/21, la Corte Constitucional hace referencia a la importancia de adoptar medidas alternativas como traductores especializados, peritos antropólogos especialistas, conforme lo establece el artículo 344, literales b) y e) del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de que las autoridades judiciales, dentro de los procesos en los que intervengan colectivos indígenas, adopten estas medidas para que se garantice una adecuada interpretación intercultural en el caso de los derechos que han sido transgredidos y que dentro de ellos se encuentren personas o colectividades indígenas.

Dentro de esta sentencia, la Corte también realiza un análisis con respecto a la garantía jurisdiccional, en donde concluye que no solo se vulneró el derecho a la libertad de los siete miembros de la comunidad indígena *waorani*, sino que también, se vulneraron los derechos conexos tales como la integridad, pues al producirse una detención ilegal y arbitraria, desde el punto de vista de la no interpretación intercultural y la no comprensión intercultural, se incurrió en la vulneración de los derechos colectivos obligándolos a permanecer en un lugar que no corresponde con el contexto de sus elementos culturales y de su cosmovisión.

Como acotación final, en la sentencia 112-14-JH/21, la Corte Constitucional ha sido enfática con respecto a recalcar la obligación que tienen los funcionarios judiciales en realizar una interpretación intercultural de los casos en los que se involucre a personas que pertenecen a pueblos indígenas a través de la valoración probatoria del peritaje antropológico, así como también, con la obligación de aplicar la normativa internacional que aborda los derechos colectivos de los pueblos indígenas como el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas, de igual manera, se debe analizar la normativa nacional vigente que garantiza los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sin dejar de lado el criterio de las autoridades indígenas y de los ancianos que pertenecen a la comunidad que se analiza, a fin de conocer su vida y cosmovisión para evitar vulnerar sus derechos colectivos.

Métodos de interpretación

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) hace referencia a los métodos y reglas de interpretación constitucional, en su parte pertinente de manera textual refiere:

[...] Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 3)

En este contexto, se considera oportuno resaltar que la Sentencia No.112-14-JH/21 presenta un tipo de jurisprudencia de carácter vinculante con efecto de

erga omnes, además que en esta sentencia se aplicó el literal 1 del artículo 3 de la referida Ley en cuanto a las contradicciones que se presentaron entre normas jurídicas ordinarias y normas de la justicia indígena, en tal sentido, la Corte Constitucional aplicó de manera oportuna las reglas de solución antinomias.

Al aplicar este tipo de jurisprudencia, la Corte Constitucional reafirmó el literal 6 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), tras la interpretación teológica del texto normativo que refiere a la aplicación oportuna del peritaje antropológico dentro de los procesos penales en los que se encuentren involucradas personas que pertenecen a pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

Propuesta personal de solución del caso

Aplicación oportuna de la normativa interna.

Partiendo desde la aplicación oportuna de la normativa interna, en base a la Constitución de la República (2008), que ratifica el pluralismo jurídico y reconoce a la jurisdicción indígena como un sistema jurídico de carácter paralelo a la jurisdicción ordinaria, es importante resaltar que como operadores de justicia, se debe considerar que el sistema jurídico indígena es diverso y que abarca un compendio de normas ancestrales de acuerdo a cada comunidad indígena en donde se establece su propio derecho.

En este contexto, dentro de la Sentencia No. 22251-2013-0223 como en el Habeas Corpus se inobserva la cultura, costumbres y leyes de los procesados que pertenecen a la cultura *Waorani*, por lo tanto, en base a la normativa interna, a tratados y convenios internacionales, se recomienda a jueces de primera y segunda

instancia considerar los tipos de argumentos jurídicos que se aplican dentro de cada resolución, mismos que deben estar acompañados por instrumentos y técnicas como el peritaje antropológico a fin de garantizar los derechos de los implicados que pertenecen a otra cultura en la que se aplican leyes y normas ancestrales propias.

Coordinación entre justicia ordinaria e indígena.

La administración de justicia de primera y segunda instancia, no consideraron en sus sentencias el abordaje de una perspectiva de interculturalidad y plurinacionalidad, es decir, los operadores de justicia no tomaron en cuenta las costumbres, la cosmovisión, la forma de vida y las leyes de la comunidad *Waorani*, lo que conllevó a la vulneración de derechos constitucionales de los implicados a quienes se les privó del derecho de libertad, el derecho a la integridad personal, el principio de no contacto, el derecho a la libre determinación y, el principio *non bis in idem*, en este sentido, se exhorta al fortalecimiento de la coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena.

Propuesta de revisión y reforma del artículo 345 del COFJ.

Si bien, la normativa interna ratifica el pluralismo jurídico y reconoce a la jurisdicción indígena como un sistema jurídico de carácter paralelo a la jurisdicción ordinaria, el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009) presenta un carácter contradictorio al pluralismo jurídico, en tanto, hacer referencia a que la autoridad judicial es quien tiene la potestad de decidir si declina o no su competencia cuando se presenta un conflicto entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, es decir, prima el criterio jurídico de la justicia ordinaria.

Bajo este análisis, se sugiere la revisión y reforma del artículo 345 del COFJ, y mientras se considere esta reforma, es importante exhortar a los operadores de

justicia de primera y segunda instancia la aplicación del artículo 436, numeral 7 de la Constitución de la República (2008) y el artículo 144, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), a fin de que este tipo de conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena sean derivados a la Corte Constitucional, ya que este organismo se encuentra facultado para solventar conflictos que se presenten entre los órganos establecidos en la Constitución.

Finalmente, en este punto, es importante resaltar que la justicia ordinaria no se encuentra facultada para revisar las decisiones de la justicia indígena, en tal sentido, cuando una autoridad indígena solicite la declinación de competencia ante una autoridad ordinaria, ésta debe limitarse a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena abierto.

CONCLUSIONES

Dentro de las principales consideraciones que se realiza en torno al desarrollo del presente trabajo, se observa que el peritaje antropológico es el medio a través del cual se garantiza “[...] el principio de interculturalidad y la aplicación de penas alternativas a la privación de libertad”, el mismo se basa en un estudio profundo de la identidad y cultura étnica de la persona que está siendo procesada, con el objeto de informar dentro de los procesos penales la necesidad de fomentar la justicia intercultural a fin de garantizar los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Así pues, en primera instancia se evidencia en el presente estudio que en la Constitución de la República del Ecuador se establece la aplicación del principio constitucional de interpretación intercultural, sin embargo, este principio no fue observado por los operadores de justicia en la causa 22251-2013-0223 ni en el Habeas Corpus, en la que se encontraban vinculados miembros de la comunidad Waorani de reciente contacto, y con la disposición de la privación de su libertad se vulneraron sus derechos colectivos, pues desde su cosmovisión, con esta medida cautelar se alteró la paz de su comunidad, por esta razón, el principio de interpretación cultural debe ser de cumplimiento obligatorio dentro de este tipo de procesos en los que se analice el contexto social, cultural, económico y la cosmovisión de los procesados.

En segunda instancia, resulta importante enfatizar que el peritaje antropológico y sociológico es un recurso de primer orden que posibilita de forma directa el conocimiento de la cosmovisión y vida de las comunidades, pueblos o nacionales que se investiga, además, posibilita el dialogo directo con las autoridades

de las comunidades indígenas, pues permite determinar de manera objetiva e integral el escenario cultural en el que se produjo el hecho por el cual se involucraron a los procesados. No obstante, el peritaje antropológico fue considerado como segundo orden en el proceso 22251-2013-0223 ni en el Habeas Corpus, por parte de la Fiscalía y del juez de primera instancia que substanciaron las causas, de ahí que se consideró de forma errónea que los procesados debían ser juzgados por el delito de genocidio, sin considerar que dentro de la cosmovisión Waorani la venganza es un medio por el cual se reestablece la paz entre los pueblos y con ello se garantiza una medida de autoprotección de su comunidad.

Es decir, el peritaje antropológico posibilita establecer una línea de diálogo directo con las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a fin de establecer de forma íntegra y objetiva cuál es el escenario cultural en el que se desarrolla la persona que se encuentra privada de libertad, el diálogo debe contener los requisitos que establecen los párrafos 161 y 162 de la Sentencia de revisión emitida por la Corte Constitucional.

En tercera instancia, es menester resaltar que, si bien es cierto, dentro de la sentencia 112-14-JH/21 la Corte Constitucional dispuso varias medidas de reparación, se debe considerar que las mismas tienen un carácter tardío que de forma directa vulneraron los derechos colectivos de los siete indígenas Waorani que fueron privados de su libertad, pues de acuerdo al orden cronológico de la causa, transcurrieron casi ocho años desde que se conoció la causa y se realizó la Consulta de Norma que se asignó como Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Caso No.0072-14-CN, así mismo la entrega del peritaje antropológico. En este sentido, la disposición de la libertad inmediata de los siete indígenas Waorani procesados, se considera

como una medida de restitución negligente por parte de los operadores de justicia, pues no solo se afectaron sus derechos individuales sino también sus derechos colectivos. De ahí la importancia de disponer de manera inmediata la realización de peritajes antropológicos, mismos que no deben exceder en tiempo de investigación de seis meses a fin de precautelar la integridad intercultural de las personas que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

En este contexto, la interpretación intercultural que se obtiene del peritaje antropológico juega un papel fundamental dentro de los procesos penales en los que se encuentran involucrados sujetos que pertenecen a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como el Habeas Corpus Wao, de ahí que los operados de justicia deben considerar de manera oportuna el contexto social, cultural, étnico y económico de los involucrados y procesos según el caso.

Como acotación final, se considera oportuno resaltar que la plurinacionalidad no es un concepto que contradice al estado unitario, por el contrario, goza del derecho de la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades que conviven dentro de un mismo territorio, en tal sentido, dentro de la normativa nacional se deben incluir modelos, reglamentos y protocolos que posibiliten realizar peritajes antropológicos inmediatos, a fin de garantizar las medidas de no repetición de la vulneración de derechos mediante una efectiva interpretación intercultural, misma que desde el peritaje antropológico se adquiere para reconstruir la cosmovisión de los pueblos indígenas y con ello evitar la vulneración de los derechos colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar, C. (2018). *Análisis del ejercicio de la justicia indígena en la comunidad Waranka y Saraguro en Ecuador* [tesis de maestría, Universidad FLACSO Ecuador].
Repositorio institucional UN.
<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/14695/2/TFLACS-2018CGAL.pdf>
- Ávila, L. (2012). Política, Justicia y Constitución. *Serie Crítica y Derecho No. 2*.
http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/01-libros_2das/Politica_justicia_y_constitucion_2/Politica_justicia_y_constitucion_2.pdf
- Bernal, A., Chávez, G., Endara, X., García, F., Kowii, A., Saltos, V., Trujillo, J. & Vintimilla, J. (2000). *De la exclusión a la participación. Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*. Ediciones ABYA-AYALA.
https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=abya_yala
- Boaventura de Sousa Santos. (2007). *La reinvenición del Estado y el estado plurinacional*. Alianza Interinstitucional CENDA - CEJIS – CEDIB.
- Borja, R. (1997). *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Chávez, G. (2007). Derechos Colectivos de pueblos indígenas para el Estado ecuatoriano. *Revista Judicial del Diario La Hora*.
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucion1.207.htm> (acceso: 21-febrero-2007).
- CONAIE. (1997). *Proyecto Político de la CONAIE*. Quito.

- Choque, M. (2007). *Pensamiento y sabiduría en la cultura indígena. En Los pueblos indígenas y la integración andina*. Secretaría General de la Comunidad Andina (Comp). http://www.comunidadandina.org/public/libro_86.htm
- De la Torre, L. & Sandoval, C. (2004). *La reciprocidad en el mundo andino: el caso del pueblo de Otavalo*. Abya-Yala.
- Donoso, E. (2014). *Lecciones de las prácticas económicas de las comunidades indígenas Andino-Amazónicas para ser aplicadas en las Pymes* [tesis de maestría, Universidad FLACSO Ecuador]. Repositorio institucional UN. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7518/2/TFLACSO-2014EADR.pdf>
- Echandía, D. (2002). *Teoría general de la prueba*. Tomo II. 5ª. edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Fueyo, F. (2004). *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 3era. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández, H. (2020). *Intervención del Estado en la economía y derecho penal: estudio a propósito de los créditos con subsidio y las subvenciones*. Artículo de investigación.
- Medina, R. (1999). *Análisis de las reformas constitucionales, en Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Tribunal Constitucional y Fundación Konrad Adenauer (original publicado en 1999).
- Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Moreira, M. (2014). *La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios*. Recuperado de https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/pdf/6_2.pdf

- Moreno, J. (1945). *Diversidad cultural y derecho a las diferencias. Interculturalidad, multiculturalidad. Tejiendo diálogos en el bilingüismo. Saberes étnicos, dialectos e ideologías.* Edición novedades educativa (original publicado en 1945)
- Pino, L. (2009). *Diversidad Cultural.* Ediciones Lam (original publicado en 2009).
- Rodríguez, Germán (1999). *La sabiduría del Kóndor: un ensayo sobre la validez del saber andino.* Abya-Yala (original publicado en 1999).
- Salazar, D. (2017). *Cuando la Justicia no Permite la Paz: Los Desafíos Constitucionales de la Democracia Social.* Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA.
- Santos, B. & Grijalva, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador (1ra edición).* Fundación Rosa Luxemburg/ Aby Yala (original publicado en 2012).
- Santos, B. (2012). *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad, en Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador (1era edición).* Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala (original publicado en 2012).
- Schiel, C. (2011). *La Jurisprudencia como fuente del derecho.* Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Sierra, T. (1999). *Autonomía y Pluralismo Jurídico. América Indígena. Pluralismo Jurídico y Derecho indígena en América Latina.*
- Sota, J. (2005). *La interculturalidad (1era edición).* Editorial Abya-Yala.

Stavenhagen, R. (1996). *Los derechos indígenas: Algunos problemas conceptuales, en: Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*. Editorial Nueva Sociedad.

Trujillo, C. (2002). *Administración de justicia indígena*. Derechos colectivos y administración de justicia indígena.

Valladares, L. (s/f). *El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural*.

Recuperado de

[http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico.](http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico.Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf)

[Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf](http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico.Los_retos_del_entendimiento_intercultural-_Valladares_Laura.pdf)

Walsh., C. (2004). *Políticas (inter) culturales y gobiernos locales, experiencias ecuatorianas*. IDCT/Alcaldía Mayor.

Normativa Jurídica:

Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. (2009). Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

Ecuador. (2015). Reglamento de Sustentación de Procesos de la Corte Constitucional. Registro Oficial 613 del 22 de octubre de 2015.

Naciones Unidas. (2014). Convenio Num. 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Obtenido de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Sentencias y Fuentes jurisprudenciales:

Corte Constitucional de Colombia (2007). Naturaleza jurídica y contenido, Sentencia No. C-622/07 (14-08-2007).

Consejo de Estado de Colombia. (2011). Derecho colectivo a la moralidad administrativa, Fallo 1330 (09-11-2011).

Corte Constitucional de Colombia (2014). Acción de tutela contra acto administrativo general, Sentencia No. T-097/14 (20-02-2014).

Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Caso No. 0731-10-EP La Cocha, Sentencia No. 113-14-SEP-CC (30-07-2014).

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Hábeas Corpus presentado en favor de personas indígenas de la nacionalidad Waorani privadas de libertad, Sentencia No. 112-14-JH/21 (21-07-2021).

Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Caso 0072-14-CN, Sentencia No. 004-14-SCN-CC (06-08-2014).