

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Cooperación entre justicia indígena y ordinaria para
determinar sanciones penales en comunidades de
reciente contacto.**

Juan Esteban Molestina Guarderas

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 19 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Juan Esteban Molestina Guarderas

Código: 00216589

Cédula de identidad: 1722417191

Lugar y Fecha: Quito, 19 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

COOPERACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y ORDINARIA PARA DETERMINAR SANCIONES PENALES EN COMUNIDADES DE RECIENTE CONTACTO¹

COOPERATION BETWEEN INDIGENOUS AND ORDINARY JUSTICE SYSTEMS FOR DETERMINING CRIMINAL SANCTIONS IN RECENTLY CONTACTED COMMUNITIES

Juan Esteban Molestina Guarderas
juanesmolestina@hotmail.com²

RESUMEN

El presente trabajo analizó en base a normativa vigente, doctrina y jurisprudencia, los principales parámetros que se podrían establecer para lograr la cooperación entre la justicia indígena y ordinaria en la determinación de sanciones penales en comunidades indígenas de reciente contacto. Se tomó como principal enfoque el principio de interculturalidad, pues este debe ser utilizado en los casos en los que se involucre la justicia indígena y la justicia ordinaria. El propósito del presente trabajo fue destacar y analizar los aspectos positivos utilizados en la sanción intercultural impuesta a los miembros de la comunidad *Waorani* en el conflicto entre las comunidades indígenas *Waorani* y *Tagaeri*. Estos parámetros podrían ser utilizados en casos análogos con el fin de lograr una efectiva cooperación entre ambos ordenamientos jurídicos, evitando la vulneración de derechos de los involucrados, tomando en consideración los aspectos culturales, legales y sociales de cada comunidad indígena para aplicar sanciones penales.

PALABRAS CLAVE

Mecanismos de cooperación- Interculturalidad- Justicia Indígena- Justicia Ordinaria- Sanción Penal.

ABSTRACT

This work analyzed—based on current regulations, doctrine, and case law—the main parameters that can be established to achieve cooperation between indigenous and ordinary justice systems for determining criminal sanctions in recently contacted indigenous communities. The principle of interculturality was used throughout the entire paper as the theoretical framework guiding the analysis, given its relevance in cases involving both indigenous and ordinary justice systems. The purpose of this work is to highlight and analyze the positive aspects used in the intercultural sanction imposed to the members of the Waorani community in the conflict between Waorani and Tagaeri indigenous communities. These parameters could be used in similar cases to achieve effective cooperation between both legal systems, preventing the rights of those involved from being violated and taking into consideration the cultural, legal, and social aspects of each community to achieve the application of the principle of interculturality in criminal sanctions.

KEY WORDS

Mechanisms of cooperation- Interculturality- Indigenous justice- Ordinary Justice- Criminal sanction.

Fecha de lectura: 19 de abril de 2024.

Fecha de publicación: 19 de abril de 2024.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Roberto Eguiguren.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. ESTADO DEL ARTE. – 3. MARCO NORMATIVO. - 4. MARCO TEÓRICO. - 5. COMUNIDADES INDÍGENAS – 6. INTERACCIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y ORDINARIA – 7. EL CONFLICTO *WAORANI-TAGAERI* – 8. AUSENCIA DE INTERCULTURALIDAD EN MEDIDAS CAUTELARES EN COMUNIDADES INDÍGENAS DE RECIENTE CONTACTO. – 9. INTERCULTURALIDAD EN SANCIONES PENALES EN COMUNIDADES INDÍGENAS DE RECIENTE CONTACTO– 10. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En el año 2013, en la provincia de Orellana, se presentó un conflicto entre la comunidad indígena de reciente contacto *Waorani* y el pueblo indígena en aislamiento voluntario *Tagaeri*³, donde se produjeron varias muertes de miembros de ambas comunidades. La justicia ordinaria intervino ocasionando severas afectaciones a las personas que fueron procesadas al dictar que sean sometidos a la prisión preventiva como medida cautelar. Es por eso que se dio la necesidad de una cooperación entre la justicia indígena y ordinaria para poder dar una solución al caso en base a una perspectiva intercultural.

La cooperación entre la justicia indígena y ordinaria en Ecuador es muy escasa, aun existiendo normativa que obliga al Estado a regular estos mecanismos de cooperación. Es por eso que la solución ha tenido que ser desarrollada en base a la doctrina y ciertos criterios utilizados por distintos jueces en casos donde la justicia indígena ha colisionado con la justicia ordinaria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan una respuesta a la incógnita de ¿Cuáles son los principales principios y parámetros que se podrían establecer para lograr la cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en la determinación de sanciones penales en comunidades indígenas de reciente contacto?

La metodología utilizada en el presente trabajo se basa en un análisis cualitativo y deductivo que tiene como eje principal el análisis de jurisprudencia ecuatoriana referente a: mecanismos de cooperación entre justicia indígena y ordinaria, y los principios de interculturalidad y plurinacionalidad. Adicionalmente se analizó de manera complementaria

³ El termino *Tagaeri* será utilizado en todo el trabajo para hacer referencia al pueblo indígena en aislamiento voluntario *Tagaeri-Taromenane*, dado que tanto en los peritajes antropológicos como las sentencias que hacen alusión al conflicto desarrollado no han logrado identificar con exactitud la comunidad *Tagaeri* afectada.

normativa vigente nacional e internacional referente a comunidades indígenas de reciente contacto y la cooperación entre ambos ordenamientos jurídicos.

La metodología mencionada fue de utilidad para destacar los principales aspectos vinculados a la interculturalidad que se han utilizado en casos específicos de la jurisprudencia ecuatoriana en cuanto la aplicación de sanciones penales en comunidades indígenas de reciente contacto. La finalidad de destacar estos principios es que puedan ser utilizados y replicados en casos similares que puedan presentarse en un futuro.

2. Estado del Arte

La Constitución ecuatoriana reconoce a las comunidades indígenas la potestad de crear y aplicar su propio derecho⁴. Esto es lo que se conoce como justicia indígena, el cual es un sistema judicial autónomo. Por medio de su propio sistema, juzgan y sancionan a sus integrantes por los conflictos ocurridos dentro de sus comunidades. Estos juicios aplican normas procesales y sanciones que se ejecutan de manera diferente a la justicia ordinaria.

Sin embargo, existen casos donde estos ordenamientos jurídicos colisionan, y, por ende, las atribuciones y limitaciones que existen a la justicia indígena se pueden tornar difusos en cuanto a su aplicación. Muchas veces no existe claridad en cuanto a cuál ordenamiento jurídico es competente para juzgar o sancionar a determinadas personas, y, asimismo, existen problemas en su aplicación, especialmente en la determinación de sanciones. Por lo tanto, es primordial establecer parámetros de cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria con la finalidad de que estas sean aplicables para las distintas comunidades existentes, haciendo énfasis en las comunidades de reciente contacto.

Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez, en el año 2016 destacan las principales características en cuanto a la competencia en el ámbito de la justicia indígena en Ecuador. Reconoce que la competencia, en el ámbito indígena, establece la capacidad de juzgar y conocer casos dentro de sus comunidades, administrando sanciones en base a sus tradiciones, dentro de su territorio y con aplicabilidad a sus integrantes. Adicionalmente, destacan las distinciones entre la justicia ordinaria e indígena, en cuanto la aplicabilidad de sus penas y las fuentes de su derecho, sin embargo, mencionan que ambos ordenamientos comparten el

⁴ Art. 57.10, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 3 de 25 de enero de 2021.

objetivo de mantener el orden jurídico, paz y armonía de sus sociedades.⁵ Es menester comprender de manera integral el funcionamiento y la distinción que existe entre ambos para poder posteriormente determinar la coexistencia y cooperación entre ambos ordenamientos jurídicos.

Mariana Yumbay en el año 2019, analiza la naturaleza y los principales elementos constitutivos de la justicia indígena. En primer lugar, se encuentra a la potestad para administrar justicia indígena, por una autoridad competente. En segundo lugar, se toma en consideración las limitaciones que determina la misma justicia indígena, pues el derecho indígena debe respetar tradiciones ancestrales y la configuración de su propio derecho basado en sus principios y procedimientos. Tercero, se define la jurisdicción y la competencia de cada pueblo y comunidad. Esta podrá ser ejercida dentro de su territorio, que no abarca solamente un espacio físico, sino también el espacio donde practiquen sus actividades y reproduzcan su cultura. El cuarto elemento se vincula a la responsabilidad de garantizar la participación y decisión de las mujeres y, por último, el quinto elemento hace referencia a la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas, tanto para resolver los casos dentro de sus propias comunidades y determinar la imposibilidad de resolver conflictos que no se hayan desarrollado dentro de territorios no indígenas.⁶ Estos elementos clave permiten identificar el alcance de la justicia indígena y su configuración histórica y política.

Haciendo una revisión de derecho comparado, Jorge Ernesto Roa, en el año 2014, analiza los mecanismos de cooperación desarrollados entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Colombia. Estos mecanismos incluyen dos tipos de metodología: una de negociación entre ordenamientos, donde jueces y autoridades indígenas entablan diálogos interculturales para establecer criterios de coordinación. Y, otra respecto al análisis cualitativo de análisis jurisprudencial, que muestra cómo las sentencias pueden otorgar criterios trascendentales en cuanto a la cooperación entre ordenamientos jurídicos⁷. En Ecuador se ha optado por metodologías similares, y resulta bastante beneficioso comparar

⁵Eduardo Díaz Ocampo, Alcides Antúnez Sánchez, “El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador.” *Temas Socio Jurídicos* 35 (2016), 95-117.

⁶ Mariana Yumbay Yallico, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador” en *Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria* ed. De G. Dufner, B. Ponce y M. Vargas. (La Paz: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 99-123.

⁷ Jorge Ernesto Roa, “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia.” *Revista Derecho del Estado* 33 (2014), 101-121.

cómo se utiliza la jurisprudencia en países donde también existen ordenamientos jurídicos pluriculturales para analizar diversas formas de aplicar la cooperación entre jurisdicciones.

En cuanto a la misma línea de análisis jurisprudencial, Roberto Erazo, en 2023, estudia uno de los casos más trascendentales que existen en Ecuador en cuanto a la cooperación jurídica intercultural: la sentencia No. 112-14-JH/21 de la Corte Constitucional del Ecuador y el proceso penal No. 22251-2013-0223. A través de su investigación, concluye que, si bien Ecuador reconoce los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, en dicho caso, estos no fueron debidamente respetados. Alega que existió una evidente violación de derechos fundamentales de los procesados al ser sometidos a prisión preventiva de libertad y al ser juzgados erróneamente bajo el tipo penal de genocidio por la justicia ordinaria.⁸ El caso mencionado por el autor es primordial, pues se establecen bases de cooperación reales entre la justicia indígena y la justicia ordinaria para la aplicación de sanciones penales a miembros de comunidades indígenas de reciente contacto.

No obstante, uno de los problemas más grandes dentro de la cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria es la falta de regulación normativa. Así lo establece Erick Ochoa-Andrade en Ecuador en el año 2023, haciendo énfasis en que no es suficiente únicamente reconocer la existencia de ambos ordenamientos jurídicos. La normativa es muy general y vaga en cuanto al establecimiento de mecanismos de cooperación, y no hace referencia a la normativa internacional relevante para resolver estos casos. Por esto, Ochoa sostiene que existe mucha incertidumbre respecto a cuándo se debe aplicar la justicia indígena o la justicia ordinaria penal.⁹ Este análisis identifica los problemas que conlleva la falta de regulación adecuada en cuanto a los mecanismos de cooperación entre ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es importante recalcar que a pesar de que es necesario mejorar la estructura legislativa referente a los mecanismos de cooperación, esta no puede tener una misma metodología de aplicación para todas las comunidades. Por este motivo, la regulación no debe ser en base a normas estrictas o mecanismos preestablecidos, sino debe darse en base a principios y parámetros mínimos que puedan ser aplicados a todos los casos de confrontación entre ambos ordenamientos jurídicos.

⁸ Roberto Fabián Erazo Estrella, *La imputación objetiva y la visión intercultural en el procedimiento penal ecuatoriano: caso waorani*.(Ambato: 2023) [Trabajo de Titulación].

⁹ Erick Israel Ochoa-Andrade, Fernando Bujan-Matos, “Mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia penal ordinaria y la justicia indígena.” *Iustitia Socialis* 9 (2023), 27-42.

3. Marco Normativo

Es importante primero tomar en cuenta a la normativa internacional, ya que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pueden llegar a prevalecer sobre la Constitución en caso de ser más favorables a los derechos humanos, según el art 426¹⁰ de la Constitución. La Declaración Universal de Derechos Humanos también juega un papel muy relevante dentro del presente análisis, porque son los únicos principios que limitan la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas. Las sanciones aplicadas no pueden atentar contra derechos como la vida, los derechos de niños y mujeres y la aplicación de la tortura, esto se evidencia en sus artículos 3 y 5¹¹. Por lo tanto, desde una perspectiva internacional, los derechos humanos deben ser considerados, pues son inherentes a cualquier persona solo por el hecho de serlo, sin importar su origen, etnia o como se identifique por lo que sirven de protección, sin importar el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce en el artículo 5 múltiples derechos políticos, económicos y sociales de las comunidades indígenas¹² y también varios principios vinculados a la interculturalidad que se encuentran de igual manera recogidos en la normativa ecuatoriana. Su trascendencia radica en el establecimiento de la responsabilidad estatal de respetar la integridad de las comunidades y pueblos indígenas, respetando su autonomía, territorios y su justicia. Esta responsabilidad abarca la obligación de los estados de aplicar de manera directa los derechos y principios mencionados en ámbitos jurídicos, económicos, políticos y sociales. En segundo lugar, cabe mencionar el artículo 9 del Convenio, pues estipula que el Estado debe respetar los métodos de administración de justicia de las comunidades indígenas, y que, debe tomarse en cuenta las costumbres de cada pueblo en específico cuando se traten casos penales¹³. Finalmente, el artículo 10 del Convenio establece que debe considerarse otro tipo de

¹⁰ Art. 426, CRE.

¹¹ Arts. 3 y 5, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificado por Ecuador el 22 de diciembre de 1948.

¹² Art. 5, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [Convenio 169 OIT], Ginebra, 1 de septiembre de 1991, ratificado por Ecuador el 15 de mayo de 1998.

¹³ Art. 9, Convenio 169 OIT, 1998.

sanciones antes que el encarcelamiento en caso de miembros de comunidades indígenas¹⁴, lo cual es importante tener en cuenta en la aplicación de sanciones interculturales.

En la misma línea, cobran relevancia los artículos 1-26 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas¹⁵ y los artículos 20-25 a Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁶. Ambas fuentes de normativa internacional estipulan múltiples principios relevantes como el respeto a los derechos humanos, la autonomía, auto regulación jurídica, el respeto a su cultura y sus costumbres, entre otros. También guardan relación con los principios de interculturalidad y plurinacionalidad pilares clave dentro del presente análisis. Por último, también hace énfasis en la responsabilidad del Estado de buscar el respeto, la protección y la no discriminación de las personas pertenecientes a comunidades indígenas.

Dentro de la normativa nacional, se tiene que considerar primero la Constitución de la República del Ecuador. El artículo 1 establece que Ecuador es un estado plurinacional e intercultural¹⁷, reconociendo el derecho de las comunidades y de pueblos indígenas de ejercer su propio Derecho y justicia, según el artículo 57.10.¹⁸ Este reconocimiento expreso de la Constitución a la justicia indígena, faculta, reconoce y legitima el funcionamiento de esta como un ordenamiento jurídico independiente a la justicia ordinaria. El artículo 171 estipula que la justicia indígena puede desarrollarse dentro de su territorio, ser aplicada a sus integrantes, por una autoridad indígena legítima para ejecutar sus propias sanciones siempre y cuando no vulneren derechos reconocidos en la misma Constitución, adicionalmente menciona la obligación de contar con una ley que regule la interacción entre la justicia indígena y ordinaria.¹⁹

Por otro lado, también es importante incluir a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, pues es la norma que asegura el cumplimiento y respeto de los derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, brinda y define principios trascendentes de la justicia indígena en cuanto su funcionamiento y procedimiento

¹⁴ Art. 10, Convenio 169 OIT, 1998.

¹⁵ Arts. 1-26, Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos indígenas, Nueva York, 13 de septiembre de 2007.

¹⁶ Arts. 20-25, Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos indígenas, Santo Domingo, 15 de junio de 2016.

¹⁷ Art. 1, CRE, 2008.

¹⁸ Art. 57.10, CRE, 2008.

¹⁹ Art. 171, CRE, 2008.

jurídico. El art 66 define ciertos principios como la interculturalidad, el pluralismo jurídico, la autonomía y debido proceso en el marco de la justicia indígena²⁰, estos principios funcionan como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad que hace la Corte Constitucional a las decisiones tomadas en la justicia indígena. Adicionalmente estos principios brindan conceptos clave que podrían ser utilizados en la aplicación de sanciones penales interculturales.

Con relación al ámbito penal, es relevante traer a colación al Código Orgánico Integral Penal. Su importancia radica en cuanto a la regulación de los principios procesales como la prohibición del doble juzgamiento-*non bis in ídem* en el art 5.9²¹. Este principio, que también se encuentra en la Constitución, garantiza el respeto y la validez que tienen las sentencias ejecutoriadas dentro del marco de la justicia indígena. El principio estipula la prohibición de juzgar dos veces el mismo hecho cometido por personas de las comunidades indígenas que ya han sido sancionadas por su propio ordenamiento jurídico.

Igualmente, el Código Orgánico de la Función Judicial regula el sistema de administración de justicia y la interacción entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, haciendo referencia a conceptos como atribuciones, ámbito de aplicación, competencia, legalidad y jurisdicción en el artículo 343²². Por otra parte, el artículo 345²³ establece el procedimiento para la declinación de competencia cuando existe colisión entre ambos ordenamientos jurídicos. El artículo 344 incluye principios rectores de la interacción de la justicia indígena con la justicia ordinaria como lo son la promoción de la justicia intercultural, el principio pro-jurisdicción indígena, la diversidad y el principio *non bis in ídem* y el más relevante que es la definición de la interpretación cultural ²⁴. Finalmente, el artículo 346 intenta realizar una promoción de la justicia intercultural, indicando que, en efecto, debe existir cooperación entre la justicia indígena y ordinaria²⁵, pero no regula estos mecanismos o define en qué consisten.

²⁰ Art. 66 , Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformada por última vez R.O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

²¹ Art. 5.9 , Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformada por última vez R.O. Suplemento 319 de 26 de febrero de 2024.

²² Art. 343 , Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, reformada por última vez R.O. Suplemento 279 de 9 de marzo de 2023.

²³ Art. 345 , COFJ, 2009.

²⁴ Art. 344, COFJ, 2009.

²⁵ Art. 346 , COFJ, 2009.

Es menester tomar en consideración la sentencia 112-14-JH/21 de la corte constitucional. La sentencia revisa una acción de habeas corpus y concluye que existieron vulneraciones efectivas a los derechos de personas indígenas de reciente contacto por la indebida aplicación de la prisión preventiva. En la misma línea y en base a hechos que se refieren al mismo conflicto, se desprende también la sentencia No. 004-14-SCN-CC de la misma Corte donde se aplican los principios de interculturalidad y plurinacionalidad en la consulta de norma para establecer que la imputación del delito de genocidio debía ser visto desde una perspectiva intercultural.

4. Marco Teórico

El enfoque empleado es el mismo por el que se ha optado en la mayoría de los países latinoamericanos donde coexisten la justicia indígena y la justicia ordinaria la aplicación del principio de interculturalidad, priorizando la aplicación de la justicia indígena en casos de conflicto con la justicia ordinaria. La interculturalidad se define como la relación entre sociedades que buscan comunicarse con el fin de mantener una pluralidad de visiones dentro de un Estado Unitario, logrando consolidar su vigencia mutua y una relación respetuosa.²⁶ La interculturalidad reconoce también que esta relación entre diversas culturas se basa en la igualdad sin olvidar las características y elementos propios que configuran su identidad. La finalidad es respetar, reconocer y articular las diversas formas de organización social, política y jurídica que coexisten sin jerarquización en un proyecto político común: el Estado Constitucional.²⁷

El sentido de optar por este enfoque radica en el respetar el reconocimiento constitucional de las facultades jurisdiccionales indígenas y sus demás derechos colectivos. Si se optara por un enfoque de priorización de la justicia ordinaria, se estaría justificando la vulneración de los derechos constitucionalmente reconocidos a las personas indígenas. En palabras de Ernesto Roa, la aplicación de una ley única se configuraría una pérdida de pluralismo y una clara violación a la autonomía de las diversas comunidades indígenas²⁸.

²⁶ Rocío Villanueva Flores, “La interpretación intercultural en el Estado Constitucional”. *Revista Derecho del Estado* 34 (2015), 289-310.

²⁷ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 28.

²⁸ Jorge Ernesto Roa, “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”.

La justicia ordinaria no puede primar sobre la justicia indígena, pues sus normas y sanciones son ajenas a la cosmovisión indígena, su cultura y a su identidad, especialmente si se habla de comunidades de reciente contacto o comunidades no contactadas. Las sanciones y la finalidad que persigue la justicia ordinaria dentro del ámbito penal en Ecuador son en su mayoría sanciones pecuniarias, sanciones que restringen el derecho a la propiedad o sanciones que privan a la persona de su derecho a la libertad ambulatoria, es decir una pena carcelaria. El objetivo de privar a una persona de su libertad por un delito cometido tiene una finalidad de rehabilitar al individuo y lograr reinsertarlo en la sociedad²⁹, a esto se le conoce como prevención general positiva³⁰, porque prueba a la sociedad que el ordenamiento es seguro y funciona, también puede ser considerado prevención especial positiva porque se centra en rehabilitar al individuo.

Por otro lado, las sanciones en la justicia indígena tienen como eje principal con respecto a la comunidad reparar el daño causado, restaurar las relaciones que se hayan visto afectadas en la comunidad y por último reintegrar al imputado³¹. Si bien es cierto tienen ciertos criterios en común con la justicia ordinaria, pero difieren por completo en cuanto a su ejecución y el propósito de estas. En ciertas comunidades, el objetivo de las penas en cuanto al individuo se centra en corregir al infractor y purificar su ser mediante la aplicación de castigos corporales.³² Este tipo de castigos se encuentran limitados por la aplicación de los derechos humanos, por lo que no pueden ser excesivos u ocasionar la muerte del procesado. Las comunidades que aplican este tipo de sanciones no lo ven como tortura ya para ellos la sanción es la forma de expiar su delito. Sin embargo, debe entenderse que la finalidad y sobre todo la sanción podría variar según la cosmovisión y cultura de cada comunidad indígena.

En consecuencia, la aplicabilidad de la justicia ordinaria sobre la justicia indígena no es algo viable, pues no solo sus sanciones y finalidad de estas difieren, sino también todo el marco procesal en cuanto a la competencia, territorio y lo que se entiende por debido proceso. Hay que tomar en cuenta también que, incluso dentro de las diversas comunidades la aplicación de la justicia indígena también se ejecuta de diferentes formas dependiendo de

²⁹ Art. 201, CRE, 2008.

³⁰ Art. 52, COIP, 2014.

³¹ Juan Carlos Martínez, Aresio Valiente, Ginna Rivera, Guillermo Padilla, Christian Steiner, Rosembert Ariza, José Antonio Regalado, Miguel Barboza López, *Manual de Pluralismo Jurídico para la práctica de la Justicia Intercultural*, segunda edición (Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2020).

³² Juan Carlos Martínez, et.al, *Manual de Pluralismo Jurídico para la práctica de la Justicia Intercultural*.

la cultura y cosmovisión de cada comunidad, por lo que el reconocimiento de la justicia indígena no basta en encasillar a la justicia indígena como un solo tipo de justicia autónoma, sino también, en reconocer los diversos tipos de justicia indígena que existen y pueden existir dentro del marco de un Estado plurinacional y pluricultural como lo es Ecuador.

Por lo tanto, para que exista armonía es importante reconocer a ambos ordenamientos jurídicos como instituciones diferentes. Sin embargo, esto no significa que no deban interactuar, en base al principio de interculturalidad ambas deben reconocerse y existen ocasiones donde la cooperación de ambas es indispensable, especialmente en situaciones donde la norma poco o nada aporta y se debe acudir a interpretaciones jurisprudenciales y normativa internacional. Además, existen casos que, por la naturaleza de sus hechos, involucran necesariamente a ambos ordenamientos jurídicos y el propósito de la justicia ordinaria debe o debería ser apoyar a la justicia indígena para su efectiva realización, respetando los derechos de sus integrantes. Sin embargo, la errónea aplicación de normativa vigente, la falta de normativa en cuanto a mecanismos de cooperación y la superposición de la justicia ordinaria sobre la justicia indígena ha generado mucho daño a sus comunidades. Es por eso por lo que el presente trabajo, mediante el enfoque de interculturalidad y la visión pro-justicia indígena, busca analizar lo que se ha realizado en Ecuador y América Latina con la finalidad de identificar los aspectos positivos que ha dejado la jurisprudencia, para que estos parámetros se puedan replicar en casos futuros y que las afectaciones que ocasiona la falta de cooperación entre ambos ordenamientos se puedan evitar.

5. Comunidades indígenas

El análisis se desarrolla alrededor del conflicto que existió entre dos comunidades indígenas. La primera, la comunidad indígena en aislamiento voluntario conocida como los *Tagaeri* y la segunda, la comunidad indígena de reciente contacto conocida como los *Waorani*. Por lo tanto, es importante tener claro qué es una comunidad indígena de manera general, qué es una comunidad indígena en aislamiento voluntario y por último qué es una comunidad indígena de reciente contacto.

Las comunidades indígenas son entidades colectivas que pertenecen y se identifican con pueblos y nacionalidades indígenas³³. A su vez, las nacionalidades indígenas, se definen

³³ Sentencia No. 1-15-EI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2021, párr. 58.

como entidades históricas y políticas que habitan el territorio ecuatoriano desde antes de su creación y forman parte del Estado plurinacional. Las personas que conforman estas nacionalidades comparten una identidad, historia, idioma y cultura propia.³⁴ Dentro de las diferentes nacionalidades coexisten varios pueblos indígenas, que comparten una misma identidad cultural que les distingue del resto.³⁵

Estas comunidades se agrupan tradicionalmente en familias y grupos domésticos que suelen tener relación sanguínea o afinidad, y que ejercen, en el territorio donde desarrollan su vida y cultura, su derecho a la autodeterminación. Estas comunidades también son conocidas como comunas, colonias, centros, asociaciones entre otros nombres.³⁶

Dentro de las distintas sociedades de origen indígena existen comunidades que han tenido diferentes grados de ausencia o presencia de relación e interacción con la sociedad no indígena, a esto se le conoce como pueblos indígenas de reciente contacto o pueblos indígenas en aislamiento voluntario³⁷. Estos conceptos se encuentran recogidos en la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por otro lado, la CIDH ha realizado un informe en el cual clasifica a las comunidades según el contacto que haya tenido con la sociedad no indígena. El informe recoge de igual manera dos tipos de clasificación: Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y pueblos indígenas en contacto inicial o de reciente contacto.³⁸

5.1. Comunidades indígenas en aislamiento voluntario

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o pueblos indígenas aislados son pueblos o segmentos de los pueblos indígenas que han optado por no mantener ningún tipo de relación con la sociedad no indígena, evitando a toda costa a las personas ajenas a su comunidad. Sin embargo, también pueden ser pueblos o segmentos de pueblos indígenas que ya han sido contactados, y en base a ese contacto, han decidido mantenerse en aislamiento, rompiendo cualquier relación que hayan tenido con la sociedad o personas que hayan contactado. No obstante, no pueden ser consideradas no contactadas en estricto sentido, pues

³⁴ Sentencia No. 1-15-EI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2021, párr. 56.

³⁵ Sentencia No. 1-15-EI/21, párr. 57.

³⁶ Sentencia No. 1-15-EI/21, párr. 58.

³⁷ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 46.

³⁸ Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos, Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 47/13, 30 de diciembre de 2013.

es muy probable que varios de sus integrantes o antepasados hayan tenido contacto con otras personas o inclusive otras comunidades. Estas interacciones usualmente terminan en encuentros violentos que tienen consecuencias negativas para los integrantes de la comunidad, lo cual los ha llevado a tomar la decisión voluntaria de aislarse. Es en base al derecho de autodeterminación que debe respetarse esta decisión de estas comunidades de mantenerse aislados de manera voluntaria, pues esta es una expresión de su autonomía como sujetos de derecho.³⁹

El artículo 57 de la constitución estipula que los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, siendo obligación del Estado adoptar medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y decisión de permanecer aislados, y precautelar la observancia de sus derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad.⁴⁰ El principio de no contacto es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la libre determinación, protegiendo su diversidad cultural.⁴¹

5.2. Comunidades indígenas de reciente contacto

Los pueblos indígenas en contacto inicial o de reciente contacto, son aquellos pueblos o segmentos de pueblos indígenas que mantienen un contacto esporádico con la población mayoritaria no indígena. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que gran parte de las situaciones de riesgo a la vida de los miembros de comunidades indígenas son generadas por el contacto, ya sea directo o indirecto. El contacto es directo cuando existe una interacción entre personas ajenas a la comunidad y miembros de la comunidad indígena, por otro lado, el contacto es indirecto cuando los miembros de las comunidades indígenas han encontrado objetos como ropa, basura o comida que no les pertenece.⁴²

El termino inicial del contacto no hace referencia a la temporalidad, sino al poco grado de contacto e interacción que existe con la sociedad no indígena. Estos pueblos

³⁹ Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.

⁴⁰ Art. 57, CRE, 2008.

⁴¹ Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.

⁴² Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.

iniciaron como pueblos indígenas en aislamiento, que por alguna razón voluntaria o no, mantienen cierto contacto con la sociedad no indígena. El contacto reciente puede presentar ciertas dificultades para los miembros de los pueblos y comunidades indígenas en aspectos de sus vidas como su territorio, ecosistema y cultura, pues las presiones externas demandan muchas veces cambios bruscos en sus formas de vida que no siempre pueden ser respondidos por ellos mismos. ⁴³ Hay que recordar, que, aunque exista cierto contacto con la sociedad, esto no significa que conocen, entienden o comparten cómo funcionan los patrones de conducta y códigos de interacción sociales de la sociedad no indígena. ⁴⁴ Esto no solo significa que no entienden normas sociales o cómo se comportan las personas ajenas a su comunidad, sino que desconocen por completo también el funcionamiento judicial de la sociedad no indígena, por lo que la justicia ordinaria para ellos es completamente ajena.

6. Interacción entre la justicia indígena y ordinaria

El artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial estipula que debe existir cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria⁴⁵, sin embargo, no define de manera precisa en que consiste esta interacción. Por lo tanto, es primordial analizar aspectos relevantes: i) La justicia indígena y sus aspectos generales ii) Los mecanismos de cooperación iii) El principio de interculturalidad.

Los aspectos generales de la justicia indígena hacen referencia a su reconocimiento constitucional, su estructura jurídica y las limitaciones de esta. Por otro lado, los mecanismos de cooperación son aquellas actuaciones que existen o deberían existir entre ambos ordenamientos jurídicos. Por último, es trascendental analizar el principio de interculturalidad, pues es el principio rector que interviene en todos los procedimientos judiciales en los que la justicia indígena y ordinaria colisionan.

6.1. Justicia indígena y sus aspectos generales

El artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce funciones jurisdiccionales de la justicia indígena; en base a sus tradiciones, su propia aplicación del

⁴³ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 14.

⁴⁴ Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos.

⁴⁵ Art. 346 , COFJ, 2009.

derecho con sus normas y procedimientos, dentro de su territorio y garantizando la participación de las mujeres en sus comunidades, con la limitación de que estas normas no sean contrarias a la constitución y los derechos humanos⁴⁶. Este artículo estipula un expreso reconocimiento al ordenamiento jurídico indígena, donde se pueden identificar varios de sus elementos principales entre ellos la autoridad, el territorio, la aplicación de un derecho diferente al ordinario y finalmente su alcance y limitaciones.

No es factible que autoridades del Estado, desconozcan o peor aún criminalicen el ejercicio de la justicia indígena. Las autoridades deben crear condiciones de igualdad y respeto en relación con las autoridades de los pueblos.⁴⁷ La Constitución estipula que el Estado debe garantizar que sus decisiones sean respetadas por las diversas instituciones y autoridades.⁴⁸ Esto ratifica la validez que tiene la justicia indígena y sus decisiones, lo cual se vincula también con el principio *non bis in idem*, porque si una persona de una comunidad indígena fue juzgada y declarada inocente o culpable en su defecto, no puede volver a ser juzgado nuevamente ya sea en su comunidad o por la justicia ordinaria. Por lo que se puede establecer que la justicia indígena es igual a la justicia ordinaria en cuanto a su validez, por lo que negarlo o realizar actuaciones contrarias sería inconstitucional.

Otro aspecto importante de la justicia indígena es su funcionamiento procesal, pues no solo cumple con tener sus propias sanciones y finalidad de la pena, sino también cumple con garantías procesales como es el respeto al debido proceso.

El debido proceso puede definirse como un derecho de protección elemental y fundamental, pues recoge el conjunto de derechos, garantías y condiciones de carácter sustantivo y procesal que debe tener toda persona dentro de un marco donde se disputen sus derechos y obligaciones, garantizando que la persona pueda ejercer y satisfacer su derecho a defenderse en un ámbito de igualdad y sin sufrir ningún tipo de vulneración u afectación por parte de órganos judiciales y administrativos.⁴⁹

Si bien es cierto la justicia indígena no sigue los mismos procedimientos establecidos que la justicia ordinaria, sí se puede evidenciar el cumplimiento con los derechos

⁴⁶ Art. 171, CRE, 2008.

⁴⁷ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 34.

⁴⁸ Art. 171, CRE, 2008.

⁴⁹ Sentencia No. 002-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de enero de 2014, párr. 28.

y garantías mínimas que debe cumplir este principio.⁵⁰ Se debe considerar que cada comunidad al tener una identidad y cultura específica podría tener diversas variaciones en la aplicación de sus prácticas referente a dicho procedimiento, cada comunidad indígena ejerce su propia aplicación de su derecho.⁵¹

La jurisprudencia ecuatoriana comparte este criterio, pues establece que el debido proceso visto desde una perspectiva intercultural se debe analizar a partir de normas y procedimientos propios de las comunidades, observando el principio de la autonomía en cuanto a sus decisiones. La importancia de las decisiones tomadas por autoridades indígenas radica en que respete el debido proceso de su comunidad y el derecho a la defensa de los procesados.⁵² El criterio es uniforme en reconocer al debido proceso como un principio que debe ser analizado desde las diversas comunidades y culturas indígenas, pues una categorización o estandarización general para definir el debido proceso indígena sería erróneo y desconocería por completo la diversidad jurídica que existe, incluso dentro de comunidades indígenas.

Estos son algunos de los elementos principales de la justicia indígena, su reconocimiento constitucional, su funcionamiento, la legitimación que tiene la justicia indígena como ordenamiento jurídico para juzgar y sancionar a sus integrantes por las infracciones cometidas, dentro de su territorio y sus limitaciones como lo son los derechos humanos y constitucionales. Cabe recalcar la importancia que tiene el entender al principio del debido proceso individualmente, pues este se puede presentar y manifestar de diversas formas dependiendo la comunidad. Sin embargo, esto no significa que no cuenten con garantías mínimas procesales, pues se cumple con los estándares mínimos en cuanto a los principios, derechos y garantías que debe tener un proceso judicial.

6.2. Mecanismos de cooperación entre la justicia indígena y ordinaria

El Estado tiene la responsabilidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.⁵³ La normativa menciona ciertos aspectos en cuanto a esta cooperación. El numeral *e* del artículo 344 del

⁵⁰ Lourdes Tibán, Raúl Ilaquiche, *Manual de administración de justicia indígena en el Ecuador* (Quito: IWGIA-DINAMARCA, 2004).

⁵¹ Sentencia No. 1-15 EI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2021, párr. 51.

⁵² Sentencia No. 4-16-EI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párrs. 35-36.

⁵³ Art. 171, CRE, 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial es trascendental, pues define la interpretación intercultural como la consideración que deben tomar quienes integran la función judicial en cuanto a las costumbres, prácticas, normas y el derecho propio de las comunidades indígenas con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales si se involucran personas de comunidades indígenas en el proceso ⁵⁴. El artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que es responsabilidad del Consejo de la Judicatura, órgano del Estado, determinar cualquier tipo de recurso que sea necesario para establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Dentro del mismo artículo, también menciona que se debe capacitar a los servidores y servidoras de la Función Judicial que deban actuar en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, para que estos puedan conocer su cultura, idioma, costumbres, prácticas, normas y procedimiento del derecho propio de los pueblos indígenas.⁵⁵ Esto evidencia claramente que existe un mandato normativo para establecer mecanismos de cooperación y coordinación entre ambos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, el problema radica en que la mayoría de los artículos simplemente mencionan que deberían existir estos mecanismos, sin definir cuáles son o como podrían desarrollarse, por lo que es necesario acudir a la doctrina y la jurisprudencia para entender primero que es la cooperación y coordinación y como esta ha sido aplicada en casos específicos.

Jaime Vintimilla considera que la Constitución demanda la necesidad de contar con una norma legal que establezca claramente los parámetros de coordinación y cooperación entre ambos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, al no existir una norma clara que defina claramente en qué consisten estos mecanismos de coordinación y cooperación es que ha destacado algunos aspectos principales que deberían tomarse en cuenta cuando ambos ordenamientos jurídicos interactúen. Estos aspectos son los mecanismos, la coordinación y

⁵⁴ Art. 344 , COFJ, 2009.

⁵⁵ Art. 346 , COFJ, 2009.

cooperación y finalmente la sujeción de los mismos principios tanto para la justicia indígena como la justicia ordinaria.⁵⁶

En primer lugar, se encuentran los mecanismos, que son aquellos medios o procesos que ambos ordenamientos deben tomar en cuenta para administrar justicia de manera efectiva. Estos mecanismos se clasifican en: Normativos, Institucionales y procesales.⁵⁷

Los mecanismos normativos hacen referencia a todas aquellas disposiciones normativas que regulan las relaciones de coordinación y cooperación entre los diversos ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, se encuentran los mecanismos institucionales, que se refiere a las herramientas que cada entidad pública debe considerar para que el pluralismo jurídico sea aplicado en la realidad. Esto podría lograrse mediante la incorporación de políticas públicas interculturales donde se recojan principios, criterios y objetivos para su cumplimiento. Por último, se encuentran los mecanismos procesales, que definen conceptos claves del ámbito procesal como los conflictos de competencia, cuando interviene la justicia indígena y las limitaciones que existen en su aplicación. Estos mecanismos tienen que tomar en consideración el respeto a las decisiones emitidas por autoridades indígenas, la cooperación entre autoridades estatales, el desarrollo de procesos investigativos con los insumos suficientes y una política carcelaria que se adecue a la cultura y principios de cada comunidad indígena.⁵⁸

La coordinación y cooperación también abarca conexiones fácticas entre ambos tipos de jurisdicción. Estas prácticas pueden ser el intercambio de información de casos ya resueltos, esclarecer los casos de declinación de competencia, elaborar un registro que contenga las decisiones emitidas, la incorporación de peritos indígenas en cualquier caso donde intervengan personas indígenas y podría también crearse un departamento especializado en pluralismo jurídico.⁵⁹ Esta lista es meramente referencial pues podría haber más prácticas que contribuyan a la cooperación y coordinación.

⁵⁶ Jaime Vintimilla Saldaña, *Ley Orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* (Quito: Cevallos-Librería Jurídica, 2012).

⁵⁷ Jaime Vintimilla Saldaña, *Ley Orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

Tal y como lo afirma Mariana Yumbay, en la práctica no han existido acciones generalizadas o institucionales de coordinación y cooperación entre ambas justicias, salvo ciertas excepciones en los que jueces, fiscales, policías y ciertas autoridades han cooperado con autoridades indígenas⁶⁰, por eso es necesario acudir a la jurisprudencia. Esta ha considerado que la aplicación de medidas de justicia transicional debe aplicar ciertos parámetros. Entre ellos, se destacan el permanente diálogo en condiciones de igualdad de autoridades indígenas y estatales. Estos diálogos deben buscar satisfacer elementos como la búsqueda de la verdad, la reconstrucción de la narrativa histórica, la revaloración de la cultura e idioma indígena, la restitución, compensación entre otras medidas que son necesarias para la interpretación intercultural.⁶¹

Como se ha logrado evidenciar, la normativa vigente es insuficiente para establecer los mecanismos de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y ordinaria, pues no solo es necesario mencionar que deben existir mecanismos de cooperación y coordinación, se debería definir cuáles son y en qué consisten.

6.3. El principio de interculturalidad

Comprender el significado de la interculturalidad es menester, pues este es el enfoque que se debe optar cuando la justicia indígena colisiona con la justicia ordinaria. El numeral e del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial establece la definición de lo que es la interpretación intercultural. La definición nace desde un supuesto fáctico, que es cuando los jueces deban realizar actuaciones y decisiones judiciales y se encuentren con la comparecencia de personas o colectividades indígenas. En este escenario, los jueces deben interpretar interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. Esta interpretación intercultural abarca la consideración de elementos culturales que se relacionen con las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del propio derecho de las comunidades indígenas con la finalidad de que se cumplan y protejan los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales.⁶² Dentro de este análisis intercultural cabe recordar que cada comunidad al tener una identidad y cultura específica

⁶⁰ Mariana Yumbay Yallico, “La relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Ecuador” en *Pluralismo Jurídico en Latinoamérica. Cooperación, coordinación y tensiones entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria* ed. De G. Dufner, B. Ponce y M. Vargas. (La Paz: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 99-123.

⁶¹ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 247-248.

⁶² Art. 344, COFJ, 2009.

varía en la aplicación de sus prácticas, cada comunidad indígena ejerce su propia aplicación de su derecho.⁶³ Es por eso que la interculturalidad debe entenderse desde el análisis de cada comunidad en específico.

La Corte por otro lado considera también que la interculturalidad abarca la relación entre diversas culturas que conviven en base a la igualdad sin descaracterizar los elementos que configuran su propia identidad.⁶⁴ Pues ciertos acuerdos y valores como la libertad, vida e integridad personal no pueden existir sin la coexistencia y diálogo de múltiples comunidades.⁶⁵ La interculturalidad orienta al Estado al ejercicio de derechos, políticas públicas, la institucionalidad con un idioma oficial intercultural. Esto incluye necesariamente tomar en cuenta aspectos como la educación, salud, comunicación, deberes y responsabilidades de las personas y también la participación.⁶⁶

Esto se logra materializar cuando las autoridades estatales e indígenas abren un diálogo intercultural con la finalidad de interpretar normas, comprender hechos y conductas en los procesos jurisdiccionales. Ciertos mecanismos pueden considerarse como las visitas al lugar de los hechos, audiencias, mesas de diálogo, la aplicación de figuras como el *amicus curiae*, traducciones, peritajes antropológicos y cualquier otro medio que permita la comprensión entre culturas, contribuyendo a un conocimiento y transformación mutua, mediante un constante diálogo intercultural.

El principio de interculturalidad debe ser tomado en consideración con mayor énfasis en procesos judiciales penales en contra de personas miembros de comunidades indígenas⁶⁷, más aún cuando estas comunidades indígenas son de reciente contacto, pues su comprensión de la justicia es completamente ajena a la ordinaria. Pues, a mayor conservación de sus costumbres y usos, poseen mayor autonomía en la creación, desarrollo y aplicación de su propio derecho. Es por eso que la obligación de los jueces es mayor de aplicar medidas que respeten la cosmovisión y cultura de cada comunidad indígena en, analizándose caso a caso y considerando las particularidades que presenta cada comunidad indígena en específico.⁶⁸ El principio de interculturalidad permite inferir que justicia penal ordinaria y

⁶³ Sentencia No. 1-15 EI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2021, párr. 51.

⁶⁴ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 28.

⁶⁵ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 30.

⁶⁶ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 32.

⁶⁷ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 82.

⁶⁸ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 163.

sus sanciones no pueden ser utilizadas en miembros de comunidades indígenas de reciente contacto.

7. El conflicto *Waorani -Tagaeri*.

La comunidad *Waorani* ha mantenido relaciones conflictivas y violentas desde hace muchos años atrás con personas ajenas a su comunidad, producto del contacto y la interacción forzada que se les ha impuesto⁶⁹. Sin embargo, el conflicto relevante para el análisis es aquel que tuvo inicio los primeros días de marzo en el año 2013 en Yarentaro dentro de la Provincia de Orellana. El conflicto inició cuando dos ancianos miembros de la comunidad *Waorani* fueron atacados con lanzas por parte de miembros de otra comunidad indígena, los *Tagaeri*. Producto de este ataque ambos ancianos fallecieron lo cual tuvo un impacto en la comunidad *Waorani*. En consecuencia, familiares de los ancianos ingresaron nuevamente al territorio *Tagaeri* y dieron muerte a un grupo de indígenas *Tagaeri* y también extrajeron dos niñas menores de edad para integrarlas a los grupos familiares *Waorani*.⁷⁰ Este ataque fue realizado por diecisiete miembros de la comunidad *Waorani*.⁷¹

7.1. El Pueblo indígena *Waorani*

La Comunidad *Waorani*, también conocida como Pueblo Indígena *Waorani* o *Wao* es conformada por alrededor de 4 mil hombres y mujeres distribuidos en la actualidad en 700 mil hectáreas reconocidas por el Estado. Este pueblo indígena es de reciente contacto, según peritajes antropológicos, su primer contacto se dio de manera forzada en 1956 a través de misioneros evangélicos. Inicialmente los *Waorani* eran tradicionales cazadores, recolectores y practicantes de la guerra Inter tribal. Estas actividades forman parte de su identidad común de los pueblos amazónicos, pues nacen principalmente como una estrategia de supervivencia.⁷²

Su estructura y organización no es homogénea, pues los *Waorani* no conforman un pueblo indígena unitario. Su segmentación es bastante asimétrica y distante entre los grupos familiares *Waorani*. Moipa Nihua, *Waorani* de la Provincia de Orellana y ex dirigente NAWE dio en septiembre de 2020 un testimonio en el cual categorizaba a los grupos y familias

⁶⁹ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 71-73

⁷⁰ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 14.

⁷¹ Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 06 de agosto del 2014, pág. 3.

⁷² Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 14.

basado en diferentes pobladores. Algunas familias o poblaciones para ella eran consideradas “malas” haciendo referencia a que eran enemigas, como las *Wacabori* o los *Warani*. También menciona que existen otros grupos de *Waorani* conocidos como *Cowuri*, que no son considerados enemigos. Todos estos grupos se fueron desplegando y desarrollando a partir de un grupo familiar o población inicial, y a medida que fue creciendo también se desarrollaron sus propias divisiones.⁷³ Entre la clasificación que existe en los *Waorani* se reconoce tres generaciones diferenciadas de la etnia. La primera conocida como los *Wao* Tradicionales o ancianos, los *Wao* del contacto conformado por adultos mayores y adultos jóvenes, y finalmente *Waorani* jóvenes, que son conformados por adolescentes y niños criados con contacto al exterior.⁷⁴ Esto evidencia la clara diversidad que existe dentro de las comunidades indígenas, que, aun compartiendo una nacionalidad o identidad cultural, pueden evolucionar y modificarse. Por ello, el pluralismo jurídico y la interculturalidad abarcan más que solo el reconocimiento y la coexistencia de una justicia indígena y una ordinaria, pues dentro de la misma sociedad indígena también existe una variedad amplia de culturas.

La Comunidad *Waorani* posee una variedad de tradiciones y prácticas ancestrales, entre ellas la movilidad estacional y generacional para reproducir vida social en base a la cacería y recolección. Por otro lado, vale la pena mencionar la importancia que tiene la muerte para la Comunidad *Waorani*, pues esta es regularmente atribuida al orden sociocultural y un orden antropológico en estas sociedades. Sus tradiciones se basan en la venganza y muerte por lanza entre grupos familiares. La muerte, independientemente de su causa, era atribuida siempre a tensiones entre grupos expresada en eventos de brujería y chamanismo que la producían, por lo que los afectados debían vengar a los miembros de su familia.⁷⁵

7.2. El Pueblo indígena *Tagaeri*

El pueblo indígena *Tagaeri* es un pueblo en aislamiento voluntario, lo que quiere decir que por decisión propia de los miembros de su comunidad optan por vivir sin tener una

⁷³ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 14.

⁷⁴ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 16.

⁷⁵ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 15.

relación o contacto con la población no indígena⁷⁶. El espacio donde habitúan es en la región amazónica, el cual se declaró mediante Decreto Ejecutivo en 1999 como una zona intangible. Estos son espacios protegidos con gran relevancia cultural y biológica no permiten ninguna actividad extractiva o de intervención productiva, con la finalidad de cuidar el ecosistema y a quienes habitúan en este espacio⁷⁷. Los miembros de este pueblo son conocidos por vivir en coexistencia y en estricta dependencia con su ambiente y entorno ecológico. Uno de los pilares de su cultura es el patrón de movilidad estacional en un territorio amplio lo cual les permite ejercitar sus actividades principales como la recolección y la caza, además de la búsqueda de espacios y lugares que les permiten reconectar con sus ancestros. Es por su estricta dependencia con el ecosistema, que cualquier cambio en su hábitat natural resulta nocivo en la supervivencia física tanto de manera individual como de manera colectiva de este pueblo indígena.⁷⁸

7.3. Respuesta del Estado frente al conflicto entre la Comunidad *Waorani* y *Tagaeri*

A raíz del conflicto violento entre la comunidad *Waorani* y *Tagaeri* en el año 2013, se acusó a once miembros de la comunidad por el delito de genocidio. El 27 de noviembre de 2013, el juez segundo de garantías penales de Orellana a petición de fiscalía inicio el trámite de la causa y además ordenó como medida cautelar la prisión preventiva de los acusados perteneciente a la comunidad *Waorani Dikaro*. Los miembros de la comunidad permanecieron en el centro de rehabilitación social de sucumbíos⁷⁹, lo cual generó severas repercusiones psicológicas en los acusados.

Después de estos hechos, la defensa técnica de los acusados solicitó el 13 de febrero de 2014 un amparo a favor de los miembros de la comunidad *Waorani*, argumentando que la prisión preventiva no fue sustentada y no estaba considerando los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, la Corte Provincial de justicia de Orellana negó esta acción reiterando que los actos suscitados en efecto configuraban el delito de genocidio. En

⁷⁶Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Indígenas *Tagaeri* y *Taromenane* vs Ecuador, 30 de septiembre de 2020.

⁷⁷ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 24.

⁷⁸ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Indígenas *Tagaeri* y *Taromenane* vs Ecuador, 30 de septiembre de 2020.

⁷⁹ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 15.

respuesta la defensa técnica en conjunto al defensor público presentó una acción de habeas corpus en favor de las personas privadas de libertad. A pesar de los esfuerzos, el 11 de marzo de 2014 la Corte provincial de Orellana negó nuevamente la libertad de los procesados argumentando que no se estaba vulnerando ningún derecho humano que ponga en riesgo la salud física o mental de los acusados y que la medida era necesaria.⁸⁰

En agosto del 2014, a petición del segundo juez de garantías penales de Orellana se realizó una consulta de norma de en ese entonces el artículo 441 del Código Penal, para verificar si en efecto la calificación del tipo penal genocidio era atribuible a los hechos del caso y si esta vulneraba derechos de las personas indígenas juzgadas. El artículo estipulaba que quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso ocasionara la muerte de sus miembros tendría una pena de dieciséis a veinticinco años.⁸¹ La Corte resolvió la consulta de norma y concluyó que la calificación de genocidio podía ser aplicada solo si es que reunía todos los presupuestos convencionales determinados en la “Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio⁸²”, tomando en cuenta la intención de destruir en todo o en parte a un grupo. Además, estableció que debía incorporarse una interpretación intercultural al artículo 441 del Código Penal con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.⁸³ Pues la misma Corte estableció que no podía brindarse un tratamiento idéntico a los miembros del pueblo *Waorani* en comparación de la sociedad no indígena, pues su realidad histórica, cultural, así como sus costumbres son diferentes por lo que no pueden ser juzgados de igual manera.⁸⁴

En septiembre del 2014 ocurrieron dos hechos relevantes, el primero fue la reformulación de los cargos por parte de fiscalía. Ya no se buscó juzgar a los procesados por el delito de genocidio, sino por el delito de homicidio tipificado en ese entonces en el artículo 449 del Código Penal que después de que entrará en vigor el Código Orgánico Integral Penal el 10 de agosto del 2014 paso a ser el artículo 144. El artículo referido estipula que aquella persona que mate a otra será sancionada con una pena privativa de libertad de diez a trece años.⁸⁵ La reformulación de cargos cambia por completo el sentido del juicio pues el tipo

⁸⁰ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 16.

⁸¹ Art. 441 , Código Penal R.O. Suplemento 356 del 22 de enero de 1971 , [derogada].

⁸² Véase la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio.

⁸³ Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 06 de agosto del 2014, págs. 32-33.

⁸⁴ Sentencia No. 004-14-SCN-CC, págs. 31.

⁸⁵ Art. 144, COIP, 2014.

penal es diferente. Por otro lado, el mismo mes, el juez del Juzgado Segundo de garantías penales de Orellana ordenó que se liberará a las personas privadas de libertad, porque se sustituyó la orden de prisión preventiva en la audiencia de revisión de medidas cautelares⁸⁶.

El 31 de octubre de 2019, años después de que los miembros de la comunidad *Waorani* recuperaron su libertad, se dio la resolución de la sentencia condenatoria y ratificatoria de inocencia en cuanto los procesados. Diez de los procesados fueron condenados como culpables del delito de homicidio en el grado de autores y se les impuso una pena de ocho años de privación de libertad⁸⁷, sin embargo, se consideraron ciertos atenuantes de la pena estipulados en los numerales 8 y 9 y 29 del anterior Código Penal. Estos atenuantes hacían referencia primero a que el crimen fue cometido por ignorancia a la ley y segundo porque fue impulsado por motivos de valor moral o social⁸⁸, por lo que la pena fue reducida a 4 años de privación de libertad. Esto es completamente lógico pues hay que recordar que los *Waorani* consideraban la muerte o matar como un sistema de justicia consuetudinario⁸⁹. Por otro lado, se ratificó la inocencia de uno de los procesados por insuficiencia de pruebas. Finalmente, la pena privativa de libertad fue sustituida a cada uno de los sentenciados por una pena consecuente en base a su cosmovisión.

8. Ausencia de interculturalidad en medidas cautelares en comunidades indígenas de reciente contacto

La prisión preventiva aplicada a los miembros de las comunidades indígenas tuvo una serie de repercusiones negativas dentro de la comunidad *Waorani*, tanto a nivel individual como colectivo. En el aspecto individual la prisión representó la restricción a la libertad ambulatoria, esto imposibilitaba a los individuos de participar y beneficiarse de la vida cotidiana de su comunidad. ⁹⁰Al ser privados de acceder a su territorio libremente en el cual acostumbraban a desarrollar sus actividades y cultura, automáticamente se considera una privación radical del acceso a los elementos básicos para su vida⁹¹. El pasar a un espacio

⁸⁶ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 19.

⁸⁷ Sentencia No. 22251-2013-0223, Tribunal de Garantías Penales de Orellana, 31 de octubre de 2019, pág. 196.

⁸⁸ Art. 29, Código Penal R.O Suplemento 356 del 22 de enero de 1971, [derogada].

⁸⁹ Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 14.

⁹⁰ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 112.

⁹¹ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 113.

reducido en condiciones precarias y sobre todo ajeno a su comprensión, sufrieron repercusiones psicológicas severas. Para los *Wao*, por su antropología y morfología estar encerrados y aprisionados en un espacio de dieciocho metros cuadrados, con permiso de salida a penas de una hora diaria, alimentándose con comida extraña a la que acostumbran ocasiono daños que inclusive necesitaron atención médica. Los miembros de la comunidad describieron la experiencia como un flagelo que les genero ansiedad, angustia y hasta deseos de auto eliminarse.⁹² Para la comunidad, perder a sus miembros significó la pérdida de individuos que cumplan con las funciones sociales asignadas. Ciertas familias quedaron completamente desprotegidas lo que les generó bastante sufrimiento.⁹³

Dentro del marco legal, cabe analizar si los hechos del caso ameritaban o no una medida cautelar como la prisión preventiva o si esta fue dictada de manera arbitraria. Según el primer numeral del artículo 77 de la Constitución, la finalidad de la prisión preventiva es garantizar la comparecencia del procesado en el proceso penal, el derecho de la víctima a una justicia pronta y asegurar el cumplimiento de la pena.⁹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que una privación de libertad arbitraria se da cuando las causas o métodos son incompatibles con respecto a los derechos humanos del individuo, aun así, se haya respetado el procedimiento legal. Estos casos se dan cuando: no se ha logrado justificar o motivar la privación de libertad, si es incompatible con derechos constitucionales, si es producto de una violación de derechos y garantías relativas al debido proceso o si se ha fundamentado en motivos discriminatorios.⁹⁵

La Corte Constitucional ha establecido en base al principio de interculturalidad, tres criterios para determinar si la privación de libertad fue arbitraria en el caso del conflicto entre los *Waorani* y los *Tagaeri*, los cuales fueron: i) Interpretación intercultural de las normas aplicables y comprensión intercultural; ii) Falta de motivación; iii) Medidas cautelares con perspectiva intercultural.⁹⁶

Estos criterios, si son aplicados logran cumplir con el objetivo del principio de interculturalidad, el cual posibilita la interrelación y el encuentro creativo y equitativo entre

⁹² Peritaje Jurídico Antropológico para la Sustanciación De La Causa En Revisión Nro. 112-14-JH, Informe Final, Alexis Rivas, 11 de noviembre 2020, pág. 8.

⁹³ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 114.

⁹⁴ Art. 77, CRE, 2008.

⁹⁵ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 135.

⁹⁶ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 137.

los diversos saberes, prácticas, valores y principios⁹⁷. La sanción de privación de la libertad es una medida de *ultima ratio* dentro de la configuración penal hacia pueblos y comunidades ancestrales, considerando una visión intercultural. Alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno como lo son los centros de rehabilitación genera afectaciones severas al separarlos de su entorno social y colectivo.⁹⁸ Específicamente hablando de personas pertenecientes a miembros de comunidades indígenas de reciente contacto, el mandato de la excepcionalidad de la prisión preventiva debe ser observado de manera más rigurosa. Este mecanismo no representa una solución factible pues genera una ruptura del orden social y cultural⁹⁹. Por lo que analizando los criterios tanto internacionales como los que ha establecido la Corte, se puede concluir que la medida cautelar fue dictada de manera arbitraria y no fue aplicada conforme al principio de interculturalidad. Los procesados, claramente no comprenden la finalidad que persigue la prisión preventiva y esta medida es completamente ajena a las tradiciones de la comunidad *Waorani*.

9. Interculturalidad en sanciones penales en comunidades indígenas de reciente contacto

La verdadera materialización efectiva de la cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria se da cuando el principio de interculturalidad es aplicado. Esto se evidencia claramente en el razonamiento del tribunal de garantías penales cuando determinó la sanción aplicable a los miembros de la comunidad *Waorani* por el delito de homicidio.

Primero hay que tomar en cuenta que cualquier forma de encarcelamiento constituye una vulneración a los derechos colectivos e individuales de miembros de comunidades indígenas de reciente contacto. Por lo que, el tribunal de garantías penales aun sentenciando como culpables del delito de homicidio a los integrantes de la comunidad indígena de reciente contacto, el criterio y enfoque utilizado fue acertado. En un principio se había dictado cuatro años de prisión para los acusados, sin embargo, mantener esta decisión habría repetido las afectaciones y vulneraciones a los derechos colectivos e individuales que la prisión preventiva ocasionó en los integrantes de la comunidad *Wao*. La Corte comparte este criterio,

⁹⁷ Roberto Fabián Erazo Estrella, *La imputación objetiva y la visión intercultural en el procedimiento penal ecuatoriano: caso Waorani*. (Ambato:2023) [Trabajo de Titulación].

⁹⁸ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 92.

⁹⁹ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 159.

porque considera que las sanciones privativas de libertad no configuran un mecanismo idóneo para solucionar los conflictos en las comunidades indígenas, por lo que esta medida debe ser considerada de *ultima ratio*, porque al alejarlos de su comunidad se afecta su relación comunitaria, el entorno social y colectivo.¹⁰⁰

El tribunal de garantías penales busco proteger los derechos de los miembros de las comunidades indígenas al aplicar una sanción intercultural. Estos fueron los derechos a la libertad, vida, integridad personal y salud.¹⁰¹ El tribunal de garantías penales consideró que debía darse una sustitución de la pena, en base a la cosmovisión de la comunidad indígena *Waorani*. Esta decisión no fue aislada, pues tuvo el asesoramiento y apoyo de peritajes antropológicos y sociales, y también la cosmovisión de miembros antiguos de la comunidad. Con la ayuda de ancianos de la comunidad *Waorani*, conocidos como *Pikenanis*, concluyeron que podía sustituirse la pena privativa de libertad por 200 horas de trabajo comunitario anuales por cuatro años dentro del territorio y en favor de la comunidad *Waorani*.¹⁰² Esto logro dar una perspectiva intercultural de la aplicación de sanciones penales.¹⁰³

Esta decisión no solo fue concordante con lo que se define como principio de interculturalidad a nivel nacional, sino también tuvo consideraciones de normativa internacional. El artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es claro al estipular que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación a miembros de pueblos indígenas, se debe considerar sus características económicas, sociales y culturales, dando preferencia a cualquier tipo de sanción distinta al encarcelamiento¹⁰⁴. El trabajo comunitario es en efecto una alternativa adecuada al encarcelamiento de miembros de comunidades indígenas, especialmente si se habla de comunidades de reciente contacto. Adicionalmente, se ordenó que la Organización Waorani del Ecuador “*NAWE*” conforme una comisión especializada que facilite la coordinación con las comunidades *Waoranis* que se beneficiarán del trabajo comunitario. Adicionalmente, se ordenó remitir informes cada seis

¹⁰⁰ Sentencia No. 112-14-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, párr. 14.

¹⁰¹ Sentencia No. 112-14-JH/21, párr. 124.

¹⁰² Sentencia No. 22251-2013-0223, Tribunal de Garantías Penales de Orellana, 31 de octubre de 2019, pág. 196.

¹⁰³ Sentencia No. 22251-2013-0223, pág. 196

¹⁰⁴ Art. 10, Convenio 169, 1998.

meses del cumplimiento del trabajo ordenado, por lo que consecuentemente también se estaría cumpliendo la finalidad de coordinación y cooperación con la función judicial.¹⁰⁵

La determinación de la sanción penal aplicada en el procedimiento penal No. 22251-2013-0223 muestra la materialización efectiva de la cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en la aplicación de penas para integrantes de comunidades indígenas de reciente contacto. En base a un análisis de razonabilidad, el tribunal de garantías penales logro satisfacer el ejercicio del principio de interculturalidad que se encuentra en el marco jurídico nacional e internacional. Junto a la participación de autoridades indígenas, la coordinación y diálogo fue materializada logrando aplicar una perspectiva intercultural de las sanciones penales adecuándolas a la cosmovisión de la comunidad *Waorani*.¹⁰⁶

10. Conclusiones

En un país plurinacional y pluricultural como Ecuador, la cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria no solo debería ser una realidad, sino debería encontrarse adecuadamente normada. La normativa ecuatoriana no define o establece de manera insuficiente los mecanismos de cooperación entre la justicia indígena y ordinaria. Pues solo menciona ciertos principios y que es responsabilidad del Estado establecer los mecanismos de cooperación, delegando la responsabilidad absoluta solo al Consejo de la Judicatura.

Los mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y ordinaria se han visto recogidos en la aplicación del principio de interculturalidad de ciertos jueces. Estos hallazgos se evidencian en la determinación de la pena que determinaron los jueces de garantías penales de orellana en el conflicto entre la comunidad *Waorani* y *Tagaeri*. De manera acertada y en concordancia con lo que estipula la normativa internacional, siempre se tiene que optar por una sanción diferente a una pena privativa de libertad, más aún cuando se trata de miembros de comunidades indígenas de reciente contacto. Su cosmovisión, sus tradiciones, la finalidad de sus penas, lo que se entiende inclusive como debido proceso es intrínseco de cada comunidad, porque la diversidad no solo se evidencia entre la sociedad indígena y no

¹⁰⁵ Art. 63, COIP, 2014.

¹⁰⁶ Sentencia No. 22251-2013-0223, Tribunal de Garantías Penales de Orellana, 31 de octubre de 2019, pág. 196.

indígena, dentro de las mismas comunidades existe una amplitud de tradiciones, cosmovisiones y cultura.

El impacto de estos hallazgos evidencia una clara necesidad de desarrollar o ampliar la normativa vigente, no solo es necesario que una norma defina los mecanismos de cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria o que se definan principios de manera aislada. También es importante que se desarrollen mecanismos institucionales que permitan aplicar el principio de interculturalidad en todo proceso que involucre la interacción entre ambos ordenamientos.

Un ejemplo de estos mecanismos se puede encontrar en los criterios que utilizaron tanto el tribunal de garantías penales de Orellana en concordancia con el procedimiento penal No. 22251-2013-0223 y la Corte Constitucional en la Sentencia No. 112-14-JH/21. Pues de manera acertada han sentado en base al principio de interculturalidad, lineamientos que podrían y deberían ser utilizados con la finalidad de aplicar una sanción con visión intercultural. El constante diálogo entre autoridades indígenas y no indígenas que aporten criterios culturales y conocimientos a las autoridades no indígenas, la promoción del principio de interculturalidad y que este sea comprendido por todos los operadores de justicia, la implementación de capacitaciones, la inclusión de peritajes antropológicos donde se involucran personas indígenas, la divulgación de los parámetros establecidos en la jurisprudencia, el entendimiento de la cosmovisión y cultura de manera individual de cada comunidad indígena, y lo más importante: La aplicación de sanciones que se alineen a la cosmovisión de cada comunidad indígena, son varios criterios valiosos que deberían replicarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La sentencia penal No. 22251-2013-0223 evidencia una materialización efectiva de la cooperación, donde la justicia ordinaria después de haber corregido su intervención nociva y dañina al aplicar de manera indebida la medida cautelar de la prisión preventiva, logra apoyar procesalmente al caso para que sea la justicia indígena en definitiva quien decida qué sanción debía interponerse a los miembros de la comunidad *Waorani*. La sustitución de la pena privativa o carcelaria por el trabajo comunitario refleja un entendimiento de la cosmovisión de la comunidad de reciente contacto *Waorani*, logrando satisfacer por completo el principio de interculturalidad. Estos parámetros podrían ser utilizados en casos análogos,

con el fin de aplicar una sanción intercultural y evitar la vulneración de derechos constitucionales de miembros de las comunidades indígenas.

Cabe recalcar que una de las limitaciones que se encuentra en el estudio de estas comunidades es la poca información que se obtiene de las comunidades indígenas, específicamente hablando de comunidades de reciente contacto y aislamiento voluntario. Por ello se recomienda la promoción de estas sentencias y peritajes. Estos deberían ser difundidos e interiorizados de manera obligatoria a todos aquellos que conforman el sistema judicial.

Por último, otra recomendación relevante es que se motive al desarrollo de nuevos mecanismos normativos e institucionales que no solo mencionen que debe existir la cooperación entre la justicia indígena y ordinaria, sino que establezca, defina y regule de manera adecuada los mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Estos mecanismos deben permitir que se aplique el principio de interculturalidad tomando en consideración la cosmovisión, cultura y tradiciones de cada comunidad indígena, más aún si se trata de casos de miembros de comunidades indígenas de reciente contacto.