

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Rigidez del proceso penal

El problema de la interpretación intercultural. Estudio de caso

Andrés Jorge Cuasapaz Arcos

Tutor: Ramiro Fernando Ávila Santamaría

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Andrés Jorge Cuasapaz Arcos, autor de la tesis intitulada “Rigidez del proceso penal: el problema de la interpretación intercultural. Estudio de caso”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 19 de febrero de 2021

Firma:

Resumen

A finales de marzo del año 2013 un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani, con el fin de vengar la muerte de dos de sus ancianos, organizó y ejecutó un ataque a familias de pueblos en aislamiento voluntario ocasionando la muerte de varios de ellos y el traslado forzoso de dos niñas. A raíz de ello se inició una investigación y un proceso penal, que representó dificultades en distintos ámbitos: *en lo procesal*, pues dada la condición particular de los sospechosos y de las víctimas, pueblos de reciente contacto y pueblos en aislamiento voluntario, fue necesario intentar una comprensión intercultural de los hechos; se requería una valoración judicial distinta de los actos de investigación; se incorporó el conocimiento desde la Antropología a través de informes periciales con el fin de interpretarlos desde la interculturalidad; *en lo probatorio*, pues al no contar con la prueba material de la infracción, conllevó un análisis indiciario de la prueba; *en lo Constitucional*, pues este proceso generó una sentencia por parte de la Corte Constitucional respecto de la aplicación de principios de interculturalidad en un proceso penal.

Sin duda este trabajo conlleva un *sesgo*, pues quien lo elabora, es el agente fiscal de la causa, por lo que estará sujeto a un sin número de críticas. No es pretensión que los criterios desarrollados sean ampliamente aceptados, por el contrario, lo que pretendo, como agente fiscal de la causa es dar a conocer el razonamiento utilizado en mi limitada comprensión en cuanto a interculturalidad y su aplicación a un proceso penal.

A la fecha de los hechos no existían precedentes en la judicialización de una causa como la que aquí se detalla, sin embargo, desde lo teórico-académico en relación a la interculturalidad, que ha sido ampliamente tratada por distintos autores, hace que su aplicación en un proceso penal, sean abordados, –si se quiere–, desde lo empírico. Precisamente allí radica la importancia tanto del proceso penal en cuestión, como del camino que en lo posterior se pueda transitar, con el fin de que a futuro no sea tan compleja la implementación de criterios de interculturalidad de procesamientos penales.

Palabras clave: Principio de legalidad, Interculturalidad, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario, Pueblos indígenas de reciente contacto, Justicia dialógica, Hermenéutica diatópica, Ataque a familias en aislamiento voluntario.

A Lidia, mi madre y Fabricio, mi hermano, por su apoyo incondicional en cada paso que doy.

Agradecimiento

A mis maestros, en particular a Adriana Rodríguez y Ramiro Ávila, quienes con su guía, conocimientos y sabiduría despertaron en mí la curiosidad de reaprender el Derecho y mirarlo desde otra perspectiva.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, por brindarme la oportunidad de ser su alumno.

A los Waorani y a las familias en aislamiento voluntario, por habernos cruzado en el camino, por presentarme el reto contenido en este trabajo, sin ellos aún mantendría una visión miope del Derecho.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero La investigación previa y el proceso penal	21
1. Ataque a familias en aislamiento voluntario	21
1. Participación de un traductor Waorani	22
2. Participación de una Comisión Waorani	23
3. Disposición de práctica de pericias antropológicas	24
4. Otras diligencias investigativas	30
5. Resoluciones judiciales	31
5.1. Audiencia de formulación de cargos	31
5.2. Consulta de norma	32
5.3. El pronunciamiento de la Corte Constitucional	35
5.4. Audiencia preparatoria de juicio y de formulación de dictamen	43
5.5. Pronunciamiento de la Corte Provincial	45
5.6. Sentencia del Tribunal de Garantías Penales	45
Capítulo segundo El juicio estatal: la violencia del proceso penal.....	53
1. Pueblos indígenas en el Derecho Internacional	57
2. Pueblos indígenas en el Derecho ecuatoriano	60
3. Violencia hacia los Pueblos en aislamiento voluntario	63
4. Violencia hacia los Pueblos en reciente contacto y en contacto inicial.	66
Capítulo tercero El juicio intercultural	69
5. De la multiculturalidad a la interculturalidad	70
6. De la plurinacionalidad al pluralismo jurídico	71
7. Interculturalidad, Derecho penal y procesal penal	73
8. Flexibilización en el proceso penal	74
8.1. Flexibilización valorativa	76
8.2. Flexibilización punitiva	77
9. La Antropología como herramienta del Derecho Penal	79
10. La hermenéutica diatópica como forma de interpretación intercultural	82
10.1. La valoración de los hechos	84
10.2. El Derecho utilizado	85
10.3. El objetivo que persigue	86

11. La justicia dialógica	88
Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	97

Introducción

En marzo de 2013, 17 personas de la nacionalidad Waorani, luego de que dos de sus ancianos fueran asesinados por miembros de familias en aislamiento voluntario, se internaron en la selva con el fin de vengarlos. El resultado, la muerte de miembros de familias en aislamiento voluntario y el traslado forzoso de dos niñas.

La Corte Constitucional ha señalado que: “La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario”,¹ aunque los involucrados pertenezcan a una nacionalidad indígena, “Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”.² Este Convenio, advierte como una obligación, que al aplicar la legislación interna, deberá tomarse en cuenta sus costumbres y tradiciones (Art. 8,1). En este sentido, no siempre las costumbres y tradiciones son compatibles con la legislación nacional; de allí que surge la necesidad de *flexibilizar* los procesos penales cuando en ellos se encuentran miembros de alguna nacionalidad indígena.

Siendo el principio de legalidad uno de los pilares del Derecho Penal, que exige que las conductas delictivas, su sanción, así como su procedimiento estén previamente establecidos, implica un alto grado de *rigidez* y *formalismo* en la sustanciación de una causa. El Código Orgánico Integral Penal señala que sus normas deberán ser interpretadas “en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”,³ de modo que la aplicación de principios de interculturalidad en un proceso conlleva la necesidad y la obligación de *mirarlo desde otra lógica*, y con ello la valoración tradicional de sus principios.

Se puede afirmar que existen tres tipos de justicia reconocidas por el Estado ecuatoriano: a) La *indígena*, que opera con observancia a sus principios, costumbres y tradiciones ancestrales, sin intromisión de otra, con la exigencia de cumplir una sola condición, que sus resoluciones no sean contrarias a la Constitución; b) La *ordinaria*,

¹ Corte Constitucional - Ecuador, “La Cocha” - Acción Extraordinaria de Protección - Sentencia No. 113-14-SEP-CC, No. 0731-10-EP (Corte Constitucional 30 de julio de 2014).

² Ibid.

³ Asamblea Nacional, Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento del Registro Oficial No. 180 (Ciudad de Quito, Ecuador, 2014) Art. 13.

que opera desde las formalidades establecidas en la Ley a través del cumplimiento de sus requisitos para su validez; y, c) La *intercultural*, interpretada así desde el reconocimiento que hace la Ley,⁴ en la que los operadores de justicia, observando el procedimiento ordinario, tienen la obligación de aplicar en sus resoluciones principios de interculturalidad: “a) Diversidad; b) Igualdad; c) Non bis in ídem; d) Pro jurisdicción indígena; y, e) Interpretación intercultural”.⁵

Esta es la base de este trabajo, hay un reconocimiento en cuanto a la existencia de *otro tipo de justicia*, que aplica principios de interculturalidad, que no son propios de un sistema de ordinario. Se trata de un procedimiento que procura ser respetuoso de ambos sistemas (justicia intercultural), que pretende cumplir con estándares de procesamiento ordinario, y el respeto de las tradiciones y costumbres indígenas. Hablo de un ejercicio progresivo de derechos.

José Daniel Cesano, señala: “que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda, positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que promoverla”.⁶ Esta forma de resolución de conflictos, actúa sobre los criterios tradicionales de valoración de la prueba y se hace evidente la obligación de *flexibilizarlos* y de interpretarlos desde la interculturalidad. No solo se trata de una exigencia interna sino internacional, contenida en el Convenio 169 de la OIT:

Art. 9.- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.⁷

En cuanto a la valoración de la prueba se reconoce en general dos concepciones:

a) Una *concepción tradicional*.- sometidas a la regulación normativa, en que la ritualidad en su práctica les da valor jurídico, de modo que se trata de “un estudio rutinario de las pruebas, sin contenido lógico ni científico. Es una visión tautológica de la materia, ya que la ley describe las formalidades probatorias y los expositores de las

⁴ Asamblea Nacional, Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544 (Ciudad de Quito, Ecuador, 2009) Arts. 24, 344, 346.

⁵ Ibid. Art. 344.

⁶ José Daniel Cesano, *Los encuentros de la antropología con el saber jurídico penal* (Ciudad de Montevideo, Uruguay; Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2015), 21.

⁷ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales* (Ciudad de Ginebra, Suiza, 1989).

“Pruebas Judiciales”, describen cómo la ley describe dichas ritualidades”;⁸ y, b) Una *concepción con enfoque sistemático*.- Que se obtiene de una *debida interpretación* de las normas que consiste en “la racional convicción del funcionario judicial con fundamento en *cualquier* medio probatorio legalmente aducido al Juicio Oral y valorado conforme a la técnica y a la ciencia, sin sujeción a tarifa legal alguna”.⁹

Una forma de entender esta realidad, *la existencia de otros*, está plasmada en las “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región Amazónica, el Gran Chaco y la región oriental del Paraguay”,¹⁰ por lo que el proceso, debe partir de tales recomendaciones, así se señala la obligatoriedad de incorporar el conocimiento de la realidad de los pueblos que se ven inmersos en un litigio, a través de peritajes antropológicos que permitan entender su realidad, su cultura, sus tradiciones y sus formas de solución de un conflicto y con ello una forma de valoración de sus actuaciones. Este entendimiento no sólo que debe ser la base de la investigación, sino que debe serlo también para los juzgadores como garantistas de derechos, con el fin de regular el proceso e imponer una pena acorde a su cultura.

James Anaya¹¹ al analizar el contexto histórico de los derechos de los pueblos indígenas indica que el Derecho Internacional, ha sido un instrumento de colonialismo que ha evolucionado hasta convertirse en un aliado de su lucha, que si bien ha sido lenta e imperfecta, no termina aún de reflejar sus demandas. Señala que el término *indígena* “se refiere en general a los actuales descendientes de los pueblos dominados por *otros*”¹² y que se emplea aún para referirse a grupos que comparten una experiencia de subyugación. Los indígenas constituyen grupos culturalmente diferenciados, “son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de la población que viven en esas mismas tierras, o junto a éstas”.¹³ Actualmente el Derecho Internacional genera un discurso alternativo al *estatocéntrico*, logrando resultados concretos como la

⁸ Gustavo Morales Marín y Jaime Bernal Cuéllar, *Ciencia de las pruebas penales: sistema acusatorio* (Ciudad de Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 39.

⁹ *Ibid.*, 39.

¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH, “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay: Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela” (ACNUDH, 2012).

¹¹ S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Ciudad de Madrid, España: Editorial Trotta / Universidad Internacional de Andalucía, 2005), 15–33.

¹² *Ibid.*, 24.

¹³ *Ibid.*

búsqueda de su bienestar.¹⁴ Estas diferencias generan tensiones al momento de investigar y procesar los hechos por lo que, a decir de José Daniel Cesano,¹⁵ se plantea la necesidad de que el Derecho, sea auxiliado por otras disciplinas, pues no es capaz de comprender la forma en cómo se desenvuelven *otras* culturas:

Es evidente que hechos muy similares no se comprenden ni se viven de la misma manera entre culturas. Y es que la realidad no es nada privada de significación. Imponer una significación ajena y, a raíz de ello, prohibir hechos o conductas en una comunidad en función de valores ajenos constituye un atentado más que evidente a cualquier forma de convivencia.¹⁶

Ello nos conlleva a revisar la interacción entre grupos sociales diferenciados como una forma de diálogo; Boaventura de Sousa Santos,¹⁷ al hablar de *interculturalidad*, se cuestiona: ¿Puede el concepto de derechos humanos llenar el vacío dejado por las políticas sociales? –Y se responde– “Solamente podrá, si se adopta una política de derechos humanos radicalmente distinta de la hegemónica [...] y si tal se concibe como parte de una más amplia constelación de luchas y discursos de resistencia y emancipación en vez de como la única política de resistencia contra la opresión”.¹⁸

Existe entonces una *concepción mestiza* de los derechos humanos. “En el caso de un diálogo transcultural, el intercambio no es solo entre diferentes saberes sino también entre diferentes culturas”¹⁹ es decir, *entre diferentes*. Así, plantea la *hermenéutica diatópica* como una herramienta de comprensión de estas diferencias, en las que identifica los denominados *topoi*, que son “lugares comunes retóricos”²⁰ de una cultura individual, por lo que la idea de estos *topoi*, son tan incompletos como la cultura por sí misma; “esta *incompletud* no es visible desde dentro de la propia cultura”.²¹ Aquí radica la dificultad de la concepción occidental para aceptar los derechos colectivos sociales diferenciados. Revela así que la debilidad de la cultura occidental, que por ser hegemónica y considerarse superior, establece diferencias entre el individuo y la sociedad. Así, “la *hermenéutica diatópica* se construye tanto sobre la identificación local de la incompletud y debilidad como sobre su inteligibilidad translocal”.²²

¹⁴ Ibid., 15–33.

¹⁵ Cesano, *Los encuentros de la antropología con el saber jurídico penal* Prólogo.

¹⁶ Ibid., xiii.

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, vol. 2, Derecho y emancipación 2 (Ciudad de Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 147–86.

¹⁸ Ibid., 2:147–48.

¹⁹ Ibid., 2:157.

²⁰ Ibid., 2:158.

²¹ Ibid.

²² Ibid., 2:160–61.

Un diálogo intercultural inicia por reconocer la existencia de las diferencias culturales, para a partir de allí, identificando puntos de encuentro, buscar una solución al conflicto, que no puede ser resuelto únicamente por el Derecho penal y sus actores, siendo necesario expandir este diálogo bidireccional hacia otros actores del Estado.

Como complemento, Roberto Gargarella,²³ plantea la denominada *justicia dialógica*, considerando que, en los últimos años han proliferado diversas formas de acción que, “aunque enmarcadas dentro del tradicional molde institucional de los frenos y contrapesos (*checks and balances*), pueden considerarse respuestas acordes con los ideales del diálogo constitucional”²⁴ tradicional. Señala como ejemplo, en relación con los derechos indígenas el apareamiento con fuerza de reclamo del “derecho de consulta”, siendo su base jurídica en el Convenio 169 de la OIT de 1989. Otra de las prácticas de diálogo ha sido la realizada sobre la base de problemas públicos y masivas y graves violaciones de derechos, en que los juzgadores han tomado medidas novedosas, que incluyen convocatorias a audiencias públicas en que participan, no solo las partes involucradas, sino también representantes de la sociedad civil. Este *diálogo* conlleva cierta carga emotiva, “en la medida en que apela a una *civilizada y respetuosa* resolución de conflictos”²⁵ marcados por las diferencias. La propuesta de alcanzar acuerdos conversacionales, ahuyenta las dudas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba”. “Al estar enmarcadas en la tradicional estructura de los frenos y contrapesos, las soluciones dialógicas encuentran dificultades para estabilizarse como prácticas nuevas y sus efectos a veces tienden a verse limitados”²⁶, por lo que:

*El diálogo constitucional en relación con un particular entendimiento de la democracia basado en la idea de democracia deliberativa.*²⁷ El constitucionalismo dialógico corre el riesgo de que las personas involucradas intenten “sacar ventaja” indebida de ese prestigio y presenten como dialógicas, soluciones que en realidad no lo son. Problema que nace de la dificultad “para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas o basadas el diálogo democrático”²⁸. El funcionamiento de un sistema de democracia deliberativa requiere una lógica organizacional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos: mientras que ese sistema busca evitar y

²³ Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 119–55.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, 122.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, 124.

²⁸ *Ibid.*

canalizar la guerra social, “el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales”.²⁹

*El sistema de frenos y contrapesos nació con el objeto de contener y canalizar enfrentamientos sociales y políticos profundos.*³⁰ Su objetivo principal era el de “evitar las mutuas opresiones y resistir a las intrusiones de una rama de gobierno sobre las demás”³¹. De este modo, lo que se pretendía era usar al sistema institucional con el fin de organizar y contener los conflictos, direccionando las energías de todos, en procura de un beneficio y apoyado en mecanismos de control internos antes que externos.

Entonces, considerando tanto la parte normativa internacional, en favor de pueblos indígenas, el desarrollo académico así como jurisprudencia, corresponde preguntarse, –¿es necesaria una flexibilización del proceso penal y en consecuencia de la pena, cuando en él están involucrados miembros de nacionalidades indígenas?–

Este trabajo plantea que es un –SÍ, categórico–, y pretende justificar tal afirmación en un estudio de caso, que corresponde al proceso penal No. 22251-2013-0223, que se tramita en la provincia de Orellana. En el que, como se verá, se procuró un ejercicio dialogal entre los operadores de justicia y los Waorani. Se buscó procesarlo desde una perspectiva intercultural, procurando incorporar en él, la costumbre y tradición en lo que a la sanción se refiere, aun cuando la ley nacional, por principio de legalidad, no desarrolla ni establece parámetros para ello, logrando así superar la *rigidez del principio de legalidad*.

Sin duda, muestra de ello constituye la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de la Provincia de Orellana, en la que *franqueando justificada y motivadamente* la rigidez de este principio, incorporó en su decisión: a) Una *valoración distinta* a las ritualidades propias de un proceso penal en cuanto a la prueba, por ejemplo: al considerar como insumo el conocimiento proporcionado desde los peritajes antropológicos en cuanto a la importancia de la participación de los ancianos Waorani; y, b) Una *modulación* de la pena al no establecer una pena privativa de libertad conforme la normativa penal para el caso de la vulneración del derecho a la vida.

Para el desarrollo de este trabajo, se incorporará componentes teóricos, académicos y doctrinarios en relación a pueblos indígenas y a la aplicación de principios de interculturalidad. Se hará mención a las principales actuaciones de los

²⁹ Ibid., 125.

³⁰ Ibid., 126.

³¹ Ibid.

operadores de justicia dentro del proceso, con el fin de verificar si efectivamente, éste observó o no estándares de interculturalidad.

Se pretende entonces, un análisis desde: a) *Lo teórico*, incorporando fuentes no comunes en un proceso ordinario, entre ellos, la particular forma de entender el hecho delictivo desde la visión del agente fiscal en torno a la interculturalidad, el aporte desde la antropología a través de informes periciales, la participación activa de los Waorani por intermedio de sus ancianos (pikenanis), y la participación de instituciones ajenas al proceso (justicia dialógica), entre ellos: la participación de un traductor, y la conformación y participación de una comisión ad-honorem, conformada por miembros representativos de los propios Waorani, que facilitó y posibilitó un relacionamiento y comprensión *entre culturas*; y, b) *Lo práctico*, –o más bien dicho, desde lo vivencial–, que será incorporado en la narrativa de este trabajo desde mi propia perspectiva en torno a la interculturalidad y cómo ésta ha interactuado con el proceso penal.

En este sentido, procuraré poner de manifiesto, *mi propia transición* en la comprensión de la interculturalidad, iniciando en una suerte de *visión miope* del Derecho, apegado por mi formación al sentido literal de las normas, desconociendo el sin número de *tramas de significación*³² que subyacen en los conflictos propios de la relación entre culturas; los cuales ni siquiera son considerados por el Derecho en general y el Derecho Penal en particular.

Finalmente, ya que se trata de un proceso cuya sentencia aun no se ha ejecutoriado, conviene delimitar la temporalidad que abarca este trabajo; y ella comprende desde abril de 2013, en que se inició la fase de indagación previa, hasta noviembre de 2020, en que la Sala de la Corte Provincial de Orellana, en auto interlocutorio decidió no aceptar el recurso de apelación planteado por la defensa de los sentenciados, quedando pendiente la notificación por escrito de la decisión y con ello dejando abierta la posibilidad de que se interponga el recurso de casación.

³² Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Antropología (Ciudad de Barcelona, España: Gedisa S.A., 2003), 20.

Capítulo primero

La investigación previa y el proceso penal

Presentaré, aunque de forma breve, el desarrollo de la investigación y del proceso penal, con el fin de contrastarlas con las actuaciones de los operadores de justicia y establecer si en las mismas, se observaron principios de interculturalidad. Incorporaré posteriormente, con más detalle el suficiente desarrollo teórico respecto a la *flexibilidad* en el proceso penal, *interculturalidad*, *justicia dialógica*, y *hermenéutica diatópica*. Por lo pronto me limitaré a la selección de los hechos que he considerado más relevantes a fin de tener una visión global del proceso objeto de esta investigación.

Desde lo vivencial, resulta importante señalar que el ejercicio de una comprensión intercultural, rebasa los límites propios de un proceso penal; hay actuaciones que no necesariamente están plasmadas en el expediente fiscal o judicial, pero que son necesarios para articular y en cierta medida llegar a una *compresión más allá del proceso penal* ordinario. Más que una descripción del proceso, procuraré una narración del mismo:

1. Ataque a familias en aislamiento voluntario

En abril de 2013, se tuvo la noticia de un ataque perpetrado por varios Waorani al interior de la selva, cuyo resultado sería la muerte de miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y el traslado forzoso de dos niñas. Con esta noticia se dio inicio a la fase de investigación, por lo que desde la Fiscalía Provincial de Orellana, se dispuso la práctica de varias diligencias tendientes a esclarecer los hechos, entre ellos: la realización de sobrevuelos, recepción de versiones, elaboración de informes policiales, solicitudes a distintos medios de comunicación y actores privados que habían documentado la noticia; la búsqueda y designación de un perito en antropología con el fin de explicar desde la cultura los acontecimientos, por mencionar algunos; las mismas que se ejecutaron desde la provincia de Orellana hasta el mes de julio de 2013, pues la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado había dispuesto que el conocimiento, trámite y sustanciación del expediente sea llevado desde la ciudad de Quito. Es así que mediante acto administrativo se me asignó el expediente el día 29 de julio de 2013. Luego dar lectura al mismo, y de algunas reuniones de trabajo, mi escepticismo sobre el futuro de la investigación y de la judicialización del mismo, se hizo presente, –un ataque al interior de la selva cuyo resultado sería la muerte de varias

personas; no se contaba con ninguna evidencia material; tan solo versiones cuyos relatos, algunos me resultaban fantásticos e increíbles; lo único cierto para mí, hasta ese momento era la aparición de dos niñas cuyo origen no podía ser explicado sino desde la *lógica de un secuestro*. Dada mi formación universitaria en la que primó el positivismo, lo formal, y la solemnidad de las *formas procesales*, me preguntaba y al tiempo me afirmaba, ¡sin la existencia de cadáveres, sin prueba material, no hay delito! ¿Cómo investigaría estos hechos?— A pesar de este conflicto interno continué con la investigación.

Dado que las diligencias investigativas debían realizarse en la provincia de Orellana, era preciso que me trasladara para su práctica; por fortuna, en la institución laboraban varios miembros de la nacionalidad Waorani, quienes fueron un apoyo fundamental, pues me colaborarían con la traducción. Pero su apoyo resultó más importante de lo que pude haber imaginado, en este necesario relacionamiento, contaban acerca de su vida, en la selva, en la ciudad, sus creencias, en cómo ven ellos la vida. —A pesar de ello, aún había cosas, situaciones y circunstancias que me parecían incomprensibles—. Esta incomprensión me generó curiosidad; empecé por buscar información acerca de ellos, los Waorani; en distintas lecturas, en conversaciones con el perito antropólogo y en otros actores con el fin de *mirar las cosas desde otra perspectiva*. Hasta el momento, palabras como *pluralismo e interculturalidad*, me resultaban un *bonito enunciado teórico* cuya aplicación podría resultar utópica, — ¡qué equivocado estaba!—, me encontraba lejos de comprender la importancia del caso que así como del cambio en mi perspectiva del Derecho.

Adentrándonos en el caso, dado que los sospechosos pertenecen al pueblo Waorani, de reciente contacto, que procuran conservar sus costumbres ancestrales, y sus tradiciones, la investigación procuró, en la medida que fue posible, observar principios de justicia intercultural,³³ incorporando diligencias que constituyen *hitos* en la investigación y que dan cuenta, al menos, de la intención de encaminarla por un derrotero distinto, teniendo en cuenta para ello criterios diferenciadores conforme la *hermenéutica diatópica* (que será desarrollada más adelante). Entre ellas tenemos:

1. Participación de un traductor Waorani

A simple vista, su participación no representa mayor importancia que la de cumplir con formas procesales que aseguran el debido proceso y el derecho a la defensa;

³³ Asamblea Nacional, Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial* Art. 344.

a pesar de ello, en la intención de aplicar un *lente intercultural*, revistió de una importancia insospechada, que no se aprecia en ninguna de las actuaciones procesales; de hecho, podría decirse que las formas procesales, a pretexto de cumplir con las solemnidades establecidas en la ley para garantizar su validez limitan el ejercicio de la comprensión intercultural, pues en el fondo, su objetivo es, *cumplir con una forma procesal*, mas no comunicar la realidad del mensaje que está atrás de ella. Así, la actuación del traductor, en el ámbito de la justicia ordinaria está limitada a *traducir* lo que se dice; en cambio, en el ámbito de la interculturalidad, a más de traducir lo que se dice, lo que se busca es comunicar la idea del interlocutor, valiéndose para ello, de su propio conocimiento de la cultura originaria.

2. Participación de una Comisión Waorani

Conformada por miembros de la misma nacionalidad, provenientes de las provincias de Orellana y Pastaza, hombres y mujeres reconocidos como líderes en la nacionalidad. Su actuación, si bien no consta incorporada en el expediente fiscal, fue determinante. Su labor de coordinación para ingresar a los poblados, para la investigación de campo desde la Antropología, diligencias de reconocimiento del lugar, facilitar la comunicación entre los delegados de la Fiscalía General del Estado y demás miembros de la nacionalidad. Proporcionó también, en función de su interacción con el agente fiscal, una visión intercultural de su cosmovisión.

Esta Comisión, nació del deseo de algunos de sus miembros, que los hechos de marzo de 2013, no queden en la impunidad, en particular de aquellos que de alguna manera mantenían algún tipo de relación con la Fiscalía General del Estado o sus funcionarios, y veían en su actuación una posible forma de resolución del conflicto; y, por otra, nació de la preocupación de que un hecho similar se repita, pues su convivencia fue afectada y como consecuencia, se activó o continuó un ciclo de violencia, que legitima desde la perspectiva cultural, un ataque con el propósito de “tomar venganza [que] es la reacción tradicional para recuperar el equilibrio y la armonía social”.³⁴

Esta interacción permitió identificar a dos posiciones al interior de los poblados, un grupo que estaba a favor de un procesamiento penal, con cortes de interculturalidad

³⁴ Roberto Esteban Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane” (Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 2509-2603, 2013), 48.

en el que se respete la cultura Waorani, pero que dé, en todo caso una advertencia a los demás miembros de la nacionalidad con el fin que no se perpetre otro ataque hacia pueblos en aislamiento voluntario, es decir, que se logre una suerte de prevención general, derivada del proceso penal; y, por otro lado, un grupo de personas que pugnaban porque, se lo maneje y resuelva, única y exclusivamente como una práctica cultural ancestral, es decir, bajo el esquema de justicia indígena.

La interacción de esta Comisión, no se realizó únicamente con la Fiscalía General, como representante del Estado en cuanto a la investigación se refiere, sino que lo hizo también con los propios poblados, así como con los investigados y procesados. Ello implicaba una *socialización* de la investigación y del proceso penal, así como una explicación de las intenciones de la Fiscalía en torno al proceso, la determinación de la responsabilidad de los actores del ataque, así como el establecimiento de una sanción bajo estándares de la cultura. La labor *ad-honorem* de esta Comisión, no siempre fue bien vista por los propios Waorani, muchos consideraban que su actuación más bien se trataba de un engaño con el fin de sancionarlos con una pena privativa de la libertad. Aun cuando resulte paradójico, la existencia de posiciones contrarias, posibilitó un diálogo en el que por una parte se exponía la necesidad de que se respete las tradiciones ancestrales y por otro la necesidad de una sanción; este diálogo posibilitó, –a mi entender–, *conciliar* posiciones radicales en torno al proceso penal, así, se fundamentaría la flexibilización del proceso penal, al tiempo que se establecería una sanción concebida por los propios Waorani, de conformidad con su cosmovisión.

3. Disposición de práctica de pericias antropológicas

Con el afán de entender desde la justicia ordinaria los patrones culturales propios, establecer las causas que motivaron el ataque, la determinación de los partícipes, la forma en cómo se produjo, las consecuencias, así como las medidas que debería el Estado adoptar para reparar y garantizar la no repetición, estas pericias, permitieron incorporar, respuestas a estas preguntas, facilitando la comprensión para dirigir la investigación y la toma de decisiones judiciales.

Inicialmente, se investigó el cometimiento de un delito de genocidio, cuya tipificación establecía la obligación estatal de protección de los pueblos en aislamiento voluntario (PIAV), por su condición de vulnerabilidad. Era imprescindible el apoyo desde la Antropología (cultural, social y jurídica) que permita un entendimiento de la problemática en las dinámicas sociales de los Waorani y su relación el Estado. Estos

informes aportaron datos relacionados con la cultura, posibilitando valorar el curso del proceso en lo que al derecho adjetivo se trata, pues, se avizoraba varios caminos: a) *El de la justicia indígena*, ya que en apariencia el ataque obedecería a patrones exclusivamente culturales, en el que la justicia ordinaria no podría intervenir; b) *El de la justicia ordinaria*, que en aplicación estricta del principio de legalidad, desplegaría la violencia propia del Estado en el ejercicio de su poder punitivo, sin reconocimiento alguno de sus características culturales y ancestrales; y, una tercera; c) *La aplicación de un proceso penal de corte intercultural* que, sería consecuente con las obligaciones del Estado en cuanto al respeto y consideración de la cosmovisión Waorani y también contemplaría las características de un procedimiento ordinario (investigar, procesar, sancionar, reparar y establecer garantías de no repetición). Como lo más relevante de los peritajes antropológicos tenemos:

*Informe de: “Antropología Jurídica, investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”.*³⁵ Analiza brevemente la evolución del Estado hasta llegar al reconocimiento la plurinacionalidad e interculturalidad. Hace un recuento de las situaciones que resultaron conflictivas, refiriéndose a la campaña que se dio para lograr el contacto y la pacificación del grupo indígena, en la que intervinieron actores como: la petrolera Shell y misioneros evangélicos. Se detallan varios ataques sucedidos, insinuando que habrían sido ejecutados por familias en aislamiento y que a partir de este momento empezó una serie de ataques desde y hacia familias sin contacto, reconociendo la existencia de familias Waorani sin contacto y la presencia de la denominada Taromenane. Se explica que la forma de subsistencia de los Waorani ha sido la provisión de los recursos del bosque y que con la llegada de las petroleras, éstas se han convertido en sus proveedoras frente a la ausencia del Estado.

En relación a las muertes de Ompore y Baganey (05 de marzo de 2013), se generó un sentimiento de venganza por parte de sus familiares, desencadenando un ataque a finales del mismo mes. Se establecieron posibles razones por las cuales se produjo el ataque a los ancianos, entre ellas: a) el ruido provocado por las actividades extractivas; b) Ompore habría entregado elementos externos a una familia en aislamiento con la que tenía una relación de encuentros en la selva, por lo que otro

³⁵ Ibid., 12.

grupo familiar habría solicitado la misma entrega, sin que la haya podido cumplir; c) Actividades de cacería en una zona que los pueblos en aislamiento consideraban de uso tradicional; d) habría existido un sobrevuelo sobre una casa de familias en aislamiento, del que se habría bajado mediante cuerda alimentos y otros productos que al ser ingeridos, causaron la muerte de algunos de ellos; y, e) los conflictos existentes entre familias en aislamiento.

Se proporcionó así la visión que tienen las familias Waorani respecto de la muerte, considerando que ésta siempre es provocada, en tal virtud, se debe tomar venganza para recuperar el equilibrio y la armonía social.³⁶

Se describe adicionalmente una serie de acontecimientos cronológicamente detallados que se desarrollaron luego de la muerte de los ancianos. Así, dos de los hijos de Ompure, empezaban a exponer la necesidad de venganza y reclutar a personas que les ayuden a cumplirla, incursionando en la selva y llevando armas de fuego. Esta incursión inició el 24 de marzo saliendo desde el poblado de Yarentaro en canoa hasta una zona donde empezaron su búsqueda a pie; el primer día descansaron en un refugio y al siguiente día siguiente continuaron; estuvieron perdidos, encontraron rastros de un sendero y se dividieron en dos grupos, uno de ellos encontró una casa vacía en construcción, allí descansaron, mientras los demás tomaron varias lanzas que allí encontraron y avanzaron, luego el grupo regresó a fin de hacerles conocer el hallazgo y todos se dirigieron por el sendero donde se ubicó la casa, posteriormente encuentran una casa habitada, se separaron en dos grupos, uno rodeó la casa y el otro ingresó, iniciándose el ataque, las personas que quedaban alrededor debían emboscar a los que salieran. Es así que los hijos de Ompure capturaron dos niñas, después corrieron y se encontraron en un sitio previamente acordado, en donde permanecieron hasta la madrugada y retomaron el mismo camino hasta llegar a los poblados de Yarentaro y Dikaro; contaron allí, a detalle el ataque como parte de su tradición; y, se realizó un castigo a los niños varones que consistió en ayuno y latigazos en el cuerpo frente a las lanzas de los aislados que fueron traídas por los atacantes, además los atacantes siguiendo su tradición cultural hicieron una purga que consistía en no comer carne, no salir a cazar y en dormir sin techo, era una limpieza de energías, esta información fue recogida por el perito de entrevistas realizadas a los atacantes.

³⁶ Ibid., 48.

Se señala que, el número de hamacas y fogones que se encontraban en la casa atacada, y a las entrevistas realizadas, que existirían un número aproximado de 25 a 30 muertos en su mayoría niños y mujeres. En este contexto:

[...] las acciones realizadas por los familiares y allegados a los ancianos [...] guarda elementos culturales, que expresan una persistencia de códigos de la cultura tradicional waorani, como es la concepción de la muerte y ejercicio de la venganza, en la cual el ataque conlleva a la búsqueda del exterminio del otro grupo, que es la única manera de garantizar que no existan acciones en su contra a futuro.³⁷

El perito indica que dentro del marco tradicional de la guerra se busca el exterminio del grupo, matar hombres y mujeres por igual, el rapto de mujeres y niñas, y a los niños se los abandona.

Las acciones en sí, fueron un hecho violatorio al principio fundamental de los derechos y que se remite al derecho a la vida. La violación a este derecho [...] impide que las acciones realizadas por el grupo de familiares que realizaron un ataque contra familias de pueblos en asilamiento puedan ser remitidas a la jurisdicción tradicional o a la justicia consuetudinaria. [...] de la misma manera, la justicia no es una solución [...] y el principal aspecto es [...] la condición de pueblo de reciente contacto y el limitado nivel de comprensión de las estructuras legales del Estado expresa la necesidad de desarrollar un análisis jurídico particular del caso y motivar el desarrollo de un proceso alternativo, que parta del reconocimiento de las condiciones de pueblo de reciente contacto.³⁸

Se aportó así información relevante de los hechos, de las formas de vida tradicionales, determinándose la cosmovisión Waorani de la muerte y de los elementos que separan a los hechos de marzo del 2013 de una justicia tradicional indígena, de modo que constituye una herramienta que permitió un entendimiento distinto, pues se resalta que los conflictos culturales no son exclusivamente explicables mediante la óptica del derecho ordinario; además que permiten confrontar el derecho ordinario frente al derecho indígena y viceversa:

[...] explicar a la autoridad el significado que el hecho implica en la integralidad de la cultura que le es ajena [...] la interpretación de los elementos culturales implícitos en una acción permite también una reflexión sobre la aplicación del derecho consuetudinario de parte de los miembros de un pueblo, de manera que puedan revisar sus actuaciones en el marco del contexto propio y el estatal y comprender donde existen las rupturas con sus propios modos culturales; donde han cometido abusos como superlaciones de fuerza; desequilibrios de sus propias normas.³⁹

Informe de: "Interpretación de video del contenido del Disco Compacto, marca Sky, serie DVD+r 16x-365749".⁴⁰ Realizado sobre la base de una entrevista dada a un

³⁷ Ibid., 81.

³⁸ Ibid., 82.

³⁹ Ibid., 12.

⁴⁰ Roberto Esteban Narváez Collaguazo, "Informe de Antropología Jurídica: Experticia de interpretación del CD código Nro. 16x365749" (Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4655-4665, 2014).

medio de televisión por uno de los atacantes, quien afirmó haber participado y liderado el ataque con la finalidad de vengar la muerte de los ancianos, utilizando lanzas para cumplir con su objetivo, tratando de reafirmar así, la utilización de elementos tradicionales en el ataque; entre los rituales Waorani, las lanzas para el ataque eran elaboradas por ellos mismo. En este informe se analizaron las causas de muerte en el mundo Waorani, concluyendo que las principales son: a) la muerte de un pariente; y, b) la defensa del territorio. El entrevistado buscaba conseguir un reconocimiento social, por reafirmar los valores de su cultura, como una obligación social, por lo que considera que no se pueden aplicar sanciones por actuar en función de sus códigos culturales.

Según el informe, fue entrevistado el Presidente de la Nacionalidad Waorani del Ecuador (NAWE), quien aseguró fueron más de 30 los muertos y que los atacantes ingresaron con armas de fuego, el investigador determina que este hecho deslegitima el aspecto tradicional de la venganza como manifestación de la cultura, pues éste es un ritual que empieza desde la elaboración de las lanzas y la posterior organización e integración de las acciones.

*Informe: “Experticia Antropológica de elementos culturales para identificar formas de vida tradicionales y elementos externos que pudieran incidir en procesos de violencia en familias en aislamiento a partir del reconocimiento del lugar de los hechos”.*⁴¹ Menciona el perito que en este ataque se detectaron elementos de ventaja tecnológica (armas de fuego). En cuanto al reconocimiento del lugar de los hechos, detalla los pormenores de la diligencia, estableciendo que para la ubicación del lugar se utilizó información proporcionada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y por las Fuerzas Armadas. Describe del trayecto recorrido y manifiesta que se detectó presencia de pueblos en aislamiento, que como evidencias culturales se encontraron cabezas de huangana (llamado comúnmente pecarí barbiblanco) y una lanza utilizada para la cacería, además en una casa típica se encontraron tres fogones, naranjillas y cabezas de animales, corroborando que los pueblos en aislamiento basan su sustento en la cacería, recolección de frutos y agricultura.

—He de reconocer aquí, una suerte de sensaciones encontradas, como agente fiscal, no solo que dispuse la diligencia, sino que participé en ella, luego de que aterrizara el helicóptero que nos trasladaba a la zona y de efectuar una caminata, el

⁴¹ Roberto Esteban Narváez Collaguazo, “Experticia Antropológica de elementos culturales para identificar formas de vida tradicionales y elementos externos que pudieran incidir en procesos de violencia en familias en aislamiento a partir del reconocimiento del lugar de los hechos” (Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4666-4700, 2013).

hecho de encontrar allí una lanza de cacería, sin duda, ¡¡me estremeció!!, miedo y emoción eran las sensaciones; a cuatro meses de haberme asignado el expediente, mi visión formalista del Derecho había variado, ya no se trataba de *bonitos enunciados teóricos*, ¡¡ahora los vivía en carne propia!!—

Se detectó también actividad maderera en el sector, fundas plásticas, botellas de vidrio y, costales; ubicando una primera vivienda que reunía las características de las fotografías del ataque, en donde se determinaron las similitudes existentes. Se observó además troncos cortados con hachas y motosierras y en el interior del onko (casa tradicional), cinco fogones que dan cuenta de la convivencia de una familia ampliada, a pocos metros de la casa se encontró una pantaloneta y un cartucho percutado.

En el lugar donde se produjo el ataque, describe varios elementos externos encontrados y además restos de una prenda que podría haber sido utilizada por uno de los atacantes y cartuchos de perdigones. Se manifiesta que los atacantes buscaron generar daños a elementos importantes para que se reduzcan sus posibilidades de subsistencia como es el caso de ollas agujereadas.

Concluye el informe pericial, que la zona donde se realizó la diligencia de reconocimiento es una zona de uso y movilidad tradicional de pueblos en aislamiento, abundante en recursos naturales que atrae animales para la cacería.

La presencia de cartuchos percutados de perdigones en los alrededores del onko que fue atacado, corroboran las versiones de los atacantes, que señalan diferentes puntos desde los cuales se procedió al ataque. Así mismo, dan cuenta del uso de armas de fuego durante el ataque, mismas que pudieron haber generado muertes en varios individuos de pueblos en aislamiento.⁴²

Al realizarse el ataque a sobre una casa tradicional en construcción, implicaría que éste se produjo a varios grupos familiares de la zona, pues tradicionalmente se realiza la construcción con el apoyo de varias familias, el investigador asegura que, con el ataque de marzo de 2013, “se puso en situación de riesgo la subsistencia y supervivencia de pueblos en aislamiento de la zona”.⁴³

En general, los informes antropológicos, aportaron información relevante en torno al ataque de marzo de 2013, así como una visión cultural distinta para ser considerada en la investigación y en el proceso penal. —Sin duda la incorporación de componentes culturales en un proceso penal brinda la posibilidad de abordar la investigación desde otra perspectiva, que pone en la discusión judicial, a más de los

⁴² Ibid., 32.

⁴³ Ibid., 33.

elementos propios de los tipos penales que atentan contra el derecho a la vida, elementos culturales que permiten una contextualización de los hechos y las posibles razones de su actuar—.

4. Otras diligencias investigativas

Por mencionar algunas, considerados como los más relevantes, tenemos:

Versiones, tomadas a diferentes funcionarios públicos, y miembros de la nacionalidad waorani que, de alguna forma conocieron de los hechos de marzo de 2013, y de su resultado, esto es: a) la *muerte* de varios miembros de familias en aislamiento voluntario; y, b) del *traslado* de dos niñas desde el interior de la selva.

Informes “*Periciales de audio, video y Afines*”, uno tendiente a extraer la información proporcionada por el Ministerio de Justicia, el cual contiene fotografías aparentemente tomadas por los atacantes, del cual se desprende la organización con el fin de atacar; se aprecia que varios de ellos portaban armas de fuego; los lugares por los que transitaron; el resultado del mismo, la figura de cuerpos humanos luego del ataque; luego, instantes en los que las niñas eran sacadas hacia el poblado de Yarentaro. Otro en el que constan las transcripciones de la entrevista dada por uno de los atacantes a un medio televisivo de alcance nacional; y, otro, realizado sobre el documental “Yasuní, genocidio en la selva”, en la cual interviene otro de los atacantes.

Diligencia de “*reconocimiento del lugar de los hechos*”, realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2013. Aunque practicada ocho meses luego del ataque, su desarrollo significó la corroboración de varias de las afirmaciones vertidas por el perito antropólogo, que permitieron hacer una reconstrucción de la dinámica utilizada en el ataque, detallado en el informe.⁴⁴ Se verificó que se arribó a los mismos sitios que constan en las fotografías; sirvió también como base para la realización de otras pericias como las de *cotejamiento de imágenes*, efectuadas entre las fotografías en mención contrastadas con las tomadas por el equipo del Departamento de Criminalística de la Policía. En esta diligencia se recolectó indicios, como ollas, que se encontraban agujereadas, aparentemente por perdigones y por lanzas, lo que daba cuenta efectivamente del uso de armas de fuego, hecho que fue corroborado en el *informe pericial balístico* realizado; de esta forma se verificaba otra de las afirmaciones del perito, la intención de eliminar los medios de subsistencia de los miembros de las

⁴⁴ Ibid., 1–36.

familias atacadas.⁴⁵ Otro de los indicios, una fibra sintética la cual al ser cotejada con las imágenes tomadas por los atacantes presentaba similares características, por lo que se reafirmaba la certeza de estar en el mismo lugar.

Informes periciales de identidad humana, en los que utilizando las fotografías tomadas por los atacantes, contrastados con las existentes en la Dirección de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se estableció la identidad de los partícipes, así como la identificación de cuerpos de a mujeres y niños, victimados luego del ataque.

Informe pericial de reconocimiento de evidencias, practicado sobre los indicios recogidos en la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos.

5. Resoluciones judiciales

Son diversos los pronunciamientos jurisdiccionales vertidos en la causa, diversas igualmente las audiencias realizadas. Se trata de un proceso penal, cuya instrucción fiscal está contenida en cinco mil doscientos ochenta y nueve (05289) fojas, de allí que para efectos de este trabajo se haya seleccionado aquellas consideradas las más relevantes, sin que ello reste importancia a las que han sido excluidas.

5.1. Audiencia de formulación de cargos

Realizada el día 27 de noviembre de 2013, con la que inició el proceso penal, tipificando el delito como genocidio. Considerando que a la fecha no se contaba con algún precedente en torno al procesamiento de hechos similares, sin contar con los medios que puedan garantizar comparecencia de los procesados y el eventual cumplimiento de una pena, se solicitó al juez de garantías penales la medida cautelar de prisión preventiva de conformidad al Código de Procedimiento Penal. El proceso inició en contra de quince miembros de la nacionalidad (quienes al momento ya se encontraban identificados); el Juez resolvió disponer la medida cautelar solicitada.

Luego, uno de los procesados solicitó se revise la medida cautelar, señalándose audiencia para el día 29 de enero de 2014 y en razón de que el peticionario solicitó la participación de dos antropólogos con el fin de que realicen su argumentación, se solicitó también contar con el antropólogo que participó en la investigación. El Juez, considerando el principio de *igualdad entre las partes* aceptó la petición y señaló la audiencia para el 04 de febrero. El fundamento sobre el cual se desarrolló la audiencia fue que se habrían desvanecido los elementos que justificaron medida cautelar, y que no

⁴⁵ Ibid., 31.

se habría justificado la materialidad de la infracción. La decisión judicial fue la de negar la petición formulada.

Hasta este momento, el proceso había iniciado en contra de quince personas, de las que se conocía su identidad. Luego se obtuvo la identificación de una de las faltantes y a fin de vincularlo al proceso, se solicitó la audiencia respectiva, resolviendo el Juez aceptar la petición de la Fiscalía y disponiendo también la medida cautelar de prisión preventiva. Aún faltaba un sospechoso por ser vinculado, identificado el último de los 17, una nueva audiencia de vinculación, la decisión judicial fue la misma que la anterior, pero en esta ocasión, se realizó una petición adicional, que se resuelva una solicitud de consulta de norma para ser conocida por la Corte Constitucional, pues se avizoraba una posible afectación de derechos de los procesados.

5.2. Consulta de norma

Conforme al artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez planteará la consulta: “solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales”.⁴⁶ En su sentencia No. 001-13-SCN-CC,⁴⁷ la Corte Constitucional desarrolló los parámetros que debe contener una consulta de norma, debiendo indicar: a) la identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; b) la identificación de los principios o reglas constitucionales presuntamente infringidas; y, c) la explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda. De modo que su fundamentación se realizó sobre la base del artículo 428 de la Constitución de la República, referente a la existencia e identificación de normas contrarias a la Constitución, por lo que, considerando una posible afectación de los derechos de los procesados, se consideró, principalmente los siguientes elementos:

(Enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta) Los delitos de genocidio y etnocidio, previstos y sancionados en el artículo 1 de la Ley s/n del suplemento del Registro Oficial No. 578, de 27 de abril de 2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal, que establecía la sanción para este delito.

(Principios constitucionales o instrumentos internacionales de derechos humanos, que se presumen infringidos) De acuerdo con los artículos 11, numeral 3;

⁴⁶ Asamblea Nacional, Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional*, Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009 (Ciudad de Quito, Ecuador, 2009), Art.142.

⁴⁷ Corte Constitucional - Ecuador, Consulta de norma Sentencia No. 001-13-SCN-CC, No. 0535-12-CN (Corte Constitucional 6 de febrero de 2013).

424; y, 426 de la Constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto deben ser parámetro de control de normas inferiores, así entre las normas que se verían infringidas están las contenidas en el Convenio 169 de la OIT,⁴⁸ en particular, los artículos 8, 9 y 10.

(*Circunstancias, motivos y razones por los que se verían infringidos*) La sanción para el genocidio, estaba comprendida entre los 16 y 25 años de privación de libertad; su aplicación en un proceso ordinario no generaría mayor conflicto, pues se entendería que los procesados también están inmersos en una situación ordinaria, sin embargo, se encuentran en una situación excepcional, son: indígenas, pueblos de reciente contacto y no reconocen como válida, según su cosmovisión una pena privativa de libertad; su aplicación podría contravenir las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Lesionando el principio de *igualdad* material; ya que, al no efectuar una distinción como la pertenencia a una comunidad pueblo o nacionalidad y desconocer el contexto cultural, aunque se busque un trato igualitario, se generaría un resultado discriminatorio. Además, existe la obligación de reforzar la protección contra la discriminación conforme el artículo 57 numeral 2 de la Constitución; y, la aplicación irrestricta de la pena, contravendría el derecho a la *integridad personal*.

Estas dos dimensiones (igualdad e integridad personal) tienen un vínculo indiscutible con la pertenencia de los procesados a sus comunidades; de lo que se advertía que, para una persona perteneciente a una cultura mayoritaria, en que la privación de la libertad es una consecuencia lógica y aceptada de la comisión de un delito, para una persona que se ha criado en un contexto diferente, puede carecer de sentido, incluso constituir un trato cruel, inhumano y degradante, por lo tanto la aplicación de una pena restrictiva de la libertad, infringiría el derecho a la integridad conforme lo señalado en el artículo 66, numeral 3, literales “a” y “c” de la Constitución, esto es el reconocimiento y la garantía al derecho a la integridad personal. Resaltando que una pena privativa de libertad, implicaría la separación del grupo humano al que pertenecen. De modo que se afectaría sus posibilidades de rehabilitación y reinserción en una comunidad, que no reconoce como válida la pena impuesta, ni resarcir el daño, ni la alarma social ocasionada, por lo que se generaría una contradicción entre la decisión judicial y los presupuestos contenidos en los artículos 66, numeral 28 (derecho a la integridad personal y colectiva) y artículo 57, numeral 1 y 21 de la Constitución,

⁴⁸ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales*.

esto es: mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; y, en relación con la dignidad y diversidad cultural. En igual forma, el numeral 6 del artículo 76 de misma Constitución, que prevé la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. Así, en caso de determinarse la responsabilidad de los procesados se vería violentado también el principio de *proporcionalidad*, pues, una pena privativa la libertad, no incluiría el análisis o al menos no se establecería la pertinencia de la aplicación de los principios de justicia intercultural, siendo estos de carácter obligatorio.

Entre los derechos de protección reconocidos por la Constitución de la República, en lo relacionado con las garantías del debido proceso penal, se incluyen elementos del derecho a la defensa, como el señalado en el artículo 77, numeral 7, literal “a”. Es así que, es derecho de los procesados saber por qué delito se les investiga y acusa, así como la sanción que se prevé, con el objeto de preparar su defensa. Por tanto, era necesario dilucidar respecto de la constitucionalidad de la norma con anterioridad a la formulación de la acusación por parte de la Fiscalía.

De acuerdo al artículo 224 del Código de procedimiento Penal (vigente a la fecha), es un elemento imprescindible de la acusación, la enunciación de la disposición constitucional que establece la sanción para el acto que se imputa. Si existen dudas que exceden las posibilidades del juzgador de conciliar la disposición concreta con los principios y reglas constitucionales, no se podría esperar que se acuse y solicite una pena privativa de libertad en base a una prescripción que podría ser inconstitucional; y, peor aún, que se obligue a los procesados a ejercer su derecho a la defensa para oponerse a la aplicación de la misma.

La consulta de norma fue planteada considerando el presupuesto de que los procesados sean considerados culpables, en cuyo caso correspondería, según el Código Penal, una sanción de entre 16 y 25 años de privación de libertad; hecho que contravendría el Convenio 169 de la OIT, pues no se observaría sus costumbres y/o su derecho consuetudinario.

El juez de la causa, resolvió acoger la petición presentada, dispuso suspender el proceso y remitir en consulta a la Corte Constitucional el expediente a fin de que se analice si las normas jurídicas expuestas eran o no contrarias a la Constitución de la República o a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

5.3. El pronunciamiento de la Corte Constitucional

Más allá de lo cautivador que puede resultar un proceso constitucional, en el que existen *audiencias intermedias* que sirven para dar contexto y explicar los fundamentos de la petición, y que en este caso participarían antropólogos dando una explicación distinta al proceso desde *otra lógica*, el hecho más relevante del trámite fue el pronunciamiento de la Corte, que lo realizó en su Sentencia No. 004-14-SCN-CC.⁴⁹ Si bien la Corte recoge en sus antecedentes la consulta en los términos planteados por la Fiscalía, su decisión en nada se refiere a ella, no ha considerado pertinente pronunciarse al respecto por cuanto una eventual determinación de responsabilidad penal, la imposición y el cumplimiento de una pena hasta ese momento no se verificaba; por el contrario, en función de los problemas jurídicos que se planteó, observó duramente la calificación del tipo penal de genocidio, así como la disposición de la prisión preventiva. Sin embargo, sienta un precedente en el análisis y aplicación de principios de justicia intercultural en el marco de un proceso penal. Tres fueron los problemas jurídicos que se planteó la Corte en relación a la consulta de norma:

1. “¿vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?”⁵⁰ En el que realiza una interpretación sistemática de las normas constitucionales en relación a los pueblos y nacionalidades indígenas, indicando que estos “se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos”;⁵¹ que esta continuidad, “se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos”.⁵² Se ratifica el reconocimiento hacia los pueblos indígenas, de todos los derechos reconocidos también a los demás ciudadanos y la prohibición de toda forma de discriminación, y en concreto, reconoce dentro de la diversidad cultural, derechos específicos relativos a pueblos y nacionalidades indígenas. Contrasta la norma cuya constitucionalidad se consulta con relación al principio de diversidad étnica y cultural

⁴⁹ Corte Constitucional - Ecuador, Consulta de norma Sentencia No. 004-14-SCN-CC, No. 0072-14-CN (Corte Constitucional 6 de agosto de 2014).

⁵⁰ *Ibid.*, 13.

⁵¹ *Ibid.*, 13–14.

⁵² *Ibid.*, 14.

de los pueblos de reciente contacto. Advierte el derecho colectivo a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”, conforme el artículo 57 numeral 1 de la Constitución; por otro lado, da cuenta de la obligación estatal de protección de los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario y de la prohibición de la ejecución actividades extractivas o de explotación en ella; y, del respeto a su autodeterminación y su voluntad de permanecer en aislamiento.

Al analizar el tipo penal de genocidio, señala que este “forma parte del derecho internacional consuetudinario (costumbre internacional) y del *ius cogens* internacional, por lo tanto, requiere de una interpretación convencional que proscriba la desnaturalización de este tipo penal”.⁵³ Para ello, cita a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio e indica que necesariamente debe presentarse el elemento de la *mens rea* (propósito genocida, propósito específico, propósito especial o *dolus specialis*), así como del *actus reus* (culpabilidad tanto de la intención como del acto de ejecución del delito). Señala:

[...] no basta con la intención y el conocimiento de los elementos materiales del crimen; el elemento mental del crimen exige igualmente que sus perpetradores hayan actuado con la específica intención de destruir un grupo protegido como tal,⁵⁴ por lo que el genocidio es distinto de otros crímenes, en tanto incorpora un propósito especial o *dolus specialis*, que consiste en la intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el perpetrador busque con claridad producir el acto del que se le acusa.⁵⁵

Conforme lo determinan las normas convencionales pertinentes, no puede considerarse a un acusado culpable de genocidio si individualmente no comparte la intención de destruir en todo o en parte a un grupo, incluso si sabe que está contribuyendo o cree que sus actos puedan estar construyendo a la destrucción total o parcial de un grupo.⁵⁶ Este propósito especial se infiere de los siguientes actos o indicios:⁵⁷ a) El contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, ya sea que fueran cometidos por el mismo acusado u otros. b) La escala de las atrocidades cometidas. c) Su naturaleza general. d) Su ejecución en una región o país. e) El hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente elegidas por su pertenencia a un determinado grupo. f) La exclusión, en tal sentido, de los miembros de otros grupos. g) La doctrina política que dio lugar a los actos. h) La repetición de actos que violan los cimientos mismos del grupo o que son considerados como tales por quienes los perpetraron.⁵⁸

⁵³ Ibid., 16.

⁵⁴ Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 175 citado por: Ibid., 17.

⁵⁵ Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, p. 498. citado por: Ibid.

⁵⁶ Prosecutor v. Jeslicic, Case No. IT.95-10, p. 86. citado por: Ibid.

⁵⁷ Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 176 citado por: Ibid.

⁵⁸ Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, p. 498. citado por: Ibid.

Observa también la obligación del juez de actuar como un “guardián de los derechos y garantías constitucionales”,⁵⁹ por lo que sus decisiones deben estar enmarcadas dentro de una perspectiva intercultural, no solo interpretar la norma, en base al contenido de la misma, sino, considerar también, “cómo su aplicación al caso concreto generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral”.⁶⁰

Sin duda, uno de los aportes en este problema es la determinación de los contenidos de un análisis intercultural, para ello cita la sentencia No. 008-09-SAN-CC, en la que fijó los principios para solventar los problemas relacionados con pueblos ancestrales, entre ellos: a) El de la *Continuidad Histórica*: en la que, a pesar de la colonización vivida, estos pueblos conservan criterios diferenciadores respecto del resto de la población: costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, su propio territorio; b) El de la *Diversidad Cultural*: que no solo considera la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino también la identidad de los pueblos indígenas como criterio distintivo a pesar de no ser mayoritaria; c) El de la *Interculturalidad*: consistente en una interacción entre los pueblos indígenas, el Estado y la población mayoritaria, considerando a su vez los criterios distintivos y diferenciadores de cada uno; d) El de la *Interpretación Intercultural*: es decir, la exigencia de poner en marcha una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural. En general, en relación al tipo penal de genocidio, la Corte señaló:

[...] sin un análisis previo sobre criterios de interculturalidad que en el caso exige, podría generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, y por tanto a los derechos colectivos reconocidos por la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas, en la medida en que la aplicación de la norma genera una afectación a su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios.⁶¹

De modo que, la fundamentación que realice la Fiscalía en el caso, así como el análisis en la resolución judicial no podría ser aplicado fuera del contexto del principio de diversidad cultural. Se avizoraba por parte de la Corte que la norma consultada es una norma válida y está vigente, pero que, al tratarse de pueblos indígenas no contactados (las víctimas) y de reciente contacto (los procesados), con el fin de no provocar una afectación a sus derechos colectivos, debe ser interpretada y aplicada

⁵⁹ Ibid., 18.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., 21.

desde una perspectiva intercultural y contar con una adecuada valoración de los elementos constitutivos del tipo penal.

Las observaciones de la Corte se construyeron a partir de los contenidos de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, y del apoyo de concepciones jurisprudenciales en ella citadas.

Los hechos por los que se formuló cargos (genocidio), se encontraban tipificados y sancionados en el Código Penal, cuyo contenido era concordante con la Convención en mención ya que de acuerdo a los informes antropológicos incorporados al proceso, se verificaba: a) Que la intención del ataque era el de destruir total o parcialmente a un grupo, étnico, pueblos en aislamiento voluntario; b) Que se ocasionó la muerte de varios de sus miembros; c) Que se ocasionó una lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; d) El traslado forzoso de dos niñas desde el interior de la selva hacia poblados waorani; y, e) Que se irrespetó la autodeterminación de los pueblos en aislamiento voluntario. –En consecuencia, el tipo penal era aplicable–. Sin embargo, la Corte señaló que “específicamente también se ha determinado que el motivo (la venganza, la rivalidad, etc.), no son elementos del genocidio”,⁶² afirmación no contenida en la Convención. Al respecto, el contexto en el que la Corte argumenta su sentencia, lo hace sobre la base de pronunciamientos en procesos penales instaurados por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (ICTR), referentes a acusaciones de genocidio y exterminio, (casos Aloys Simba, Gacumbitsi Sylvestre, y Rutaganda), que si bien es cierto, se trataron de conflictos étnicos, entre los Hutus y los Tutsis, –*ninguno de ellos se refería a pueblos en aislamiento voluntario, de contacto inicial o de reciente contacto*–; en consecuencia, aun cuando la intención probable era la de incorporar estándares internacionales al caso, este resulta incompleto, pues no aporta novedades en cuanto a la incorporación de la visión de derechos de estos pueblos. La importancia de esta Convención, radica en el hecho de que su aprobación:

[...] supuso un avance decisivo para el desarrollo de los derechos humanos internacionales y del derecho penal internacional tal y como lo conocemos hoy en día. Fue el primer tratado de derechos humanos que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas y representó el compromiso de la comunidad internacional para

⁶² Ibid., 18.

garantizar que las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial no se volvieran a repetir nunca más.⁶³

Conviene entonces observar que el ejercicio progresivo de los derechos, conforme el artículo 11 de la Constitución de la República, no solo debe incorporar pronunciamientos en apariencia relacionados, sino que deben ser desarrollados y aplicados en el marco del caso en concreto, en este sentido:

Los conceptos son traídos del mundo del derecho internacional de los derechos humanos. Pero claro precisamente el aterrizaje de este tipo de conceptos, de prácticas, de jurisprudencia, en una sociedad chiquita como es Ecuador, va a causar problemas. Pensar solo en teoría, no practicar el derecho, es quedarse en la estratósfera.⁶⁴

Es decir, el contexto en el que se aprobó la Convención, citada en la sentencia derivó de situaciones de conflictos étnicos, religiosos o raciales, sin consideración alguna de pueblos en aislamiento voluntario, de contacto inicial o de reciente contacto, por lo que se ratifica su carácter de incompleto.

2. *Su aplicación: “¿vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes?”*⁶⁵ Refiere la aplicación del *bloque de constitucionalidad*, señalando que “se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana”.⁶⁶ Es decir, que la aplicación de una eventual pena por el delito de genocidio, podría chocar con las normas establecidas en el Convenio. Se prevé que en el proceso penal, la determinación de la continuidad histórica, debe estar seguida de la obligación de aplicar la normativa, considerando los usos y costumbres de los miembros de los pueblos cuya presunta responsabilidad debe justificarse procesalmente; generando así un ejercicio hermenéutico a través de la interpretación de sus propias instituciones, propiciando un diálogo en que se manifiesten las diferencias que puedan existir entre las normas mayoritarias y las de los pueblos indígenas, esto con el propósito de lograr mecanismos de coordinación y cooperación, que permitan solucionar un conflicto sin que se afecte sus derechos colectivos. Para ello se deberá

⁶³ “La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, 1948-2018”, 1, accedido 16 de junio de 2020, <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Appeal-Ratification-Genocide-FactSheet-SP.PDF>.

⁶⁴ Ramiro Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino: Los debates y los argumentos”, en *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Ecuador: Huaponi Ediciones / Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 41.

⁶⁵ Corte Constitucional - Ecuador, Consulta de norma Sentencia No. 004-14-SCN-CC en 24.

⁶⁶ *Ibid.*, 25.

contar con peritajes (sociológicos y antropológicos), que permitan identificar las prácticas de estos pueblos y así identificar la naturaleza y sentido de las acciones investigadas.⁶⁷

En relación a la prisión preventiva, la Corte refirió que ésta se habría dispuesto sin observar de los principios interculturales, lo que supondría igualmente una vulneración al Convenio 169 de la OIT, en particular el artículo 10.1 y 10.2; este tipo de medidas cautelares de carácter personal, cuando aún no se ha establecido su responsabilidad penal, vulneraría sus derechos colectivos, generando un desarraigo de su entorno cultural, por lo que la Corte conminó “a realizar una interpretación acorde con los principios descritos en esta norma del Convenio 169 de la OIT”.⁶⁸

3. *Su aplicación: “¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto?”*⁶⁹ Es claro que una pena privativa de libertad a miembros de un pueblo de reciente contacto, contraviene el bloque de constitucionalidad, pues una sanción así no observaría su cultura y tradiciones. Si consideramos el principio de igualdad ante la ley conforme el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República; y, a su vez la distinción entre igualdad formal y material, contenido en el numeral 4 artículo 66 de la misma, encontramos que la aplicación de una pena distinta a la dispuesta por la ley (principio de legalidad), podría acarrear cuestionamientos respecto de la actuación fiscal y jurisdiccional, por contravenir el bloque de constitucionalidad. Para resolver este problema la Corte ha señalado que la “aplicación de la ley debe direccionarse hacia los agentes que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria”,⁷⁰ es decir, que la aplicación de una pena conforme el principio de legalidad, no supone inconveniente si se la hace sobre quienes se han desarrollado bajo un esquema y visión de población mayoritaria. Al respecto, la Constitución de la República (Art. 1), señala que el Ecuador es un Estado unitario, intercultural y plurinacional, ello significa el reconocimiento de la existencia de otras culturas y nacionalidades dentro de su territorio. En consecuencia, la igualdad material en cuanto a la aplicación de la ley exige el respeto de las diferencias culturales, ya que su cosmovisión tiende a ser diferente, así:

[...] igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente ante otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en

⁶⁷ Ibid., 26.

⁶⁸ Ibid., 28.

⁶⁹ Ibid., 29.

⁷⁰ Ibid.

disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados.⁷¹

Quizá este sea el mayor y mejor aporte de la Corte, quien, citando la sentencia No. 008-09-SAN-CC y a su vez recogiendo la visión de Carlos Bernal Pulido ha referido que el principio de igualdad “representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”.⁷² Para ello, estableció parámetros sobre los cuales ha de verificarse su cumplimiento efectivo, señalando cuatro mandatos:

1.- Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas. 2.- Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común. 3.- Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), en este caso, las diferencias culturales y la cosmovisión del pueblo waorani son disímiles con la costumbre de la población mayoritaria. 4.- Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).⁷³

En relación al proceso penal, de los aportes realizados desde la antropología, contenida en sus diversos informes en el proceso, resulta evidente que la sociedad mayoritaria y el pueblo Waorani no se encuentran en circunstancias idénticas, descartando así los mandatos 1 y 3. La Corte ha señalado que el caso de los Waorani, podrían encasillarse en los mandatos 2 y/o 4 de este *test de igualdad*, y que ello dependería de la práctica de peritajes antropológicos y sociológicos.

Finalmente, la Corte Constitucional resolvió:⁷⁴ 1) Aceptar la consulta de norma, no en los términos planteados por la Fiscalía General del Estado, pero resolviendo los problemas jurídicos que consideró pertinente abordar; 2) Que el delito de genocidio, en ese caso requiere una interpretación intercultural con el fin de evitar vulneraciones; 3) Que el tipo penal de genocidio solo podría ser aplicado, si se verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad; 4) Que para realizar una interpretación intercultural el Juez debía disponer la práctica de, entre otros, peritajes sociológicos y antropológicos, con el fin de subsanar las

⁷¹ Ibid., 30.

⁷² Ibid., 31.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., 32.

observaciones señaladas en la sentencia; y, que el Juez debe observar en sus pronunciamientos, los principios constitucionales analizados en la sentencia.

Se estableció así un nuevo parámetro al proceso penal, las circunstancias que motivaron la formulación de cargos (por genocidio) y la adopción de la medida cautelar (prisión preventiva) se vieron modificadas, por lo que, el Juez de la causa dispuso la práctica de pericias antropológicas y sociológicas (las primeras ya habían sido incorporadas por la fiscalía). En consecuencia, los operadores de justicia, dispusieron y solicitaron nuevas audiencias con el fin de que el tipo penal como la medida cautelar sean revisadas. Así se dio paso a la audiencia de revisión de medida (en que se sustituyó por medidas alternativas) y a la de reformulación de cargos (en la que se cambió el tipo penal por el de homicidio).

En torno a la aplicación de principios de interculturalidad, la Corte Constitucional ha señalado que su materialización, dependerá básicamente de la incorporación en el proceso penal de pericias sociológicas y antropológicas, que describan los componentes de esta *otra realidad*, es decir se trataría únicamente de una verificación de orden formal en lo procesal, en la que, al menos en apariencia no se tomaría en cuenta el *componente subjetivo*, el de la comprensión intercultural de los operadores de justicia al momento de su aplicación, sea al momento de la valoración de los indicios, evidencias y pruebas interculturales en los que sustentan sus actuaciones y sus decisiones, pues la sentencia nada menciona al respecto.

En este sentido, una interpretación intercultural, no está limitada única y exclusivamente a la incorporación de pericias cuyo fin es facilitar la comprensión de una cultura diversa, distinta a la que en la *normalidad* los operadores se desenvuelven, sino que efectivamente trascienda los requisitos legales contenidos en los diversos instrumentos aplicables. En consecuencia, no en todos los casos sería necesario contar con estas pericias dentro del proceso para afirmar la existencia de aplicación de principios de interculturalidad. Una comprensión, interpretación y aplicación intercultural, deberá también estar fundamentada al menos en la intención o preferiblemente en el convencimiento del operador de justicia de actuar con tal fin, solo así se podría afirmar que un acto de investigación o una decisión judicial supera las formas y solemnidades procesales, de tal forma que en realidad se torne realmente justa a pesar de las diferencias culturales.

5.4. Audiencia preparatoria de juicio y de formulación de dictamen

Realizada el día 20 de noviembre de 2014. Estimando que los resultados de la investigación proporcionaban datos relevantes sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, luego de relatar los hechos investigados, se hizo conocer una vez más al juez que a los actos investigativos propios de un proceso ordinario, se habían incorporado otros componentes de interculturalidad, señalando que se contaba con: peritajes antropológicos; la participación de traductores wao-tededo – español; y, la coordinación y participación de la Nacionalidad Waorani.

En relación a la información proporcionada por los informes de Antropología y desde las experticias practicadas desde la Criminalística, ya me he referido, de modo que considero, a fin de no ser repetitivo, mencionar brevemente aquellas que no han sido descritas, en particular a las versiones rendidas por los propios Waorani, de modo – como se podrá apreciar–, estas proporcionan elementos de su cosmovisión que dan cuenta de cómo se organizó el ataque, el uso de armas de fuego, la muerte de miembros de familias en aislamiento voluntario, el traslado forzoso de dos niñas y el retorno a sus poblados, así por ejemplo:

[...] se enteró de la muerte de Ompure y Buganey, [...] decidieron vengarse de los Tagaeri-Taromenane... llevó 13 lanzas y fue observado por [...] y [...], relacionadores comunitarios... con anterioridad al ingreso a la selva sus compañeros habían estado buscando huellas y tenía localizado donde estaban, ingresaron a la selva demoraron tres días en encontrar el rastro, Ompure tenía unas lanzas y esas fueron las que llevaron, [...] y, [...] llevaron escopetas que tomaron de la casa de Ompore, encontraron donde estaban los Taromenane se dividieron y él, [...] solo usaron lanzas para matarlos.... Cuando llegaron donde los Taromenane llovía fuerte por eso todos estaban dentro de la casa... solo atacaron una casa [...]⁷⁵

[...] no sabíamos por dónde vinieron, tuvimos que buscar, fuimos salieron el hijo de Ompure, [...], de los que me acuerdo [...] yo atacé con lanza, la boté en el cuerpo de una mujer, como tenían pelo largo pensé que era una mujer, pero ha sido un hombre, yo atacé así, cinco veces dentro de la casa, atacé hombres mujeres y niños [...]⁷⁶

[...] fuimos caminando siete días en la selva y encontramos el camino de los Taromenanes, encontramos una casa vacía, [...] y [...] pincharon unas tres personas y el hijo de Ompure, [...] a una persona cuando estaba en el piso le pinchó [...] un niño murió pegado a su mamá con una lanza. ...Yo vi 05 personas lanceadas, dos hombres viejos, un joven, una señora y el niño”⁷⁷

[...] después de tres días nos organizamos para ir, en el camino buscamos huellas pero no había, [...] y como a las nueve encontramos camino de Taromenane, a las cuatro encontramos otro camino más y seguimos el camino que tenía huellas,

⁷⁵ Expediente Fiscal No. 220201813040001, “Versión de uno de los procesados en la causa penal No. 22251-2013-0223”, s. f., 1162–64.

⁷⁶ Ibid., 2234–35.

⁷⁷ Ibid., 2614.

llegamos a las tres de la tarde a una casa, pasamos por esa casa y seguimos caminando y en medio camino los Taromenane habían estado como guardias pero no les vimos, cuando llegamos a la casa donde estaban los Taromenane, el anciano [...] atacó a los Taromenane y cuando el muerto se cayó [...] me obligó a lancear al muerto, me dijo que tengo que aprender cómo se lancea... Yo vi 4 muertos fuera de la casa, un mayor y un niño, una señora. [...]⁷⁸

[...] escuchamos voces de los pias y seguimos caminando hasta que llegamos a la casa, en esta casa habían personas con lanzas como guardias, había mucha gente, estaban amontonados, no se podía contar, la casa estaba llena, era grande, la casa estaba en construcción, cuando llegamos los hijos de Ompure, [...] y [...] estaban nerviosos, porque los Pias cantaban cantos de guerra y tenían lanzas un Pia no vio y bajó con la lanza y [...] le lanceó, aunque estaba atravesado por una lanza seguía moviéndose... En mi grupo [...] y yo matamos a los que no pudieron escapar y que eran mayores, en los otros grupos estaban [...] y [...], estaban alrededor de la casa. Yo participé lanceando a siete personas.⁷⁹

Estos elementos de convicción, no fueron los únicos, pero considero que son los necesarios a efectos del presente trabajo, con el fin de dar cuenta que efectivamente, este proceso exigía de una comprensión distinta de un procedimiento ordinario; sin embargo el Juez, en auto interlocutorio decidió, sobreseer a los procesados y revocar las medidas cautelares, indicando que a su criterio, sin la existencia de cadáveres como prueba material, no sería posible continuar con el proceso penal, posteriormente la decisión de 09 de diciembre de 2014, que se notificó a las partes por escrito.⁸⁰

Por no estar de acuerdo con la decisión judicial se interpuso los recursos de nulidad y de apelación al auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los procesados, argumentando que la misma carecía de motivación, pues el análisis del juez no consideraba en su integralidad los elementos de convicción presentados. Se acusó una falta de congruencia entre los elementos presentados en audiencia, con los razonamientos lógicos y jurídicos del juez, pues no se establecía la relación precisa y circunstanciada del hecho punible. En lo principal, el auto impugnado, si bien mencionaba normas jurídicas, consideradas suficientes para fundamentar una resolución, no explicaba la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho recogidos en la instrucción fiscal. En cuanto al recurso de apelación, este se fundamentaba en el hecho que, a consideración de la Fiscalía, eran suficientes, no solo para presumir la existencia del delito sino también la responsabilidad de los procesados.

⁷⁸ Ibid., 2617.

⁷⁹ Ibid., 2408–9.

⁸⁰ Juzgado Segundo de Garantías Penales de Orellana, Proceso penal, No. 22251-2013-0223 (s. f.). *SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL* 09/12/2013 – 11:57:00.- Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

En relación a la decisión, al referirse a presupuestos de culpabilidad advirtió, que éste debe resolverse en audiencia de juicio por lo que el juez de garantías penales debía centrarse en analizar si la conducta desplegada por los acusados era penalmente relevante; si se encuentra descrita como tipo penal; y, finalmente, la antijuridicidad, entendido este como el conocimiento de los perpetradores de la ilicitud de su conducta, señalando que la resolución partió de un presupuesto (errado) de culpabilidad, y tampoco analizó las demás categorías dogmáticas del delito.

5.5. Pronunciamiento de la Corte Provincial

Realizada la audiencia en la que se trató los recursos interpuestos, la Corte Provincial, el 16 de julio de 2015 notificó su decisión;⁸¹ desechara el recurso de nulidad, y acogía el de apelación. Es notable la variación del pronunciamiento, pues, más allá de los parámetros de un proceso ordinario apegado al principio de legalidad, tanto en la forma como en el fondo de su motivación, recogió un análisis profundo en torno a los elementos de convicción presentados; se evidencia una *distinta valoración* tanto de la norma como del procedimiento y la armoniza con el bloque de constitucionalidad; encontramos también el ejercicio de un razonamiento lógico que hace entendible su decisión desde la visión de la justicia ordinaria como de una comprensión cultural distinta. Significó también un avance en cuanto al reconocimiento del derecho de las víctimas directas (las dos niñas), –el proceso penal dejó de invisibilizarlas–. Se vislumbra un cambio radical en los pronunciamientos jurisdiccionales, en los que su motivación no se encasilla en el mero cumplimiento de las formas procesales, sino que se procuraba una comprensión intercultural.

5.6. Sentencia del Tribunal de Garantías Penales

Revocado el Auto de sobreseimiento, el proceso fue remitido para conocimiento del Tribunal de Garantías Penales con el fin de que continúe la etapa de juicio. El señalamiento de la fecha de la audiencia se dio en varias oportunidades, por cuanto una serie de circunstancias imputables a los operadores de justicia y a la no comparecencia de los procesados impidió que la misma se desarrolle.

Como parte de este intento de interpretación intercultural, la Fiscalía General del Estado solicitó al tribunal que la audiencia se realice en territorio Waorani, argumentando la existencia un temor infundado de una posible detención de los

⁸¹ Corte Provincial de Orellana, Proceso penal, No. 22251-2013-0223 (s. f.). *RESOLUCIÓN 16/07/2015 – 12:28:00.-* Audiencia de nulidad y apelación al auto de sobreseimiento.

acusados. Ante esta solicitud, el tribunal convocó a un “conversatorio”, en el que se haría conocer el posible lugar donde se realizaría la audiencia, debiendo analizar si aquel, cumplía las condiciones de “neutralidad, accesibilidad, infraestructura, seguridad y la logística necesaria”,⁸² señalando para el día 10 de agosto de 2017 una diligencia de observación e inspección del lugar, el tribunal negó esta petición al considerar que no se cumplían con los presupuestos establecidos.

Se realizó una nueva convocatoria para el 15 de mayo de 2018. En esta ocasión, de los 17 procesados, comparecieron 7, por lo que el hecho de que se continúe el juicio solo con los presentes, podría generar una desventaja respecto de quienes no concurrieron y ello desdibujaría la aplicación de principios de interculturalidad en los términos de igualdad material señalada por la Corte Constitucional, por lo que solicitó se difiera la misma con el fin de contar con la totalidad de los acusados. Petición que fue compartida por la defensa y fue acogida por el tribunal, conminando para el siguiente señalamiento la concurrencia de todos.

Una nueva convocatoria se dispuso para el día 04 de diciembre de 2018, en esta ocasión la audiencia se desarrolló con la presencia de once de los diecisiete procesados que comparecieron, durante los días 4, 5, 6, 7, 11, 28, en los que las partes procesales presentaron su teoría del caso, su prueba y sus alegatos de cierre. Se señaló para el día 31 de enero de 2019, la reinstalación de la audiencia de juicio, con el propósito de que el tribunal haga conocer su decisión.

Dado que, en su mayoría, los elementos con los que la Fiscalía pretendía probar su teoría del caso, están descritos a lo largo de este trabajo, en esta parte únicamente recogeré la oferta probatoria presentada por el agente fiscal ya que le correspondía probar sus afirmaciones (carga de la prueba), la que consistió en la demostración de: a) La existencia de la organización por parte de los acusados con el fin de buscar el rastro de las familias en aislamiento voluntario y perpetrar un ataque; b) La existencia del lugar donde se produjo el ataque; c) El uso de armas de fuego como el de lanzas tradicionales; y, d) El resultado del ataque, la muerte de miembros de familias en aislamiento voluntario; y, e) El traslado forzoso de dos niñas desde el interior de la selva.

Tratándose de prueba indiciaria, al no contar con la materialidad (cadáveres), fue preciso tener en cuenta la existencia de hechos conocidos, (descritos a lo largo de este

⁸² Tribunal de Garantías Penales de Orellana, Proceso penal, No. 22251-2013-0223 (s. f.). Providencia General: 09/06/2017 - 16:19:00

trabajo) y que en fueron presentados como prueba (hecho básico o indicio), que permitieron concluir el hecho desconocido o no probado, las muertes de miembros de familias en aislamiento voluntario, (hecho consecuencia); la doctrina señala que para que la convicción judicial pueda formarse en virtud de la *prueba indiciaria*, debían concurrir los siguientes requisitos:

1) Los indicios no deben aparecer aisladamente, sino que deben ser múltiples y aparecer relacionados. 2) El hecho indicio debe quedar totalmente demostrado. 3) Entre el hecho indicio y el hecho consecuencia debe existir un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. 4) Todos los aspectos que se acaban de relacionar, deben quedar suficientemente explicitados en la motivación de la resolución, a través de un proceso lógico, razonado y acorde a las reglas del criterio humano.⁸³

—A mi parecer, como agente fiscal—, se justificó las consecuencias del hecho, existiendo elementos suficientes, aún con la ausencia de cadáveres. Si bien, la comisión de delitos que atenten contra la vida de las personas, se vería justificada únicamente por la existencia de los cadáveres (materialidad), no podría afirmarse que por la ausencia de éstos no ha existido el delito—, de modo que la infracción y la responsabilidad estaba probada, por lo que para formar un criterio en el Tribunal, se solicitó que se escuche a los ancianos Waorani (pikenanis) a fin de que sean considerados en la aplicación de una sanción que sea concordante con sus costumbres y tradiciones.

Llegar a este momento, de *escuchar a los ancianos* requirió —en mi forma de ver y entender el proceso—, de una suerte de peldaños, que debían necesariamente ser expuestos y justificados para ser considerados por el tribunal como un elemento válido dentro de su decisión; que inició con las explicaciones dadas por los testimonios de los antropólogos convocados por la Fiscalía, quienes se refirieron tanto a los pueblos en aislamiento voluntario y a los pueblos en reciente contacto, a su forma de vida, manera de relacionamiento con la sociedad mayoritaria y por su puesto las explicaciones culturales que justificarían la necesidad de que los ancianos sean considerados en el marco del proceso penal; de modo que en la práctica, este sencillo acto de considerar a actores distintos a los del proceso penal tradicional, fue mucho más allá del mero pronunciamiento judicial —quizá sea este el mayor componente de interculturalidad en el proceso, al menos desde mi perspectiva—, pues su cumplimiento dependía de la coordinación que se pudiera lograr para cumplir con este fin; ello comprendía establecer una necesaria comunicación con miembros Waorani, que incluiría, entre otras actividades, concurrir directamente a distintos poblados, conversar con los miembros de

⁸³ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal* (Ciudad de Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009), 248.

las comunidades y en consecuencia con los ancianos que podrían estar interesados en participar; y, aunque no se lo menciona en el proceso penal, la práctica de un ejercicio de interculturalidad como el que en este apartado se detalla, requiere de la erogación de recursos (económicos, logísticos y humanos) que ni son parte del proceso, ni éste tampoco los visibiliza, como por ejemplo la cobertura de gastos de transporte (que incluye combustible y aceite de motor para lanchas), pues los poblados waorani no se asientan precisamente en las zonas urbanas o rurales; hospedaje (por lo general salen de sus poblados con sus familiares cercanos); y, alimentación.

Retomando la idea de participación de los ancianos, en este sentido se pronunció el tribunal:

RESUELVE: [...] atendiendo la peculiar situación de los hoy sentenciados que pertenecen a una nacionalidad indígena consideramos aplicable plenamente las reglas que contiene el convenio 169 de la OIT, en consecuencia: se sustituye la pena privativa de la libertad, impuesta individualmente a cada uno de los ciudadanos: [...] con la pena que se llegue consensuar con los denominados pikenanis [...], ya que aquellos representan el saber ancestral waorani, conforme lo sostuvieron y recomendaron los peritos antropólogos [...], dentro del marco de una justicia dialógica lo cual se hará conocer a los sentenciados en la sentencia que por escrito se emitirá con la debida motivación, doctrinaria, legal y constitucional se declara con derecho a la reparación integral, la cual será regulada en la sentencia que se emitirá por escrito. [...].⁸⁴

Para ello, delegó a la Fiscalía su coordinación que luego de varios acercamientos directamente en los poblados, se concretó la participación de varios ancianos, tal es así que el día 07 de agosto de 2019 éste se realizó, hecho que fue recogido por el tribunal:

[...] en ese sentido el tribunal llegó a la convicción de que existió un ejercicio de venganza por parte de las 10 personas que he nombrado, que fue realizado no dentro de los patrones propios de la nacionalidad waorani, en los cuales se dio muerte a los pueblos en aislamiento voluntario, desde ese sentido quisiéramos conocer cuál sería el modo o mecanismo que utiliza la nacionalidad waoranis para imponer una sanción a miembros que hayan actuado en actos delictuosos. [...] INTERVENCIÓN DEL SEÑOR [...] Mi nombre es [...] vengo de Pastaza comunidad waorani viene a presentar acá, hoy vine dar la palabra sobre caso que han llevado por mis hermanos, por mis grupos y hermanos aislados que les paso, hoy como la vida digo a ustedes como [...] doy la palabra. 1.- Es hacer chacra, 2.- Es hacer casa, 3.- Es hacer fiesta cultural matrimonial general, y, 4.- Es dar pena de cuatro (4) años de pena de trabajo intercomunitario en sus comunidades o habitas general, donde viven las poblaciones waoranis, lo de hacer las chacras es hacer la agricultura para los waoranis en beneficio de todas las familias waoranis. [...].⁸⁵

Encontramos aquí otra novedad en cuanto a la actuación judicial, el tribunal considerando aspectos culturales y sociales, dispuso que el anuncio de la pena se realice

⁸⁴ Tribunal de Garantías Penales de Orellana, Proceso penal. 31/01/2019 – 14:00 – Acta resumen audiencia de juzgamiento.

⁸⁵ Ibid. 07/08/2019 - 18:35:00 - Acta General - Acta de conversatorio entre los jueces del tribunal de garantías penales con sede en el cantón Francisco de Orellana y los denominados pikenanis.

fuera de las instalaciones de la sede judicial, en territorio Waorani, en el Puerto de Pompeya. Estas cuatro sanciones fueron moduladas por el tribunal en cuanto a: a) La determinación de la carga horaria de trabajo comunitario en el periodo de un año; así como el lugar en dónde éste deberá realizarse; b) la determinación de que el tiempo que se incurra en la construcción de las casas tradicionales sea imputable a la carga horaria impuesta en el trabajo comunitario; c) Que previo a la realización de *fiesta cultural*, la Secretaría de Derechos Humanos (institución que no es parte procesal), realice una socialización relativa a Derechos Humanos, en particular sobre el derecho a la vida, así como la explicación de las funciones y actividades que realiza el Estado ecuatoriano en torno a la protección de pueblos en aislamiento voluntario.

Esta decisión, recogió sin duda el planteamiento de la Fiscalía, en el sentido que el proceso debía ser abordado desde una perspectiva intercultural, de allí, que se pronunció, de forma motivada, con consideración de que los acusados eran provenientes de una cultura distinta, con una cosmovisión y entendimiento propios, distintos a los de la población mayoritaria. Este pronunciamiento constituye la prueba de que es posible *flexibilizar* el proceso penal: tanto en lo normativo como de la valoración de la prueba, en este caso de carácter indiciario y con claros tintes interculturales pues predominó el análisis desde la óptica de la cultura Waorani, procurando armonizar su particular forma de comprensión con la justicia ordinaria.

No cabría, en consecuencia cuestionarse acerca de la proporcionalidad de la pena, —si esta ha sido adecuada, suficiente, ejemplificadora, benigna, permisiva, etc., o considera un *premio* en relación con los sentenciados—, pues, si bien para el ejercicio de la interculturalidad iniciamos con una posición de *apertura de pensamiento* frente a las distintas formas de resolver un conflicto, en particular por poblaciones indígenas, ésta tiene un límite, no en el sentido práctico de la aplicación, sino en el sentido subjetivo de su comprensión, así por ejemplo, —si me preguntasen si considero justa o proporcional la pena dictada por el tribunal en su sentencia—, diría que la comprensión de estos términos *justicia* y *proporción*, está dado por un bagaje histórico, cultural, educativo, que ha sido propio de la realidad en que he vivido, en consecuencia, común con quienes la he compartido, por lo que sería mayoritariamente aceptada; sin embargo, la significación de estos términos, ciertamente será disímil en relación con quienes no existen estos elementos en común o son muy vagos o insuficientes; entonces la comprensión de *justicia* y *proporcionalidad* de la pena evidentemente será distinta, pues son distintos los parámetros para su valoración. —Creo que lo realmente importante en

esta *interculturalidad del proceso penal* es precisamente el hecho de que su resolución, desde el punto de vista de la justicia ordinaria, estuvo basada en la visión de otra cultura, aun cuando esta pudiera resultarnos incomprensible.

Finalmente, el tribunal recogió su pronunciamiento en sentencia⁸⁶ de 31 de octubre de 2019, la cual afirma tener certeza probatoria en cuanto a la materialidad de la infracción así como de la responsabilidad de los acusados, imponiéndoles inicialmente una pena individual de ocho años de privación de libertad, a la que, en consideración a concurrencia de circunstancias atenuantes será de cuatro años y ésta a su vez, modificada conforme la cosmovisión Waorani.

Hizo mención también sobre medidas de reparación integral, en particular sobre:

Conocimiento de la verdad.- el tribunal dio por sentado que la sentencia dictada, al contar con el relato de los hechos y probados estos, era constancia plena de la verdad procesal alcanzada en el proceso penal.

Derecho de rehabilitación.- Estableció que las víctimas directas, (las dos niñas), continúen con su ingreso y permanencia en el Sistema de Protección y Atención a Víctimas, Testigos y otros participantes del Proceso Penal de la Fiscalía General del Estado (SPAVT), hasta que cumplan los 21 años de edad, tiempo en el cual deberá garantizarse un *proyecto de vida*, conforme su cosmovisión y cultura. Para este efecto dispuso que se integren al trabajo del SPAVT, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Educación y la Secretaría de Derechos Humanos. Dispuso el inicio de las gestiones pertinentes ante la Dirección Nacional de Registro Civil del Ecuador, para que las menores accedan al derecho a su identidad personal. Que se garantice el encuentro y acercamiento sistemático entre las niñas a fin de afianzar los lazos entre ellas. Se dispuso la prohibición de la exposición pública de imágenes de las menores, en cualquier medio que pueda suponer menoscabo de su derecho a la intimidad.

Derecho de indemnización.- Se ordenó que se canalice (por medio del SPAVT) la gestión administrativa necesaria, a fin de que el Ministerio de Inclusión Económica y Social, analice la factibilidad de favorecer a las menores con el beneficio del Bono de Desarrollo Humano o con la creación de un bono especial por su “concreta vulnerabilidad” con el fin de que su proyecto de vida sea sustentable.

⁸⁶ Ibid. Sentencia, 31 de octubre de 2019.

Medidas de satisfacción.- Que los sentenciados, previo al desarrollo de la *fiesta cultural*, ofrezcan públicas disculpas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Que la sentencia sea leída en wao-tededo, en una de las radios comunitarias que tenga amplia cobertura sobre los poblados Waorani. Que las evidencias y que han formado la prueba, pasen al manejo y custodia del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (INPC), porque constituyen la prueba de la existencia y vulnerabilidad, de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Exhortó a la Asamblea Nacional del Ecuador a promover la creación de una “Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial” que focalice su especial vulnerabilidad, derechos y régimen de protección a estos pueblos.

Garantías de no repetición.- en que exhorta al Estado a generar u optimizar la actual política pública, a fin de que las medidas cautelares dispuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sean de efectivo cumplimiento y tiendan a garantizar así su existencia y su territorio. Se restringió a los sentenciados a volver a incursionar al lugar de los hechos y en especial por todo espacio físico donde tuvieran movilidad los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Se evidencia sin duda en la sentencia una comprensión distinta en la actuación judicial, no se limita únicamente a la actuación de los operadores de justicia, sino que incorpora un *nuevo estándar*, la actuación de otras instituciones ajenas al proceso penal, pero sí vinculadas por su actividad en la protección de derechos, es decir, se trata de una *justicia dialógica* en los términos señalados por Roberto Gargarella,⁸⁷ en la que el proceso no concluye con la mera expedición de la sentencia sino que se *conmina* la incorporación de distintos actores del Estado.

Estando de acuerdo en los planteamientos y análisis de fondo de la sentencia (materialidad, responsabilidad y pena), se interpuso los recursos horizontales de ampliación y aclaración a la sentencia en cuanto a la aplicación de la pena, y de las medidas de reparación, los cuales en su mayoría fueron aceptados por el tribunal.

Por su parte, la Defensoría Pública, interpuso el recurso de apelación, ante los jueces de la corte provincial, quienes en auto interlocutorio, decidieron ratificar la sentencia del tribunal de garantías penales, quedando pendiente la notificación debidamente motivada de su resolución, hecho que a la fecha de presentación de este trabajo aún no ha ocurrido, por lo que la sentencia no se encuentra ejecutoriada.

⁸⁷Gargarella, *Por una justicia dialógica*, 120–58.

Capítulo segundo

El juicio estatal: la violencia del proceso penal

Ahora que contamos ya con una base de actuaciones en relación al proceso penal, objeto de este trabajo, es pertinente abordar algunos elementos que son propios de este, y que no necesariamente son visibles a simple vista, pero que se deducen a partir de las interpretaciones de las relaciones entre el derecho y la conducta de sus destinatarios, la que se ejerce a través del derecho, siendo la violencia una de ellas:

En la teoría jurídica liberal, el derecho surge para poner fin a la violencia –la que hiere el cuerpo y el alma; que gobierna la vida y la muerte– y su validez se determina en función de esa finalidad, la narrativa de los liberales suele contar la historia del paso de un estado de naturaleza, caracterizado (de manera variada) por la dispersión del poder violento en función del cual las personas incontroladas resuelven sus conflictos por mano propia, al de un estado civil que llega a monopolizar la violencia de manera legítima. Aquí, el derecho es una forma de legitimación que autoriza el recurso estatal de la violencia dándole predictibilidad y transparencia. Para el liberalismo, la hazaña del Estado [...] es precisamente haber logrado, de hecho y sin lugar a dudas, el monopolio legítimo de la violencia por vía de estructuras racionales entre las cuales el derecho ocupa tal vez, el lugar más prominente.⁸⁸

El Informe Mundial sobre la violencia y la salud,⁸⁹ señala que violencia es “el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte”⁹⁰. Señala también que es un “fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica”, por lo que “la noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura”.⁹¹ Esta definición “abarca también las numerosísimas consecuencias del comportamiento violento, a menudo menos notorias, como los daños psíquicos, privaciones y deficiencias del desarrollo que comprometan el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades”.⁹²

En esta amplitud de campos, está el proceso penal, entendido éste como un instrumento esencial de la jurisdicción, cuyo fin es la actuación del *ius punendi* estatal,

⁸⁸ Christoph Menke, *¿Por qué el derecho es violento?: (y debería reconocerlo)*, trad. Miguel Gualdrón Ramírez, Derecho y política (Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2020), 8 Estudio introductorio.

⁸⁹ *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. (Ciudad de Washington, DC, Estados Unidos de Norteamérica: Organización Panamericana de la Salud, 2002), 4–5.

⁹⁰ *Ibid.*, 5.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*, 4–5.

es decir, la facultad de imponer penas, que por definición queda sometido al principio de legalidad.⁹³ La imposición de penas, al igual que su proceso, son acciones cargadas de violencia, que se manifiestan en la investigación como del proceso penal, tanto hacia la víctima como a los justiciables. Ésta viene precedida a su vez de una *amenaza*, establecida en los tipos penales cuya conducta sanciona el Derecho penal:

Hablar de Derecho penal, es hablar de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal (robo, asesinato, terrorismo rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). [...] pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles.⁹⁴

El desenvolvimiento y/o desarrollo del Estado, se establece por medio de normas que regulan a la convivencia, en caso de quebrantamiento presupone la facultad de ejercicio del poder punitivo. Así, el Derecho penal y el procesal penal, se constituyen en una herramienta de control social, siendo esta “una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. [...] es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social”.⁹⁵ Esta convivencia, trae consigo innumerables conflictos, que no pueden ser todos resueltos de manera pacífica por el Derecho penal, de allí que incluso se cuestione su legitimidad, más aún cuando en el proceso se encuentran involucrados grupos minoritarios de la población, cuya comprensión, simplemente es diferente:

La legitimidad del sistema penal es siempre relativa y frágil. Los usos del sistema penal son complejos y variados. La incorporación metódica del contexto busca dar cuenta de esa fragilidad y esa complejidad para avanzar hacia otros métodos, para profundizar en la gestión no violenta del conflicto.⁹⁶

Esta violencia estatal provoca una visión distorsionada de su realidad, en general, por el fin que persiguen (proceso y pena), excluyen a los victimarios e invisibilizan a las víctimas: “La justicia penal invisibiliza a la víctima, degrada al victimario y garantiza la reincidencia y la exclusión social del ofensor”.⁹⁷

⁹³ Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, 27.

⁹⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal: parte general*, 8va. edición, revisada y puesta al día (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 29.

⁹⁵ *Ibid.*, 30.

⁹⁶ Alberto M. Binder, *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Hermenéutica del proceso penal.*, 1. ed, Derecho procesal penal, Alberto M. Binder; Tomo I (Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 2013), 15.

⁹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “La utopía andina y su distorsionada aplicación”, en *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Ecuador: Huaponi Ediciones / Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 84.

En un proceso penal en el que están inmersos miembros de una minoría étnica, es más evidente, pues, “los conflictos culturales y normativos que se presentan en una nación plurinacional e intercultural [...] no son exclusivamente explicables y comprensibles desde la óptica del derecho ordinario [...]”,⁹⁸ es decir, la concepción generalizada que, frente a una falta cometida corresponde su respectiva sanción, sin miramiento de ninguna naturaleza, ni justificación y mucho menos una comprensión distinta de los hechos ejecutados y de sus actores, incluso acarrea una *discriminación* en su perjuicio. Todo ello se traduce en una *tensión* entre el derecho ordinario y la cosmovisión, que está cubierta bajo la protección del principio de legalidad.

Entonces, la violencia del Estado se despliega también en la medida que quienes pretenden resolver, lo hacen partiendo de la premisa de la existencia de un conocimiento hegemónico (el derecho), que en primer término pretende imponerse, sea por desconocimiento, desprecio y subvaloración del otro.⁹⁹ Tiene raíces históricas en cuanto al ejercicio del poder punitivo. Se pone de manifiesto también cuando se inobservan otros derechos que no están contemplados expresamente en una ley penal, o en la propia Constitución a través de sus cláusulas de remisión o en los propios instrumentos internacionales:

Cuando alguna persona es juzgada por personal especializado, con competencia jurisdiccional, pero que no comparte los mismos valores culturales y sistemas simbólicos de los implicados, el trato que reciben frecuentemente es discriminatorio y atentatorio de los derechos colectivos por la propia legislación nacional.¹⁰⁰

El Estado, por medio de su proceso de creación de leyes, y de su aplicación a casos concretos, *legítima* esta violencia, la cual, *irónicamente*, es limitada únicamente por el propio Estado. Una muestra de ello es la figura de la prisión, culturalmente entendida en la población mayoritaria como la consecuencia lógica ante la comisión de un delito, “la prisión es parte de nuestra cultura moderna y de nuestra cotidianidad. La idea de encierro cuando se ha cometido una infracción grave está tan arraigada en nuestra cultura, que resulta muy difícil pensar en otras soluciones”.¹⁰¹ Justificada o no, resulta fácil comprender las consecuencias violentas de esta restricción, que genera padecimientos al encarcelado o a quien sufre la expectativa de serlo:

⁹⁸ Narváz Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 12.

⁹⁹ *Ibid.*, 12.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 11.

¹⁰¹ Ramiro Ávila Santamaría, “La cárcel como problema global y la justicia indígena como solución local: El caso La Cocha”, en *El neoconstitucionalismo andino* (Ciudad de Quito, Ecuador: Huaponi Ediciones / Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 174.

La cárcel es también un fracaso en un sentido humano. Los padecimientos de la cárcel no se infligen solamente a los delincuentes que están dentro de las cárceles. Se inflige dolor y padecimientos también a los padres, esposas, hijos y amigos de todos esos hombres (en su mayoría, son hombres) que están detrás de los muros. Esto significa que en todo país se castiga con prisión -de hecho- a un gran número de habitantes, mucho mayor que la cantidad de presos.¹⁰²

Resulta claro también que, a pesar de los padecimientos que provoca, está legitimada, y en este sentido, no puede ser del todo arbitraria, así debe al menos procurar ser lo menos indigna en su aplicación.

[...] cualquier restricción debe ser constitucionalmente prevista y desarrollada con reserva de ley, incluso en el derecho penal que constituye la violencia legitimada del poder punitivo del Estado, la aplicación de este principio el mismo debe prever una ley orgánica, que respete la dignidad humana, la proporcionalidad de las penas, el principio de culpabilidad, etc. Aquí se puede mencionar que esta reserva tiene, como hemos dicho, la finalidad de la racionalidad democrática de la ley para que tenga plena validez en su aplicación.¹⁰³

Dado que el objeto de análisis del Derecho penal es la conducta, aparece casi de manera imperceptible una nueva forma de violencia al pretender regular y sancionar las relaciones entre víctima y victimario trasladando así el *escenario del conflicto* hacia un tercero,¹⁰⁴ el Estado, a través de sus operadores de justicia, generando incertidumbre pues no está enteramente al alcance de su comprensión la maquinaria estatal que se ha puesto en movimiento para investigar, procesar y sancionar sus conductas.

Las normas penales, están destinadas a la población mayoritaria, sin que se haga distinción de ninguna naturaleza, ni se considere mucho menos a los grupos minoritarios, cuya inserción en la dinámica estatal es distinta a los destinatarios de estas normas. –He aquí un hecho de violencia adicional–, en cuanto a los destinatarios, la ley penal excluye las particulares connotaciones culturales, y tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas. El proceso penal se convierte en una *suerte de juego de poderes*, en el que existe selectividad de destinatarios de la norma, así, ésta recae sobre grupos en particular situación de vulnerabilidad:

La selectividad orientada a los débiles es un juego que se juega dentro de la justicia penal y que no es inexorable. [...] pero aquí y ahora el juego de descargar la violencia estatal hacia los sectores débiles con preferencia casi exclusiva es un juego que se juega –que se está jugando– mientras escribo estas líneas. Y me interesa intervenir en ese juego, ayudar a quienes no quieren que las cosas transcurran de ese modo, fabricar

¹⁰² Thomas Mathiesen y Amanda Zamuner, *Juicio a la prisión: una evaluación crítica* (Ciudad de Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2003), 32.

¹⁰³ Álvaro Román Márquez, *Interculturalidad: libertad y pena*, Magister 175 (Ciudad de Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015), 16.

¹⁰⁴ Alberto M. Binder, *Introducción al derecho penal*, 1. ed (Ciudad de Buenos Aires, Argentina: AD-HOC, 2004), 23.

ideas, mecanismos o argumentos que puedan modificar las condiciones actuales de ese juego.¹⁰⁵

Enmarcándonos en el objeto de estudio de este trabajo, reconociendo *a priori* el despliegue de la violencia estatal a través del derecho penal, la pretensión es demostrar que el ejercicio de ésta debe observar criterios diferenciadores en cuanto al procesamiento y sanción de los responsables, en este caso, del ataque a familias en aislamiento voluntario ocurrido en marzo de 2013. Para ello será necesario contar con un breve contexto histórico en cuanto al derecho de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito internacional como en el plano nacional.

1. Pueblos indígenas en el Derecho Internacional

Desde el inicio de la invasión y de la conquista europea, las discusiones que atañen a los pueblos indígenas han sido frecuentes y han contribuido al desarrollo de sus derechos en el plano internacional. Inicialmente “El derecho internacional mudó gradualmente su enfoque iusnaturalista, transformándose en un sistema estatocéntrico y fuertemente dependiente del punto de vista del mundo occidental, que terminó facilitando los proyectos coloniales impulsados por los estados europeos y sus descendientes en perjuicio de los pueblos indígenas”.¹⁰⁶ Francisco de Vittoria, al referirse a los *indios*, afirmaba:

[...] no son aptos para formar o administrar una república en las formas humanas civiles. Por lo cual, ni tienen una legislación adecuada, ni magistrados, y ni siquiera son lo suficientemente capaces para gobernar a sus familias. Carecen también de conocimientos de letras y artes, no sólo liberales, sino también mecánicas, de nociones de agricultura, de trabajadores y de otras muchas cosas provechosas y hasta necesarias para los usos de la vida humana. Esto explica que algunos afirmen que para utilidad de ellos puedan los príncipes de España asumir la administración de aquéllos bárbaros, y designar prefectos y gobernadores para sus ciudades, y aun darles nuevos señores si constara que esto es conveniente para ellos.¹⁰⁷

Afirmaciones como esta, legitimaron la invasión y conquista en América, así como la imposición de la organización política y religiosa en el nuevo continente por parte de los europeos. Luego, la concepción de los estados-nación, propios de Europa, generó una nueva dicotomía en relación a los pueblos indígenas, esta perspectiva resultó particularmente evidente en la distinción que hizo Emmerich de Vattel¹⁰⁸ en relación con los *pueblos civilizados* de Perú, México y de las regiones norteamericanas. Vattel

¹⁰⁵ Binder, *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Hermenéutica del proceso penal.*, 16.

¹⁰⁶ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 38.

¹⁰⁷ Vittoria, Francisco de. *Relaciones sobre los indios y el derecho de guerra*, edición y traducción de M. Martín de 1765, 1975, en *Ibid.*, 43.

¹⁰⁸ Vattel, Emmerich de. *El derecho de gentes, o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*. 1822.

distinguió diferentes formas de sociedad indígena basándose en *la teoría sobre la obligación de derecho natural de cultivar la tierra*. Si bien no llegó a sostener abiertamente que “una sociedad basada en la ocupación sedentaria fuese un prerrequisito para la estabilidad, sí asumió en cambio que el cultivo de la tierra generaba mayor derecho a ésta que la caza o la recolección”;¹⁰⁹ esta distinción fue usada para negarles derechos sobre sus tierras y su reconocimiento frente al Derecho Internacional.

Esta concepción estatocéntrica, se reflejó en algunos de los primeros fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los indios norteamericanos. Fue el juez Marshall en la sentencia *Jhonson vs. McIntosh*, por una disputa de tierras, quien afirmó:

Fieros salvajes, cuya ocupación era la guerra y cuya subsistencia dependía principalmente del bosque. Dejarlos en posesión de su país hubiera sido dejar el país en la desolación; gobernarlos como un pueblo separado era imposible: eran tan valientes e indómitos como fieros y estaban dispuestos a repeler con las armas cualquier ataque contra su independencia.¹¹⁰

El mismo juez, en casos como *Cherokee vs. Georgia* y *Worcester vs. Georgia*, se refería a las tribus indias como *naciones domésticas dependientes*, en este último caso comparándolas con estados feudales de Europa, que estaban sometidos al derecho de gentes, que era como se conocía al derecho internacional. “Marshall aplicó principios claramente identificables en las enseñanzas de los primeros teóricos del derecho internacional”.¹¹¹ Posteriormente en uno de los análisis de las sentencias del juez, su secretario Henry Wheaton, en su texto “Elementos del derecho internacional”, terminaría excluyendo a los indios del derecho internacional por considerarlos:

[...] una horda desarraigada de salvajes errantes que no hubiese todavía conformado una sociedad civil. El concepto jurídico de estado implica necesariamente la obediencia habitual de sus miembros a aquellas personas en las cuales está investida la autoridad, y un domicilio fijo y un territorio definido perteneciente al pueblo por el cual está ocupado.¹¹²

La escuela positivista de finales del siglo XIX al referirse al Derecho Internacional, postulaba que éste: 1) Solo se interesaba por los derechos y las obligaciones de los estados; 2) Que éste defendía la soberanía exclusiva de los estados; 3) Que se trataba de un derecho *entre* estados y no un derecho *sobre* los estados; 4) Sólo los estados podían crear derecho internacional, eran los únicos titulares de derechos y deberes, quedando excluidos *a priori* los pueblos indígenas.¹¹³

¹⁰⁹ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 55.

¹¹⁰ Estados Unidos de América, Corte Suprema de los EE.UU, *Jhonson vs. McIntosh*. 1823. Sentencia, en *Ibid.*, 56.

¹¹¹ *Ibid.*, 59.

¹¹² *Ibid.*, 60.

¹¹³ *Ibid.*, 63.

En la línea de Francisco de Vitoria, los estados empezaron a adoptar lo que se denominaría la *doctrina de la tutela y la “misión civilizadora”* (principios del siglo XX), que si bien representaba un pensamiento humanista, no dejaba de excluirlos como sujetos del Derecho Internacional por cuanto su organización y convivencia era distinta, conservando aun la premisa de inferioridad del indígena. Así, la política británica manifestaba:

Entre el nativo, debilitado por licores intoxicantes, y el europeo que dispone de toda la fuerza de la civilización superior y está libre de sus restricciones, la competencia desigual no es generalmente de larga duración: los nativos entran en decadencia, merman y finalmente desaparecen. La mejor oportunidad para preservar a la desafortunada raza [...] se halla en los medios para educar a los niños. Su educación debería consistir en una pequeña parte de lectura y escritura; la instrucción oral en las verdades fundamentales de la religión cristiana será proporcionada por los propios misioneros. Los niños deben ser instruidos pronto; los varones a excavar y a arar, y a los oficios de zapatero, sastre, carpintero y albañil; las hembras a coser y a cocinar y a lavar y a mantener limpios los aposentos y los muebles.¹¹⁴

Es claro entonces que inició una suerte de programas estatales de imposición de una nueva cultura para destruir la indígena, que corría a la par de las misiones evangelizadoras de la iglesia. En términos similares, la Ley Indígena Canadiense de 1876 consolidó e impuso un sistema de control sobre los indios y sus tierras. En Brasil, la legislación colocó a los indios bajo la tutela del estado y puso en funcionamiento programas para gestionar sus asuntos y facilitar la adopción de hábitos euro-brasileños. En Venezuela, la Ley de Misiones de 1915 delegó a la iglesia la tarea de *civilizar* a los indios para que adopten un modo de vida sedentario.

Una de las más notables iniciativas de tutela en favor de los indígenas fue la Primera Conferencia de Berlín de 1885, con la Suscripción de un Acta General, en la se adoptaba el compromiso de preservar a las tribus nativas y a preocuparse por mejorar las condiciones de su bienestar material y moral, con el propósito de instruirles las *bendiciones de la civilización*. Posteriormente, en 1919, en el Pacto de la Sociedad de Naciones,¹¹⁵ sus miembros se comprometieron a asegurar un trato equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración¹¹⁶ sirviendo más bien como una justificación para la colonización.

¹¹⁴ Extracto de una carta del Primer Ministro Lord John Russel a sir George Gipp, Gobernador de Nueva Gales del Sur, Australia, escrita el 23 de agosto de 1840, en *Ibid.*, 72.

¹¹⁵ Pacto de la Sociedad de Naciones, firmado en Versalles, 28 de junio de 1919, Entrada en vigor: 10 de enero de 1920 (entrada en vigor del Tratado de Versalles): Artículo 23. De conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales actualmente existentes o que en lo futuro se celebrasen, y bajo la reserva de los mismos, los miembros de la Liga: [...] *b) Se comprometen a asegurar un tratamiento justo a los habitantes nativos de los territorios sometidos a su administración; [...]*

¹¹⁶ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 71–76.

[...] desde tiempos históricos, el discurso normativo del derecho internacional y la práctica estatal vinculada al mismo han tenido implicaciones para el estatuto y derechos de los pueblos que pueden considerarse como indígenas de las tierras sujetas a colonización y a sus legados. Modelado por perspectivas europeas y por consideraciones de poder político, el derecho internacional desarrolló una relación de complicidad con las fuerzas, a menudo brutales, que arrebataron las tierras a los pueblos indígenas, reprimieron sus culturas y sus instituciones y los convirtieron en los más pobres de entre los pobres.¹¹⁷

Sin embargo, a lo largo del siglo XX, se dieron cambios significativos en la estructura orgánica internacional al igual que en las concepciones normativas relacionadas con las poblaciones indígenas. Cambios que generaron un alejamiento por parte de las ideas positivistas y estatocéntricas, preocupándose ahora más por los grupos y los individuos, apareciendo así una nueva gama de normas, en relación a los derechos estos pueblos. Basta tener en cuenta que el reconocimiento de derechos en el plano internacional estaba subordinado a su vez al reconocimiento de los estados entre estados, dejando de lado a las poblaciones indígenas por no ser consideradas como tal. Actualmente el Derecho Internacional tiene una visión universalista de los derechos, y no se limita a cuestiones meramente estatales, o las discusiones sobre derechos colectivos o de grupos o de la naturaleza.

El desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional, contó, por supuesto con la participación de éstos, siendo actores en el diálogo propiciado por los organismos del Derecho Internacional:

[...] los pueblos indígenas comenzaron a llamar la atención a partir [...] de los años sesenta sobre sus demandas de supervivencia como comunidades diferenciadas por una cultura, instituciones políticas y títulos históricos sobre la tierra. [...] articularon una imagen de sí mismos diferente de la imagen que ha sido fabricada por los sectores sociales dominantes [...].¹¹⁸

2. Pueblos indígenas en el Derecho ecuatoriano

La situación de los pueblos indígenas en Ecuador no fue distinta de la descrita en el ámbito del Derecho Internacional. Enrique Ayala Mora, señala que hace más de quinientos años los señoríos étnicos del norte, detuvieron el avance los Incas con una alianza matrimonial con la princesa Quilago; ofrecieron resistencia a la invasión y conquista española. Posteriormente, tanto el sistema colonial como el republicano soportaron sublevaciones orientadas a reivindicar los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, así como el de los negros y mestizos. Se cuestionó por parte de Eugenio Espejo el abuso de autoridad y la restricción de libertades. En la época de la

¹¹⁷ Ibid., 77.

¹¹⁸ Ibid., 92.

independencia, se fortalecieron las ideas libertarias y la definición de una identidad cultural. Si bien la República trajo autonomía, quedó aún pendiente la instauración de la justicia.¹¹⁹

En 1830 se crea la República del Ecuador. La Constitución de ese año, así como las posteriores, hasta la de 1998, niegan tácitamente la existencia de las nacionalidades y pueblos, y se caracterizan por una visión hegemónica y excluyente. En ellas se encuentran insertas normas y mandatos que responden a los intereses de los sectores privilegiados de la sociedad a lo largo de ese período histórico. [...] podemos decir que estas normas fueron concebidas única y exclusivamente desde la visión, los intereses y la lógica de los sectores dominantes (civiles, religiosos, militares), [...] en tanto que los demás pueblos y culturas quedaron excluidos e indefensos ante los abusos de quienes ejercía el poder.¹²⁰

A raíz de la Constitución de 1998, se incorporó en la legislación, normas relacionadas con los pueblos indígenas, las cuales, con divergencia de criterio en cuanto a su favorabilidad y ventaja en relación con ellos, la Constitución de 2008 terminó por establecer, ahora sin duda alguna, a través de figuras o categorías como la del pluralismo, la multiculturalidad, la plurinacionalidad, la interculturalidad, etc., el reconocimiento expreso de las minorías indígenas como titulares de derechos, individuales y colectivos, que previa y ampliamente fueron agregadas en la discusión internacional, instituciones que han aparecido por primera vez en el mundo andino como “reivindicaciones sociales y luego como conquistas jurídicas”.¹²¹ Al punto que, la Corte Constitucional del Ecuador, al referirse a las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, en su sentencia No. 008-09-SAN-CC, de fecha 09 de diciembre de 2009, señaló:

[...] es el instrumento jurídico más completo y específico, aunque no suficiente frente a la demanda indígena; convenio que garantiza el reconocimiento y vigencia de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas; constituye la base legal por medio de la cual se exige el respeto de los derechos humanos específicos de las nacionalidades y pueblos indígenas. Principios como el del respeto y desarrollo de sus conocimientos colectivos, saberes ancestrales, la educación intercultural bilingüe, sus metodologías y enseñanzas, son bases que impulsan y que marcan una nueva forma de relación entre Estados y pueblos indígenas. Esta relación significa que los pueblos indígenas tienen por sí mismos voz, ellos mismos se auto identifican como tales y deciden su propio futuro; tienen reivindicaciones propias; no existen personas superiores ni inferiores; los pueblos indígenas como sujetos de derechos asumen también obligaciones; en suma, implica una nueva dimensión en la relación y respeto de los Estados hacia las nacionalidades y pueblos indígenas. Se podría afirmar, entonces, que se han creado

¹¹⁹ Ariruma Kowii, ed., *Interculturalidad y diversidad*, 1. ed, Biblioteca General de Cultura 20 (Ciudad de Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 8.

¹²⁰ “Diversidad e interculturalidad”, en *Interculturalidad y diversidad* (Ciudad de Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2011), 18–19.

¹²¹ Ramiro Ávila Santamaría, “El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino”, en *El neoconstitucionalismo andino* (Ciudad de Quito, Ecuador: Huaponi Ediciones / Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 26.

nuevas condiciones jurídicas de obligatorio cumplimiento, que posibilitan espacios de concertación y nuevas formas de encontrar soluciones.

No obstante, en la mayoría de casos en donde se involucran y/o violan los derechos humanos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, se denota claramente que ni las autoridades ni las instituciones aplican el Convenio 169 de la OIT, ni las normas constitucionales ni las jurisprudencias nacionales e internacionales existentes sobre la materia, provocando una evidente incongruencia en la vida jurídica del país.¹²²

Por otro lado, al referirse la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 66, hace expreso reconocimiento tanto de la interculturalidad, como del pluralismo jurídico. En relación al término *pluralismo jurídico*, se han vertido varias conceptualizaciones, entre ellas, que “implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos paralelos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas”.¹²³ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Boliviano, ha señalado:

[...] Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia –puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas– aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema.¹²⁴

Si bien el Estado ecuatoriano reconoce en lo formal, la existencia del pluralismo jurídico, en lo material, la coexistencia de otros tipos de sistemas jurídicos está aún subordinada a la justicia ordinaria (mayoritaria), esta subordinación fue establecida por la propia Corte Constitucional en su sentencia No. 113-14-SEP-CC:¹²⁵

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.¹²⁶

De allí que resulte necesario una comprensión de los conceptos relacionados con el fin de tener claridad en cuanto a su alcance en un caso en concreto.

¹²² Corte Constitucional - Ecuador, Acción por incumplimiento, Sentencia No. 0008-09-SAN-CC (Corte Constitucional 2009).

¹²³ Citado por: Miguel Hernández Terán, *Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico: análisis, doctrina y jurisprudencia*, 1. ed (Ciudad de Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 123.

¹²⁴ Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia No. 0860/2007-R2007.

¹²⁵ Suplemento del Registro Oficial No. 323, Lunes 01 de Septiembre de 2014.

¹²⁶ Corte Constitucional - Ecuador, “La Cocha” - Acción Extraordinaria de Protección - Sentencia No. 113-14-SEP-CC Literal “a” del numeral 4 de la parte resolutive.

3. Violencia hacia los Pueblos en aislamiento voluntario.

“Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son titulares de derechos humanos en una situación *única de vulnerabilidad*, y unos de los pocos que no pueden abogar por sus propios derechos”.¹²⁷ Esta particular situación, enmarcada dentro de las obligaciones contraídas por los Estados suscriptores de instrumentos internacionales en procura del reconocimiento y reivindicación de sus derechos, obliga a que éstos sean respetados, de la misma manera que el de los demás habitantes.

Su existencia ha sido una historia de violencia, desplegada por quienes en su momento han ostentado el poder, desde la conquista, la época colonial y la republicana, incluso en la actualidad esta violencia persiste.

Los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario se articulan a partir del reconocimiento, defensa y protección de su territorio, pues “existe una relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales”,¹²⁸ que deviene en la protección a su autodeterminación, su vida, su integridad física, cultural y psíquica, entre otros.

Las Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, de mayo de 2012, en su artículo 8, los define como grupos que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, que además rehúyen de todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo, para quienes el aislamiento no es una opción sino una forma de supervivencia, y que por tanto son extremadamente vulnerables.¹²⁹

El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en las Américas”, de diciembre de 2013, recoge en detalle la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, de allí que se puede deducir y explicar la situación de violencia a la que están expuestos. Por definición el término “voluntario” al referirse al aislamiento, es cuestionado pues “minimiza el hecho de que la decisión de permanecer en o volver al aislamiento en

¹²⁷ Organization of American States, ed., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II (Ciudad de Washington, DC, Estados Unidos de Norteamérica: CIDH, 2013), 1.

¹²⁸ *Ibid.*, 2.

¹²⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH, “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay: Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela”.

realidad obedece a las presiones de la sociedad envolvente sobre sus territorios, y no un ejercicio libre de su voluntad”.¹³⁰

A pesar las acciones de los estados para protegerlos, en la práctica se encuentran en una condición vulnerable y muchos en grave peligro de desaparecer. Son muchas las situaciones de vulnerabilidad, sin embargo, en relación con el presente trabajo, de conformidad a lo establecido en el Código Penal, vigente a marzo de 2013, los principales hechos delictivos a los que se enfrentan y a los que me referiré, son: El *genocidio*,¹³¹ que sancionaba la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico o religioso. El *etnocidio*¹³², consistente en irrespetar la autodeterminación, así como la voluntad de permanecer en aislamiento voluntario. El *traslado forzoso*, que, a pesar de ser un tipo penal independiente según la legislación internacional, se encontraba inserto como una circunstancia constitutiva del genocidio.

Al respecto, en mayo de 2006, la Comisión Interamericana de derechos Humanos, recibió una petición en la que se argumentó la falta de adopción de mecanismos adecuados por parte del Estado para proteger a los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri-Taromenane, esta falta de mecanismos se manifestó en las matanzas ocurridas en los años 2003 y 2006,¹³³ a los que se sumó el ataque ocurrido en marzo de 2013, objeto de este trabajo, dejando prever que “el Estado no ha cumplido con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores, a pesar de que estos delitos son de acción pública”.¹³⁴ Finalmente, se señala que estos actos de violencia, se dieron por la omisión de una debida actuación del Estado ecuatoriano. Estas consideraciones, sumadas al hecho de que se acusa ante organismos internacionales, la inacción del Estado en relación con los pueblos en aislamiento voluntario, no hacen sino corroborar la visión de violencia, sea ésta en su modalidad de acción (investigación y proceso penal), o sea en su modalidad de inacción (al no investigar o no realizarlo de manera adecuada).

¹³⁰ Organization of American States, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, 4.

¹³¹ Ecuador: *Código Penal, Título VI: de los delitos contra las personas, Capítulo... de los delitos de genocidio y etnocidio*, vigente a marzo de 2013, Art. ...(1).- (Agregado por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 578-S, 27-IV-2009).

¹³² Ibid. Art. ...(2).

¹³³ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, “Informe No. 96/14, Petición 422-06. Admisibilidad. Pueblos Indígenas en aislamiento Tagaeri y Taromenani. Ecuador. 6 de noviembre de 2014.”, Informe de admisibilidad (Washington, DC, noviembre de 2014).

¹³⁴ Ibid.

Estas definiciones, que nacen de un marco de reconocimiento de derechos en favor de estos pueblos, es decir, nacen desde lo jurídico, del derecho; y, como se ha señalado, esta visión no siempre incorpora, al menos en lo que a definiciones se refiere, toda su realidad (social, histórica, geográfica, etc.), en consecuencia, aunque no es propósito de este trabajo desarrollar todos los contenidos propios de otra ciencia distinta al Derecho, resulta prudente incorporar una visión desde la perspectiva de las ciencias sociales. Al referirse al término *aislados* Antenor Vaz, señala:

Nosotros no nos hemos preocupado[s] mucho del concepto del término aislado en sí, porque para los fines prácticos de protección no resulta relevante la palabra que se use. Importa mucho más la forma en que procedemos. Consideramos que el indígena aislado es el que no establece una relación permanente con la comunidad que le rodea. No existe un indígena totalmente aislado pues incluso antes de que los colonizadores llegaran a Latinoamérica los indígenas tenían relaciones entre ellos.¹³⁵

Por su parte, Alex Rivas Toledo, señala en relación a los pueblos indígenas aislados que:

En el planeta aún existen pueblos indígenas que permanecen en condición de aislamiento al respecto de la llamada sociedad global. Regularmente se trata de poblaciones nativas originarias de las regiones donde actualmente viven y que, por diversos factores socioculturales internos o por presiones externas, han optado por un modo de vida apartado de los contactos civilizatorios y de las relaciones interétnicas intensas.¹³⁶

La discusión en torno a nominación antropológico-sociológica para los pueblos indígenas aislados es amplia. Durante un extenso periodo marcado por una escasa visión multicultural, paralela a la definición hegemónica de los Estados Nacionales como uniculturales-mestizos, estos pueblos fueron llamados *no-contactados*. Esta nominación asumió que su realidad sociocultural, a pesar de la lejanía geográfica de sus territorios, estaba marcada por la inminencia de un contacto civilizador que los llevaría a la integración demográfica e identitaria dentro de las sociedades nacionales.¹³⁷

El concepto de *no contactados* ha perdido fuerza en los últimos años debido a la evidencia cada vez más contundente que muestra a estos pueblos guardando algún nivel de relación con agentes externos a través de contactos eventuales.¹³⁸

Incluso este intento de definición

¹³⁵ Antenor Vaz, “La Política Pública para Indígenas Aislados y de Contacto Reciente en Brasil”, en *Pueblos indígenas aislados en la Amazonía y el Gran Chaco - Diciembre 2008*, Encuentro Regional PIA (Ciudad de Quito, Ecuador: Ministerio del Ambiente de Ecuador - Plan de Medidas Cautelares para la Protección de los Pueblos Indígenas Aislados / Programa para la Conservación y Manejo Sostenible del Patrimonio Natural y Cultural de la Reserva de la Biósfera Yasuní, 2010), 34.

¹³⁶ Alexis Rivas Toledo, *Los últimos grupos de Yasuní - Antropología, Ecología y Derechos Humanos. Los pueblos indígenas aislados del Amazonas*, Primera edición (Ciudad de Almería, España: Círculo Rojo Editorial, 2020), 75.

¹³⁷ *Ibid.*, 78.

¹³⁸ *Ibid.*, 79.

4. Violencia hacia los Pueblos en reciente contacto y en contacto inicial.

Las Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, de mayo de 2012, en su artículo 12, los define como: aquéllos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria y que a pesar de ello no han llegado a conocer los patrones y códigos de relación con la población mayoritaria, lo que puede deberse a su deseo de mantenerse en semi aislamiento o a que sus relaciones con la población mayoritaria no son permanentes y que anteriormente permanecían en situación de aislamiento.¹³⁹

A pesar de que estas Directrices, consideran los términos “contacto inicial” y “reciente contacto” como similares para referirse al mismo grupo de personas, es preciso tener en cuenta, que para efectos de comprensión de los operadores de justicia, y con fines explicativos, dentro del proceso penal, se estableció una diferencia, en la que “pueblo de reciente contacto” serían aquellos que, si bien han tenido relaciones con la población mayoritaria, no han logrado “conocer con exactitud los patrones y códigos” en que se desenvuelve esta, que para el presente caso son los Waorani; para este efecto se ha considerado una relación de temporalidad que nace desde los años 1950¹⁴⁰, en el que “se inició un proceso de ocupación territorial de la Amazonía, basada en la expansión de la frontera de colonización”¹⁴¹, en que el Estado, por sí, o a través de otras organizaciones o con aquiescencia de este, iniciaron el contacto con los Waorani.

Al igual que el apartado anterior, los conceptos aquí plasmados constituyen un aporte desde la visión del Derecho; incluso desde otras ciencias no existe consenso en torno a qué son los pueblos de reciente contacto y así lo señala Antenor Vaz:

La ausencia de definición de un concepto acerca de los indígenas en contacto reciente, así como de una política para ellos, llevó a la CGII [Coordinación General de Indígenas Aislados, por sus siglas en portugués] a decidir que su instancia asesora iniciara la sistematización de algunas experiencias [...], justamente en la perspectiva de definir un concepto y establecer directrices que orienten la formulación de una política pública destinada a estos grupos. Actualmente el concepto de “indígenas en contacto reciente” está siendo discutido -en Brasil y Sudamérica- a partir de los siguientes fundamentos: *Post-contacto*: grupos indígenas inmediatamente después del establecimiento de un contacto permanente. *Temporal*: grupos indígenas con un determinado tiempo “x” de

¹³⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH, “Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay: Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela”.

¹⁴⁰ Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 14.

¹⁴¹ *Ibid.*, 14.

contacto permanente. *Vulnerabilidad*: este concepto es más amplio y ya está siendo discutido a nivel de Sudamérica. Abarca no sólo a los indígenas en contacto reciente sino también a los grupos que viven en situación de riesgo frente a las adversidades como: Riesgo de pérdida total de la lengua. Pérdida del o amenaza grave al territorio. Pérdida de o amenaza al libre ejercicio de su cultura por decisión/imposición externa. Exposición a situaciones extremas de amenazas a su integridad física, social o psicológica.¹⁴²

Por ello, sin que esto implique necesariamente una definición de orden académica mayoritariamente aceptada, como ya lo indiqué, para efectos de comprensión de los operadores de justicia, en el presente caso se ha identificado:

Pueblos en aislamiento voluntario, a los Tagaeri y Taromenani, que habitan al interior de la Amazonía ecuatoriana, de los que provienen las dos niñas que fueron trasladadas hacia poblados Waorani en marzo de 2013.

Pueblos en contacto inicial, aunque propiamente no se podría hablar de pueblos en el sentido estricto de la palabra, serían las dos niñas de origen Tagaeri y Taromenani, que fueron incorporadas a la población Waorani; y,

Pueblos de reciente contacto, a la población Waorani, asentadas actualmente en las provincias de Napo, Pastaza y Orellana, cuyo contacto inició a partir de los años 1950.¹⁴³

En consideración a que éstos últimos, si bien han tenido relaciones con la población mayoritaria, aún no han logrado conocer la dinámica en la ésta se desarrolla; hasta antes de agosto de 2014, fecha en que la Corte Constitucional dictó su sentencia No. 004-14-SCN-CC, los procesos penales que han tenido que enfrentar son una muestra clara de ello, así pues, no se aplicaba criterios de interculturalidad en la sustanciación de los mismos. Es a raíz de esta sentencia, –quizá por la conmoción que generó el ataque y muerte de familias en aislamiento voluntario–, que la Corte Constitucional, señaló parámetros básicos de interculturalidad que deben observarse en el procesamiento y juzgamiento de miembros de pueblos en reciente contacto. Es decir, en el litigio ni siquiera se consideraba los criterios de diferenciación provenientes de una cultura distinta a la mayoría de la población. No observar criterios de interculturalidad genera violencia, ello implica que el proceso y en consecuencia su sanción, se torne injusta y discriminatoria.

¹⁴² Vaz, “La Política Pública para Indígenas Aislados y de Contacto Reciente en Brasil”, 39.

¹⁴³ “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 14.

La Corte Constitucional observó que en la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva, podría vulnerar el contenido de los artículos 8.1, 9.2 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pues:

[...] devendría en una práctica que atenta sus derechos colectivos, generando un desarraigo de su entorno cultural. [...] La sanción de la privación de la libertad no es a *priori* el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas y/o de reciente contacto, ante lo cual se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación para emplear mecanismos disciplinarios acordes con la cosmovisión de estos pueblos.¹⁴⁴

La violencia, aunque *legitimada* y en muchos casos *justificada*, no es expresa, está invisibilizada y corresponde realizar una lectura *entre líneas*, para poder identificarla.

En el caso de estudio, una clara muestra de ello ocurrió en noviembre de 2013, cuando se intervino en uno de los poblados Waorani donde se encontraba una de las niñas víctimas del ataque ocurrido; se tuvo noticia de que su integridad estaba en riesgo de modo que se organizó un *rescate*, por lo que con apoyo de la fuerza pública y el uso de un helicóptero fue sacada del poblado y llevado a un lugar distinto; esta acción generó un sentimiento enojo e inseguridad al interior del mundo Waorani pues se afirmaba que se trataba de un *secuestro* cometido por el Estado.

—He de reconocer que como agente fiscal autoricé esta operación, pero dada *mi valoración* del riesgo, desde mi forma de entender la problemática, no había otra alternativa. Siempre me he preguntado si se pudo haber actuado de otra forma, pero para ser honesto, aún no he podido responderme. Quizá la tensión existente al momento, exigía la toma de decisiones radicales aunque sin duda, cuestionables. A pesar de ello, hoy considero que fue una buena decisión, la integridad de la niña no se ha visto afectada y se procura continuar con su proyecto de vida—.

¹⁴⁴ Corte Constitucional - Ecuador, Consulta de norma Sentencia No. 004-14-SCN-CC.

Capítulo tercero

El juicio intercultural

El Ecuador ha experimentado procesos sociales importantes, como el levantamiento nacional de 1990, que constituyó un hito en la lucha en la reivindicación de los derechos humanos, sociales y políticos de los pueblos indígenas; como consecuencia, se intensificaron las discusiones en torno a la identidad, la diversidad, la interculturalidad, la plurinacionalidad; y, sus frutos fueron el reconocimiento del Estado como intercultural y plurinacional, así como la incorporación de los derechos colectivos en las Constituciones de 1998 y 2008.¹⁴⁵

La Constitución de la República, en el artículo uno, señala que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Haré hincapié en los términos *intercultural* y *plurinacional*, de modo que se torna inevitable que, siendo este trabajo de estudio de caso, comprender más allá del Derecho, la significación de los mismos, pues ello coadyuva a una comprensión de las connotaciones jurídicas y de las repercusiones sociales que pueden tener. El primero que llama la atención es el de *cultura*, entendida a priori como “la expresión de la vitalidad de la existencia de unos individuos que comparten un entorno natural y social en un tiempo y espacio determinado. Esta vitalidad permite diferenciar y particularizar las diversas colectividades humanas”.¹⁴⁶ Sin embargo, dado que el presente trabajo alude a una conducta (penalmente relevante) desplegada y que a partir de ésta se desarrolló una suerte de cadena de interacciones, muchas veces invisibilizadas, me precisaré de un concepto que las abarque, así, según Clifford Geertz:¹⁴⁷

El concepto de cultura que propugno y cuya utilidad procuran demostrar los ensayos que siguen es esencialmente un concepto semiótico. Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser por lo tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie.¹⁴⁸

[...] la cultura denota un esquema históricamente transmitido de significaciones representadas en símbolos, un sistema de concepciones heredadas y expresadas en

¹⁴⁵ Kowii Maldonado, “Diversidad e interculturalidad”, 24–25.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 25.

¹⁴⁷ Geertz, *La interpretación de las culturas*.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 20.

formas simbólicas por medios con los cuales los hombres comunican, perpetúan y desarrollan su conocimiento y sus actitudes frente a la vida.¹⁴⁹

De modo que, como se verá a lo largo de este trabajo, *lo cultural*, debe ser abordado desde varias perspectivas para ser comprendido.

5. De la multiculturalidad a la interculturalidad

La *multiculturalidad*, que incorpora la idea de la existencia de distintas culturas en un mismo espacio; que cohabitan, pero influyen poco unas sobre otras, en que a sociedad de *mayoritaria*, tiende a ser hegemónica y establecer distinciones legales y sociales que colocan a los otros grupos en inferioridad de condiciones, dificultando la convivencia en detrimento de los grupos más débiles.

Vale la pena aclarar que multicultural e intercultural no son lo mismo. Lo multicultural da cuenta de la diversidad de culturas y su reconocimiento; sin embargo, no prevé precisamente su interacción entre pueblos y culturas, sino únicamente la coexistencia. Mientras que la interculturalidad prevé indefectiblemente la convivencia, interacción e intercambio fecundo entre diversas culturas. De esta manera podrían existir Estados multiculturales aunque no interculturales; no obstante, un Estado intercultural es por antonomasia un Estado Multicultural.¹⁵⁰

En relación a la *interculturalidad*, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, en su artículo 4.8 señala que: “La ‘interculturalidad’ se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”.¹⁵¹ El prefijo *inter*, significa “entre” o “en medio”, lo que resultaría que: “el concepto de interculturalidad nos proporciona una imagen de movimiento, de conexión, de relacionamiento, de comunicación entre varios actores, que son personas que pertenecen a diferentes culturas”.¹⁵²

En la práctica, en el presente caso, fue lo que se pretendió, considerando elementos de la cultura mayoritaria (normas de procesamiento penal), y de la cultura Waorani (pueblo de reciente contacto), se *procuró, en la medida de lo posible*,¹⁵³

¹⁴⁹ Ibid., 88.

¹⁵⁰ Richard Salazar Medina, “Derechos colectivos e interculturalidad: hacia la construcción del nuevo Estado”, en *Interculturalidad y diversidad* (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2011), 112.

¹⁵¹ *Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33ª reunión, celebrada en París del 3 al 21 de octubre de 2005.

¹⁵² Kowii Maldonado, “Diversidad e interculturalidad”, 26.

¹⁵³ *Nota del autor*: Se utiliza estos términos en la consideración de que al no existir precedentes en el juzgamiento de hechos similares, el proceso penal se convirtió en una suerte de “hacer camino al andar”, procurando observar, más que el Derecho sustantivo y adjetivo internos, los derechos, garantías y

armonizarlos de tal forma que por un lado se cumpla con la obligación estatal de investigar, sancionar y reparar los hechos que fueron objeto del proceso; y, por otro, la garantía de respeto de la cultura y tradición Waorani.

La interculturalidad es una realidad que aún no existe, es un horizonte utópico posible por construir, es una tarea política, es una meta a alcanzar que para que exista debe ser construida, [...] pues será el resultado de luchas, de prácticas y acciones sociales conscientes y concretas que son impulsadas por sujetos social, política e históricamente situados.¹⁵⁴

La demostración de que esta realidad, la de la interculturalidad, aún está en construcción, consiste por ejemplo en el hecho de que ésta, siendo existente en las relaciones sociales no es visible en las relaciones jurídicas, a pesar de que al menos en lo formal está plenamente reconocida y garantizada. Así, la interculturalidad es un proceso en construcción, cuyos fines resultan aún imprevisibles, precisamente por la diversidad cultural, y que su interpretación por los operadores de justicia no está lo suficientemente arraigada. En el presente trabajo, al ser un estudio de caso, se pretende visibilizar la interrelación que existió, en el marco de un proceso penal, entre la justicia ordinaria y la visión cultural Waorani.

Tenemos que ir más allá de la aceptación de la realidad multiétnica y multicultural del país, para construirlo sobre bases nuevas, una de ellas es la interculturalidad. [...] Aunque el término parezca inocente a primera vista, debemos subrayar que la interculturalidad no es característica “natural” de todas las sociedades complejas, sino objetivo al que deben llegar para articularse internamente. [...] Va mucho más allá del diálogo entre culturas; es una relación sostenida entre ellas. Es una búsqueda expresa de superación de los prejuicios, el racismo, las desigualdades y las asimetrías que caracterizan a nuestro país, bajo condiciones de respeto, igualdad y desarrollo de espacios comunes.¹⁵⁵

6. De la plurinacionalidad al pluralismo jurídico

Más allá de la resistencia al uso del término *plurinacionalidad*, por considerarlo un riesgo en cuanto a la soberanía de los Estados, Julio César Trujillo, al definir el estado plurinacional, señala que: “No es otra cosa que el reconocimiento de la realidad o del hecho de que en el territorio del Ecuador coexisten la mayoría mestiza alrededor de

principios contenidos en la Constitución de la República e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

¹⁵⁴ Patricio Guerrero Arias, “Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica”, en *Interculturalidad y diversidad* (Ciudad de Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2011), 78.

¹⁵⁵ Enrique Ayala Mora, “La interculturalidad: camino para el Ecuador”, en *Interculturalidad y diversidad* (Ciudad de Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2011), 61.

trece naciones o nacionalidades indígenas como prefieren autodenominarse”.¹⁵⁶ Así, la plurinacionalidad representa un reto a la comprensión de la noción de nacionalidad,¹⁵⁷ se trata más bien un elemento de dominación y de legitimación de los procesos de conquista y colonización antes que de reivindicación y reconocimiento de sus derechos.

[...] no niega la existencia de un estado que la abarca, [...] significa la convivencia de varias culturas que merecen igual reconocimiento y representación. [...] es un deber del estado respetar y promover el desarrollo de cada nacionalidad. [...] tampoco significa la constitución de un estado federal que es una mera organización política, sino que tiene estrechos vínculos con la diversidad cultural [...]¹⁵⁸

En tanto que el *pluralismo jurídico*, entendido como: “la diversidad de fuentes previamente autorizadas por el Estado, productoras de normas jurídicas válidas y vinculantes para una determinada comunidad de sujetos de Derecho”.¹⁵⁹ Implica la existencia de distintos sistemas jurídicos, que conviven en una misma circunscripción territorial. La justicia indígena “aparece con la misma jerarquía que la justicia estatal [...] es consecuente con la declaración del estado plurinacional. En Ecuador existe pluralismo jurídico, esto es, varios sistemas jurídicos con normas de reconocimiento y validez distintas”.¹⁶⁰ Este reconocimiento formal, no repercute en lo material, pues, los *otros* sistemas están subordinados al sistema ordinario de justicia:

[...] a partir de la Constitución de 1998, la justicia indígena o los sistemas de derecho consuetudinario no han sido reconocidos a plenitud y solo se ha permitido su ejercicio en los casos en los cuales no se oponen a los principios del sistema nacional de justicia. Es decir, se ha mantenido una jerarquía en relación a la prevalencia del derecho positivista del sistema judicial ordinario, por sobre los sistemas de justicia indígena, por esto, el pluralismo ha sido dependiente de que su desarrollo y resoluciones no sean contrarios a lo establecido en la justicia ordinaria.¹⁶¹

¹⁵⁶ Julio César Trujillo Vásquez, *Constitucionalismo contemporáneo: teoría, procesos, procedimientos y retos*, 1. ed, Serie Estudios jurídicos 34 (Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.], 2013), 310.

¹⁵⁷ Ávila Santamaría, “El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino”, 27.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 28.

¹⁵⁹ Hernández Terán, *Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico*, 123.

¹⁶⁰ Ávila Santamaría, “El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino”, 31.

¹⁶¹ Roberto Esteban Narváez Collaguazo, “¿Un ejercicio de aplicación de la justicia intercultural? El caso Waorani en la Amazonía ecuatoriana.”, *Revista Antropologías del Sur Año 3 N°6 2016* Págs. 163 - 179, 29 de noviembre de 2016, https://www.researchgate.net/publication/330222844_Un_ejercicio_de_aplicacion_de_la_justicia_intercultural_el_caso_Waorani_en_la_amazonia_ecuatoriana?enrichId=rgreq-deb14dff7de806c98daf89be247a1d13-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMzMzMDIyMjg0NDtBUzo3MTI4MzQ1Njg3MDgwOTZAMTU0Njk2NDQxMzUxOQ%3D%3D&el=1_x_3&_esc=publicationCoverPdf.

7. Interculturalidad, Derecho penal y procesal penal

Aunque existen normas de *armonización*, no existen mecanismos para que un *diálogo intercultural* se cristalice. No podría establecerse mecanismos generales de aplicación de interculturalidad desde el Estado, precisamente por la diversidad cultural; los distintos pueblos, poblaciones y nacionalidades aunque compartan un mismo territorio, tienen distinta cultura y tradiciones y por ende su propia forma de comprender y relacionarse con a la sociedad mayoritaria y ello podría generar tensiones al momento de resolver los conflictos bajo el parámetro de una interculturalidad que no observe esa diversidad. Resultaría más bien necesaria y útil la creación y establecimiento de una política pública y por supuesto la existencia de voluntad política de superar los conflictos en aras de cumplir con las garantías, principios y derechos señalados en la Constitución y en instrumentos internacionales. Bastaría únicamente como sustento para articular esta interculturalidad el contenido del artículo 1 de la Constitución, a pesar que la misma contiene una serie de normas dispersas, que se verifican también en las incorporadas en el Código Orgánico de la Función Judicial, relacionadas con la administración de justicia y un cuerpo normativo en materia de educación, la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Si se pregunta si pueden haber varios sistemas jurídicos en el país, mi respuesta es que no. Pueden haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas hayan, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferenciaciones regionales puedan darse. Pero si por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, entonces solo hay un sistema jurídico en el Ecuador y no puede haber sino uno solo. Ese sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos. Porque si no hubiera un solo sistema jurídico en el país o un solo orden jurídico, para ser más exactos, entonces no seríamos iguales ante la ley.¹⁶²

La sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Orellana, en la causa penal No. 22251-2013-0223, constituye un aporte para arribar a una comprensión intercultural de los conflictos penales, pues aunque aún *rudimentaria*, dispone mecanismos de articulación entre las instituciones del Estado, cuyo pretendido fin es *armonizar* la comprensión mayoritaria con la de los Waorani respecto del proceso penal, de la sanción, de los mecanismos de reparación y de las garantías de no repetición en relación a los hechos investigados. La sentencia, –en realidad– conmina el ejercicio de una práctica intercultural, tanto en el cumplimiento de la pena como en la

¹⁶² Enrique Ayala Mora, “El derecho ecuatoriano y el aporte indígena”, en *Justicia indígena: aportes para un debate* (Ciudad de Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar: Abya-Yala, 2002), 107.

aplicación de las medidas de reparación; –si se quiere–, coacciona al Estado a interactuar con los Waorani a efectos de que la sentencia sea cumplida.

8. Flexibilización en el proceso penal

Son varios los principios sobre los que se asienta el Derecho penal, sin embargo, me limitaré a desarrollar aquél que a lo largo del proceso representó un enorme reto, el principio de legalidad, ya que en acatamiento de los principios de interculturalidad establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, así como en los distintos instrumentos internacionales relacionados, conllevó un esfuerzo *comprender el proceso*, –o al menos intentar comprenderlo–, con una visión que rebasa un procedimiento ordinario, del cual, por lo general sus reglas, están preestablecidos por la rigidez propia del proceso penal (formas procesales).

La elaboración de normas relativas a los pueblos indígenas supone un ejercicio de identificación de los estándares de conducta exigibles para salvaguardar valores de dignidad humana [...] De este modo los derechos de los pueblos indígenas pueden considerarse como una derivación de los principios generales de derechos humanos ya aceptados [...] ¹⁶³

A pesar de lo señalado, este trabajo que *presume* aplicar principios de interculturalidad, conviene establecer qué son los *principios*:

[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. ¹⁶⁴

Es decir, “el Estado tiene que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir al máximo el derecho, en este caso la aplicación de los principios de interculturalidad, para ello [...] se pueden tomar múltiples y hasta inimaginables caminos”.¹⁶⁵ La toma de cualquiera de estos múltiples caminos, “permite que el principio sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso procesos argumentativos”.¹⁶⁶ Así, la importancia de la aplicación de los principios radica en que “desata las manos del juez y le da la posibilidad de y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta. Y, por otro lado, le da la posibilidad para que, aún en ausencia de reglas, los

¹⁶³ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 124.

¹⁶⁴ Robert Alexy y Carlos L. Bernal Pulido, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed, Colección El derecho y la justicia 34 (Ciudad de Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - CEPC, 2007), 68.

¹⁶⁵ Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino: Los debates y los argumentos”, 45.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 46.

jueces efectivamente no nieguen justicia, apliquen un principio y construyan una regla para un caso en concreto”.¹⁶⁷

Esta posibilidad de *tomar múltiples e inimaginables caminos* y la *flexibilización de los principios*, torna al proceso penal en una suerte de *ente dinámico*, que hace imprevisible su resultado, el cual, sin duda será objeto de diversos cuestionamientos. De allí que no resulte claro el alcance y las limitaciones en cuanto a la aplicación de principios de interculturalidad, pues, se trata de un proceso en construcción continua que no ha logrado materializarse y que requiere por tanto contar con experiencias que permitan consolidar, al menos, estándares mínimos en el marco de un proceso.

En el caso de estudio, este *intento* se reflejó en la valoración que realizaron los jueces para establecer: a) la materialidad de la infracción, la cual, según el Código de Procedimiento Penal, podía ser justificada únicamente con diligencias de reconocimiento e identificación de cadáveres y el protocolo de autopsia; y, b) la responsabilidad de los acusados, construida a partir de informes antropológicos, que lejos de establecer una participación directa, estableció una participación desde la prueba indiciaria.

El principio de legalidad constituye la principal limitación del Estado para ejercer su facultad sancionadora frente a una conducta punible, consiste en que éste no podrá *accionar su maquinaria*, mientras previamente no se haya descrito una conducta como delito, es decir “no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide con el denominado *principio de legalidad de los delitos y las penas*, frecuentemente expresada mediante el aforismo *nullum crimen, nulla pena sine lege*”.¹⁶⁸ Esta limitación no se enmarca únicamente al Derecho penal (que establece y sanciona una conducta), sino que atañe también al Derecho procesal, que regula el procedimiento (formas procesales) al establecer: a) la existencia de una conducta catalogada como delito; b) el procedimiento para llegar a esa conclusión; c) el procedimiento para establecer la responsabilidad; y d) el procedimiento para una sanción.

Debemos considerar que al construir el precepto normativo aplicable en el caso, los distintos operadores jurídicos integran tras el texto regulatorio, a través de sus interpretaciones, una serie de puntos de vista acerca del sentido que se le debe atribuir al mismo. Considerando esta premisa podemos constatar que los textos y materiales jurídicos a partir de los cuales se configuran las argumentaciones procesales y motivaciones resolutorias o *ratio decidendi*(sic), al estar referidos y conectados

¹⁶⁷ Ibid., 47.

¹⁶⁸ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 99.

discursivamente con el mundo requieren de una hermenéutica teórica que dé cuenta de la reificación que asumen las situaciones históricas en las condiciones de la producción mercantil y de las correlativas relaciones mitificadas y fetichizadas. Como lo expresa [...] Giuseppe Zeccaria: ‘Cuando el intérprete se refiere a lo que tiene valor para el derecho, no puede limitarse al documento escrito, aunque este sea el texto por excelencia. Son también ‘texto’, las instituciones sociales, los principios, las normas no escritas y la doctrina jurídica.¹⁶⁹

Vale decir que los componentes del proceso penal objeto de estudio, no estuvieron limitadas únicamente a los indicios y elementos de convicción recolectados a en la investigación, sino que necesariamente debieron *enlazarse* con el componente cultural de los procesados; allí radica el *intento* de diálogo intercultural, en la incorporación de elementos ajenos al proceso, que si bien debieron ser judicializados con el propósito de que exista la constancia procesal de la actuación, como en la participación de los ancianos (pikenanis) con el fin de dotar a la decisión judicial la comprensibilidad necesaria para que sea, en la medida de lo posible, justa y ajena a cualquier tipo de argumento que pueda ir en detrimento de los sentenciados.

La Corte Constitucional, en su sentencia No. 004-14-SCN-CC, de 06 de agosto de 2014, señaló los parámetros para que un proceso se entienda desde la interculturalidad, sin embargo, no estableció los mecanismos que deben articularse para que se cumpla, allí radica también la importancia de la actuación de los juzgadores. Entonces, debe existir una flexibilización valorativa, en cuanto la prueba y otra punitiva en cuanto a la pena.

8.1. Flexibilización valorativa

En cuanto al uso de la prueba basada en informes de antropología, su objetivo primordial es: “brindar información y criterios de juicio al juzgador sobre la importancia que tiene la diferencia cultural en el entendimiento de un caso específico [...] coadyuva a la construcción de procesos de procuración de justicia en condiciones de mayor equidad [...]”,¹⁷⁰ así el informe tiene varias funciones: “como ‘medio’ (entre un objeto desconocido y quien pretende entenderlo) y como ‘prueba’, que supone mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, [...] busca

¹⁶⁹ Xavier Garaicoa Ortiz, «La interculturalidad, el discurso de poder y los derechos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿ruptura o continuismo?*, Estudios Jurídicos 38 (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017), 159.

¹⁷⁰ Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 10.

demostrar una hipótesis propuesta”.¹⁷¹ Esta comprensión rebasa la de un procedimiento ordinario, pues en la medida en que se justifique, con la prueba aportada, se “allana el camino para un entendimiento intercultural inteligible y, por lo menos, menos injusto entre los pueblos indígenas y la sociedad nacional”.¹⁷²

En definitiva, lo que se pretendió en el proceso penal es que los administradores de justicia consideren, además de la ritualidad propia del proceso (formas procesales), la diferencia cultural y los derechos de los implicados desde su cosmovisión. Incorporó actuaciones, que pretendieron la aplicación de principios de interculturalidad, entre ellos: La participación de un traductor; La participación de una Comisión Waorani; La disposición de práctica de pericias antropológicas.

Esta flexibilización valorativa se evidenció en el razonamiento de los jueces, que van desde la comprensión de la prueba indiciaria; la valoración de las evidencias recolectadas en las diligencias, que fueron explicadas desde la Antropología jurídica; la contextualización de la información relativa a los hechos, y las demás actuaciones en que debieron efectuar una valoración integral, lo que posibilitó el desarrollo de su decisión en la sentencia dictada.

8.2. Flexibilización punitiva

En general, la consecuencia lógica frente a un delito es una sanción conforme a la ley penal, que dependiendo de su gravedad será, la privación de la libertad. En una visión mayoritaria se descarta *a priori* la comprensión de la sanción desde una perspectiva cultural distinta, “el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal, que se centra en el uso de la cárcel y en el encierro como solución única. La otra realidad es la justicia indígena”.¹⁷³

La Constitución de la República señala que no existirá enjuiciamiento ni sanción, entre otros requisitos, si previamente la conducta o la omisión no ha sido previamente tipificadas en la ley como infracción penal,¹⁷⁴ por lo que, para hablar de una flexibilización punitiva, corresponde entender qué es la pena, entendiéndose esta como “sinónimo de un mal o de restricción de derechos, que se impone

¹⁷¹ Ibid., 10.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, Primera edición (Ciudad de Quito, Ecuador: Huapona Ediciones, 2016), 146.

¹⁷⁴ Asamblea Nacional, Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449 (Quito, Ecuador, 2009), Art. 76, numeral 3.

intencionalmente por parte de la autoridad estatal, en contra del sujeto que cometió una conducta contraria a un bien jurídico y al ordenamiento jurídico [...]”.¹⁷⁵

En esa misma línea, Álvaro Román Márquez,¹⁷⁶ señala que ésta debe ser impuesta por una autoridad, eliminando así la idea de la venganza personal, de modo que se “elimina la violencia privada e instaura la violencia legitimada estatal”.¹⁷⁷ Es decir, el conflicto generado a partir del hecho delictivo es trasladado sin mayor análisis a un tercero, el Estado, quien con el fin de *solucionarlo* opera desde su facultad sancionadora. De allí que en primera instancia se pase por alto la valoración del delito y sus componentes culturales desde la perspectiva de una cultura minoritaria, así: “La prisión es parte de nuestra cultura moderna y de nuestra cotidianidad. La idea del encierro cuando se ha cometido una infracción grave está tan arraigada en nuestra cultura, que resulta muy difícil pensar en otras soluciones”.¹⁷⁸

Los pueblos indígenas, plantean soluciones distintas a las del Estado, y no incluyen la privación de la libertad como una sanción: “En las comunidades indígenas, la privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia [...], esta pena existe, es corta [...] y es realmente excepcional”.¹⁷⁹

En un proceso penal, para arribar a una flexibilización punitiva, previamente deberá probarse la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados en los términos de la justicia ordinaria y ésta deberá estar sustentada en componentes de interculturalidad. En el caso de estudio, esta flexibilización fue recogida en la sentencia del Tribunal de Garantías Penales al modificar una pena privativa de libertad por una distinta, propuesta por representantes del pueblo Waorani, incorporada al proceso en este ejercicio de diálogo intercultural. Esta situación, en apariencia contraría el principio de legalidad, sin embargo, se observa que ha sido necesario, no solo considerar los elementos propios del tipo penal, así como las formas procesales establecidas para su validez, sino que la decisión judicial se vio precisada de contar también con elementos que no son propios del proceso, por ejemplo contextualizando los hechos, primeramente

¹⁷⁵ Bernardo Feijóo Sánchez, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal* (Ciudad de Montevideo, Uruguay: Editorial B. de F [u.a.], 2007), 45.

¹⁷⁶ Román Márquez, *Interculturalidad*, 29.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ávila Santamaría, “La cárcel como problema global y la justicia indígena como solución local: El caso La Cocha”, 174.

¹⁷⁹ Ramiro Ávila Santamaría, “La interculturalidad y el derecho: ¿debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?”, en *El neoconstitucionalismo andino* (Ciudad de Quito, Ecuador: Huaponi Ediciones / Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016), 166.

en un marco histórico de conflictos entre los Waorani y los Pueblos en Aislamiento Voluntario, explicada desde las pericias antropológicas, de forma de permitieran al juzgador incorporar elementos culturales de los sentenciados. Sólo con estos insumos, a más del razonamiento y valoración del tribunal, pudo *flanquear* el principio de legalidad, sin que ello signifique *a priori* una vulneración a la norma penal (sustantiva y adjetiva).

9. La Antropología como herramienta del Derecho Penal

La conducta humana como objeto del Derecho penal, es “el punto de partida de toda reacción jurídico-penal”,¹⁸⁰ de allí la importancia que ésta deba estar establecida en la ley y deba ser relevante para activar el *ius punendi*, se afirma que “toda gama de comportamientos que ocurren en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena”.¹⁸¹ A su vez, debe pasar por el filtro de la tipicidad, la antijuridicidad, y culpabilidad, culminando de ser el caso en el reproche a cargo del Estado. Para cumplir con este análisis, ya que el Derecho penal por sí solo no puede arribar a ninguna conclusión, se deba contar con el auxilio de otras ciencias. Conforme se ha revisado, la conducta ejecutada por los sentenciados en el proceso, tiene un componente cultural, de allí que deba auxiliarse en otras ciencias, en particular de la Antropología:

El derecho ordinario se muestra como ordenamiento jurídico que regula, mediante sanciones, las violaciones a la Constitución y a la ley, no puede desarrollarse ni ir más allá de sus propios límites para interactuar con otros derechos si no es con la concurrencia de otras ciencias y de otros conocimientos que trascienden los referentes propios de ese derecho. [...] estas explicaciones culturales se pueden traducir e interpretar a través de peritajes culturales.¹⁸²

El análisis intercultural no es un asunto que está en la cotidianidad de los operadores de justicia, ello lo torna más complejo, pues *pone a prueba* la estructura jurídica del Estado, presupone incluso rebasar los límites impuestos por él a través del principio de legalidad, con el fin de materializar el enunciado constitucional del artículo 11 en relación a la aplicación de los derechos.

La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un

¹⁸⁰ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Ciudad de Bogotá, Colombia, 2018), 7.

¹⁸¹ *Ibid.*, 7.

¹⁸² Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 11.

modelo de vida. [...] Queremos, pues, tomar en serio la interculturalidad, dialogar en términos de igualdad con quienes aplican otros sistemas jurídicos, ser más humildes e imaginarnos que en lugar de grades consultores internacionales podemos aprender de una autoridad indígena y lejos de una oficina o escritorio. Este reto implica, si uno lo ve desde lo científico, desarrollar, muchas metodologías que han desarrollado las ciencias sociales, como la antropología o la sociología para aprender desde nuestro saber occidental; o tal vez, simplemente aprender a escuchar y mirar libre de ataduras científicas al otro, siempre que exista apertura cultural hacia lo que ha sido considerado marginal y subordinado.¹⁸³

La Antropología, al igual que cualquier otra ciencia social, tiene diversas ramas de estudio, por ello y en relación a los hechos que motivan este trabajo haré alusión específicamente a la Antropología Jurídica, entendida ésta como:

[...] una sub disciplina de la antropología socio-cultural [...], [que tiene] la finalidad de encontrar la estructura y los sistemas de regulación en las relaciones sociales humanas, formulando proposiciones simples que las describan e ideen pruebas que verifiquen la validez de tales preposiciones; es decir busca[r] prevalecer la objetividad ante todo.¹⁸⁴

Ya que uno de los elementos que conforman el Estado es su población, conlleva una infinidad de características individuales y/o colectivas marcadas por su interacción, de allí que el Ecuador se reconozca como intercultural y plurinacional; estas relaciones no siempre son pacíficas y muchos de esos conflictos son abordados por el Derecho en general y en este caso por el Derecho penal en particular. La resolución de estos no siempre se da en igualdad de condiciones, se lo hace desde una visión desde la hegemonía y poder del Estado, quien no es capaz de comprender el origen de los conflictos, en consecuencia, la forma de abordarlos y de resolverlos, aunque legal, puede tornarse injusta y discriminatoria.

El objetivo es recordar y, acaso, reconsiderar el sentido y las razones de ese constitucionalismo pluralista, hacer un balance de sus resultados e indagar sobre las posibilidades de hacerlo efectivo en un contexto en el que, pese a la retórica multicultural, la relación con esos “otros” sigue transitando la senda de la colonialidad.¹⁸⁵

Se torna necesario, no solo el reconocimiento teórico de la interculturalidad y la plurinacionalidad como meros enunciados, sino reflexionar en una forma distinta de abordar las problemáticas a fin de que, apegado a derecho, sus decisiones también sean

¹⁸³ Ávila Santamaría, “La interculturalidad y el derecho: ¿debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?”, 169.

¹⁸⁴ Desconocido, “Antropología Jurídica”, https://antropologiajuridica-rl-derecho.blogspot.com/2014/11/antropologia-juridica_24.html, *Antropología Jurídica*, (24 de noviembre de 2014), https://antropologiajuridica-rl-derecho.blogspot.com/2014/11/antropologia-juridica_24.html.

¹⁸⁵ Gloria Amparo Rodríguez y Gloria Patricia Lopera Mesa, eds., *Retos del constitucionalismo pluralista*, Biblioteca José Martí. Justicia y conflicto (Ciudad de Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores / Universidad EAFIT / Editorial Universidad del Rosario / Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, 2016), 19.

justas. Parte de esta solución es la incorporación de información y conocimientos desde la Antropología.

Es así como aparece la visión de la justicia y el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario, tanto en las constituciones como en los tratados y convenios internacionales, tema que ha logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del pluralismo jurídico –es decir, la coexistencia de diversos órdenes normativos–. El mero hecho de que exista más de un sistema no asegura siempre que exista justicia adecuada y apropiada; tampoco asegura una consideración de la real complejidad de la diversidad –tanto étnica como de género, clase social, ubicación geográfica, etc. –, ni un cambio en las creencias y actitudes de la gente.¹⁸⁶

Convendría también tomar el ejemplo de otros países en los que las relaciones Estado-sociedad, están marcados también por la multiculturalidad. En Colombia, por ejemplo, a partir de la presencia de la Corte Constitucional desde 1991 “se visibilizó el papel fundamental cumplido por los antropólogos y se consolidó la prueba judicial aportada por estos especialistas, porque produjo nuevos argumentos para pensar el derecho”.¹⁸⁷ Esto permite identificar las variables (culturales) que operan para determinar los objetivos del proceso; y, la demanda que se hace del aporte cultural, permitiendo prever la importancia que pueda tener el proceso en relación con los perpetradores y/o las víctimas, de modo que inciden directamente en la posición de la acusación como de la defensa, así como en la decisión de los jueces. Para ello es primordial centrar el proceso en la “búsqueda de argumentos culturales orientados al logro de los objetivos en el momento de la proyección y ejecución de la sentencia”,¹⁸⁸ se trata entonces que el proceso se encuentre sustentado en argumentos culturales, ya que “los antropólogos jurídicos aumentan las posibilidades de eficacia de la política de reconocimiento para la protección de los derechos humanos y fundamentales indígenas, y por ello saben que la información debe estar directamente vinculada a los objetivos que se propone la acción judicial”.¹⁸⁹

La Antropología jurídica hace “visible el significado de ciertas realidades que no se presentan a simple vista”,¹⁹⁰ como en el presente caso, la justificación y la comprensión del por qué en marzo de 2013, se realizó un ataque o el hecho de que los Waorani no reconocen la prisión como una sanción; de modo que su utilidad se

¹⁸⁶ Ibid., 19.

¹⁸⁷ Esther Sánchez Botero, “Mucho derecho y poca antropología: el impacto negativo en sociedades étnicas del derecho globalizado”, en *Retos del Constitucionalismo pluralista*, Justicia & Conflicto (Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores / Universidad EAFIT / Editorial Universidad del Rosario / Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, s. f.), 30.

¹⁸⁸ Ibid., 32.

¹⁸⁹ Ibid., 33.

¹⁹⁰ Ibid., 36.

evidencia porque constituye “una herramienta que permite entablar una relación dialógica entre el derecho ordinario y los sistemas de derecho indígenas, así como en la construcción de una sociedad respetuosa de la diversidad cultural”,¹⁹¹ proporcionando así un medio de prueba sujeto a la valoración de los jueces, posibilitando *recrear* el hecho investigado, interactuando así el Derecho y la Antropología.

Ahora falta que el diálogo entre juristas y antropólogos fructifique, de manera que pueda haber un entendimiento entre ambas profesiones. Habrá que superar prejuicios y aprender a escuchar. Superar la imagen de los abogados como incapaces para las ciencias sociales, como únicamente dedicados a las normas jurídicas sin atender a sus raíces socioeconómicas. El Trabajo que nos espera es arduo y recién comienza.¹⁹²

10. La hermenéutica diatópica como forma de interpretación intercultural

Este término, acuñado por Boaventura de Sousa Santos,¹⁹³ desagregándolo en su etimología, significa: *topos/topoi*=lugar; *diá*=recorrido: por medio de, a lo largo de, o entre; dando la idea de “recorrido o movimiento entre lugares”, entendiendo que no se trata de lugares físicos, sino culturales.¹⁹⁴ Su importancia radica en el hecho que procura dotar al análisis de un proceso de herramientas con capacidad de *comunicar* el significado de realidades distintas de un mismo evento (el ataque de marzo de 2013), a fin de interpretarlos y adecuarlos a la normativa existente, con el fin de establecer una convivencia como uno de los fines del Estado en su forma de resolver un conflicto.

Se trata de una relectura de los fundamentos de una cultura desde los de otra, y viceversa. [...] de un proceso recíproco de traducción de saberes, valores, creencias, concepciones, etc. [...], una interpretación de este tipo conlleva el enfoque de una zona cultural a partir del prisma de una distinta, en el marco de un juego bidireccional que garantiza el intercambio entre ambas.¹⁹⁵

Un proceso penal, como ya se ha analizado, conlleva una inevitable carga de violencia, tanto en su proceso como en sus fines, que genera tensiones entre culturas que se enfrentan por una *decisión*; por un lado el Estado resuelve los conflictos penales con

¹⁹¹ Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 9.

¹⁹² Alma Guadalupe Melgarito Rocha, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta: análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, Primera edición, Colección Derecho y sociedad (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012), xiv.

¹⁹³ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, 1. ed, Colección En clave de sur (Ciudad de Madrid, España: Editorial Trotta / ILSA, 2009), 509–41.

¹⁹⁴ Esteban Nelson Vergalito, “Acotaciones Filosóficas a la ‘Hermenéutica Diatópica’ de Boaventura de Sousa Santos”, *Universidade Metodista de Piracicaba - Revista de Ciências Sociais y Humanas*, 8 de abril de 2009, 21, <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/view/98>.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 21.

una sanción, la privación de la libertad en algunos casos y en otros con medidas que la afectan, —en todo caso, está marcada por una restricción—; por otro lado, los acusados, no ven en ésta una forma de solución, por el contrario se enfrentan a una vulneración de sus derechos; y, además las víctimas, que presentan condiciones de vulnerabilidad aún más extremas (menores de edad trasladadas de manera forzada y pueblos en aislamiento, cuya voz y reclamo no puede ser escuchada), de modo que se tiende a invisibilizarlas.

Si la interculturalidad abre espacios para el encuentro dialogal, y la comunicación entre mundos de vida y culturas diferentes, requiere más que una hermenéutica de las culturas o un ejercicio de traducción de las mismas, requiere de hermanamiento, de comunicación y fecundación mutuas. Si bien la hermenéutica es un paso importante para el conocimiento y la explicación de las diferencias culturales para un verdadero diálogo intercultural, resulta insuficiente pues no basta solo conocerlas, interpretarlas, traducir sus conceptos diferentes, sino comprenderlas, en la profundidad de sus mundos de vida. La explicación de la diferencia implica un ejercicio epistémico, racional, que se lo hace desde la cabeza [...].¹⁹⁶

Es necesario entonces la comprensión de tres supuestos, complementarios entre sí, que sostienen esta propuesta¹⁹⁷ y que sólo pueden ser evidenciados a través de la comparación entre culturas: a) la relatividad, dada por la disparidad y características propias de cada cultura; b) la incompletud, que al existir visiones distintas del entorno, cada una afirma poder resolver el conflicto desde su perspectiva; y, c) la diversidad cultural, en la que su forma particular de comprender el conflicto hace que su solución se mire desde una óptica parcializada.

Dado que la cultura no resulta universal puede ser contradictoria, la *hermenéutica diatópica* propone mecanismos de solución distintos a los de un procedimiento ordinario, de tal forma que se evite la imposición de decisiones desde la visión de hegemónica. No se trata tampoco de igualar o equiparar culturas o de hacer que éstas sean *universales*, así su objetivo “no es, por tanto, alcanzar la completud — puesto que éste es un objetivo inalcanzable— sino, por el contrario, elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible entablando un diálogo, por así decirlo, con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter *dia-tópico* ”.¹⁹⁸

Este *poner un pie en una cultura*, los denomina Boaventura de Sousa Santos como *topoi*, es decir la identificación de puntos de encuentro comunes entre distintas culturas. Por supuesto esta tarea resulta compleja pues dependerá de los presupuestos

¹⁹⁶ Salazar Medina, “Derechos colectivos e interculturalidad: hacia la construcción del nuevo Estado”, 92.

¹⁹⁷ “Acotaciones Filosóficas a la ‘Hermenéutica Diatópica’ de Boaventura de Sousa Santos”, 21.

¹⁹⁸ Santos, *Sociología jurídica crítica*, 518.

establecidos (la relatividad, la incompletud, la diversidad), confrontándolos en comparación desde la visión de los Waorani en este caso, con la obligación estatal de investigar y sancionar la comisión de un delito.

El giro hermenéutico nos brinda muchas posibilidades para esa perspectiva, pero nos llama también la atención de que no se trata de metodologías simplistas, del remanido recurso de apelar a la “justicia del caso” o los valores implícitos. Que la justicia y los valores cumplen un papel tanto en el establecimiento del marco de razonabilidad que debe ser el litigio, como en la decisión racional del juez, es una verdad que debemos admitir, siempre y en tanto ello implique una reflexión y una construcción compleja. [...] El esfuerzo argumentativo de las partes comprende también a los argumentos sobre los hechos y los valores, en estructuras de saber complejas, tensionadas por las ideas de racionalidad.¹⁹⁹

En el presente caso, la propuesta de la *hermenéutica diatópica*, se procuró en el hecho de que, reconociendo las diferencias y las distancias culturales de los Waorani, de los pueblos en aislamiento voluntario y de la sociedad mayoritaria, encontraron como punto de encuentro común la reivindicación de la *dignidad humana*, así, la imposición de una pena privativa de la libertad sería atentatoria de los derechos individuales y colectivos de los sentenciados, pues no la reconocen como válida; por otro lado, el Estado flexibilizó la rigidez propia del proceso penal en función de cumplir con su labor de investigar, sancionar y reparar. Todo enmarcado en la aplicación y justificación de una interpretación intercultural. Sin embargo, bien podría afirmarse que este respeto a la dignidad humana, *no constituye por sí misma el proceso de un diálogo intercultural, sino su resultado*, por lo que conviene analizar los puntos de encuentro comunes entre las culturas partícipes del proceso penal, abordándolos desde sus interpretaciones de justicia, y desde sus objetivos, aunque su práctica pueda ser disímil y en cierta medida imperceptible, así, por ejemplo:

10.1. La valoración de los hechos

En este caso, las actuaciones que vulneraron entre otros, el derecho a la vida de los pueblos en aislamiento voluntario, desde la visión de la justicia ordinaria, deben ser *penalmente relevantes* para el Derecho penal, de esta forma se legitima la activación del poder punitivo a través de una investigación, procesando y sancionando al grupo de atacantes; desconociendo así las posibles justificaciones culturales que motivaron el ataque de marzo de 2013. Por otro lado, desde la perspectiva cultural, “los atacantes aducen que este conflicto corresponde a su modo tradicional de actuar, al buscar la

¹⁹⁹ Binder, *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Hermenéutica del proceso penal.*, 17.

muerte de sus familiares ancianos para cumplir con las *obligaciones inmersas*²⁰⁰ en la cultura Waorani”.²⁰¹ Es decir, el ataque de marzo de 2013, al obedecer a patrones culturales, no requeriría de una investigación en el marco de la justicia ordinaria, pues al ser *cultural*, la activación del Derecho penal carecería de legitimidad, derivando así en un procedimiento propio de la justicia indígena. Como consecuencia, esta valoración, desde cada perspectiva (justicia ordinaria y cosmovisión Waorani), se genera un conflicto de jurisdicciones en la que cada una afirma ser competente para procesar los hechos y buscar una sanción. Al ser ambas posiciones antagónicas, no podría afirmarse que existe un punto de encuentro común, para iniciar un diálogo intercultural.

10.2. El Derecho utilizado

La justicia ordinaria fundamenta sus actuaciones en un sistema normativo de carácter legislativo, partiendo de la premisa de que sus normas, luego de ser promulgadas, gozan de garantías de *validez y legitimidad*, advirtiendo con ello su carácter de general hacia los destinatarios de la norma, la población, sin realizar distinciones de carácter cultural, propias de las minorías étnicas. En particular, el Derecho penal, al describir una conducta como delito y establecer una sanción, tampoco hace reparo alguno, por lo que se *entiende de aplicación general* y en consecuencia le resulta irrelevante las condiciones y circunstancias en las que ésta se desarrolló; es decir desconoce las posibles causas de justificación que operan desde la cultura frente a una actuación catalogada como delito. Por otro lado, las poblaciones indígenas, basan sus actuaciones en un derecho consuetudinario “que no se encuentra escrito, es de carácter tradicional, su transmisión oral corresponde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y tradiciones de cada pueblo, comunidad o nación indígena”.²⁰²

Si bien existe desde el Estado el reconocimiento formal de un derecho consuetudinario, conforme lo señala la propia Constitución de la República en su artículo 57, numeral 10, en cuanto a la garantía de derechos colectivos, entre ellos:

²⁰⁰ Nota del autor: resalto el término “obligaciones inmersas”, por cuanto, se avizora como probable punto de encuentro común, que tanto el Estado desde su visión mayoritaria, como desde la cultura (justicia) Waorani, existe una *obligación* en cuanto a su reacción en torno al ataque de marzo de 2013 al interior de la Amazonía.

²⁰¹ Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 3.

²⁰² Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez Sánchez, “El conflicto de competencia en la justicia indígena en Ecuador”, *Revista Temas Socio Jurídicos*, junio de 2016, 100.

“Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales [...]”, en la práctica este reconocimiento resulta antagónico, pues no siempre las prácticas culturales son compatibles con los postulados de la justicia ordinaria. De allí que, dentro de este análisis, el reconocimiento de un derecho consuetudinario, condicionado y limitado, impida un punto de encuentro común entre las culturas y se imposibilite un diálogo intercultural, pues se contraponen la justicia ordinaria y la cosmovisión Waorani.

10.3. El objetivo que persigue

Entendido que el objetivo del derecho en general consiste en la elaboración de normas que regulan la conducta humana cuyo fin es la *convivencia social*, y que en el caso del Derecho penal “constituye uno de los medios de control social existentes en nuestras sociedades actuales [...] [y] como todo medio de control social éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen [...]”,²⁰³ esta amenaza se materializa en el establecimiento de una pena, la cual tiene sus propias funciones, así: una función *retributiva*, que “responde a la arraigada convicción que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”²⁰⁴; y, una función *preventiva*, en la que a la pena se le asigna “la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria, [que se funda] en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales”.²⁰⁵

Visto desde la justicia ordinaria, la articulación de normas parte de un presupuesto que se espera no sea violentado, el de la *convivencia*. Frente a esta situación, el Estado ha generado normas de procedimiento, que posibilitan la activación del *ius punendi*, que se manifiesta a través de un proceso penal, que ante tal quebrantamiento busca establecer una sanción.

Desde la cosmovisión Waorani, al tratarse también de un grupo humano, socialmente organizado y regulado por sus propias costumbres y tradiciones, puede decirse que éstas, mantienen la *convivencia* entre los miembros del grupo y a su vez con la sociedad mayoritaria, sin embargo esta se vio afectada por la muerte de los dos

²⁰³ Santiago Mir Puig, *Derecho penal: parte general*, 10a. edición, actualizada y revisada (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016), 42.

²⁰⁴ *Ibid.*, 84.

²⁰⁵ *Ibid.*, 88.

ancianos ocurrida en marzo de 2013, situación que desembocó en una venganza, cuyo fin, —podría decirse—, fue el de restaurar el equilibrio propio de su *convivencia*. Para explicar lo dicho, me serviré del peritaje antropológico incorporado en el proceso, en el que se afirma,²⁰⁶ por ejemplo:

Un aspecto a considerar es que el ataque surgió de un contexto en el cual los familiares de los ancianos Ompore y Buganei debían saldar esas muertes con una venganza, que cumpla con la necesidad social de retornar a la tranquilidad interna del grupo familiar. Es justamente la paz la que se logra brindando las garantías de seguridad y la posibilidad de supervivencia del grupo, para lo cual la presencia de amenazas de un grupo contrario no da la posibilidad de la tranquilidad del grupo, lo que requiere de acciones de guerra que lleven a eliminar esas posibles amenazas futuras.²⁰⁷

Tomar venganza es la reacción tradicional para recuperar el equilibrio y la armonía social.²⁰⁸

La muerte genera tristeza y frustración en el grupo familiar cercano, y se transforma en cólera e ira, que desemboca en una necesidad de venganza. La venganza se torna ya en una obligación social cuando surge el reclamo de las mujeres, de las viudas o de los familiares cercanos que embargados por la tristeza exigen la acción de los hombres para vengar esa muerte.²⁰⁹

El duelo por la muerte de Ompore y Buganei copó los primeros instantes y días, el sufrimiento inicial dio paso a una necesidad de venganza, primero existió un momento de pena, y después reaccionaron por la obligación social de vengar esa muerte.²¹⁰

Las razones de la venganza han sido desarrolladas, sin embargo, la reafirmación de la participación es la exposición social en el hecho, es la manifestación identitaria en el contexto social, por necesidad de reafirmación en ese entorno social, buscando el reconocimiento o exponiendo que se cumplió con esa obligación social de venganza.²¹¹

²⁰⁶ En relación a los términos *paz, guerra, venganza*. “Existe en la cultura occidental un sistema de creencias que afirma la natural e inevitable tendencia humana hacia la guerra así como nuestros orígenes guerreros y violentos como especie y a lo largo de la historia. Estas creencias no son fruto de la evidencia empírica sino más bien de herencias culturales que desde el Génesis y a lo largo de la historia con autores como Thomas Hobbes o Darwin han ido colonizando nuestra visión del mundo. Esta visión del mundo está basada en un modelo antropológico negativo según el cual los principios de competencia, desconfianza, egoísmo y vanidad caracterizan a los seres humanos y describen su conducta antisocial. Pero no solo estas creencias no están basadas en datos empíricos, sino que además colaboran a la construcción de la profecía que se auto cumple, si la guerra es natural e inevitable, qué sentido tiene trabajar para abolirla. Y aún más, además de ser una profecía que se auto cumple, también se auto justifica. Estas creencias nos afectan a todos y también a los científicos que interpretando la historia, la arqueología o la antropología desde estas lentes ven violencia y guerra allá donde miran. Douglas Fry cita algunos ejemplos al respecto (Fry, 2006: 244-246). Así se reforzaban y refuerzan las creencias culturales sobre los antiguos orígenes y la naturalidad de la guerra y la violencia”. En Irene Comins Mingol, “Antropología filosófica para la Paz: una revisión crítica de la disciplina.”, *Revista paz y conflictos* 1 (2008): 76–77.

²⁰⁷ Narváez Collaguazo, “Informe de Antropología Jurídica: Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenane”, 22.

²⁰⁸ *Ibid.*, 48.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*, 49.

²¹¹ *Ibid.*, 58.

Queda claro que, dentro de la cosmovisión Waorani, su vida está, al igual que en el esquema de la población mayoritaria, regulada por normas de convivencia, cuyo quebrantamiento *legítima* un accionar, en el caso de los primeros de *castigar* a través de la venganza, y, de iniciar un proceso penal en el caso de los segundos. Podemos ver entonces que en cuanto al objeto que persiguen, independientemente de la forma cómo se lo haga (castigo a través de la venganza y/o de investigación, procesamiento penal y aplicación de una sanción), tanto la justicia ordinaria como la de la cosmovisión Waorani pretenden mantener un equilibrio social, que se manifiesta en la convivencia.

Encontramos ya un *elemento común entre ambas justicias*, que frente al quebrantamiento de esta convivencia, activan desde su perspectiva los medios para restablecerla. Llegar a esta afirmación, implicó una comparación entre culturas,²¹² partiendo del reconocimiento y de la necesidad de comprensión de: a) la relatividad, dada por la disparidad y características propias de cada cultura; b) la incompletud, que al existir visiones distintas del entorno, cada una afirma poder resolver el conflicto desde su propia perspectiva; y, c) la diversidad cultural, en la que su forma particular de comprender el conflicto hace que su solución se mire desde una óptica parcializada.

Se evidencia que la comprensión intercultural en un proceso penal, desde la hermenéutica diatópica no abarca solamente análisis y criterios de orden jurídico-penal, sino que debe abordar también y necesariamente, componentes culturales (desde la Sociología, la Antropología y otras ciencias sociales) que permitan contextualizar, comprender y en consecuencia explicar una conducta propia de las culturas, la cual ha sido catalogada como delito según la justicia ordinaria.

11. La justicia dialógica

El sistema de frenos y contrapesos,²¹³ plantea la idea que es el mismo Estado que enfrenta una pugna de poderes desde sus funciones, entre el ejecutivo y el legislativo o estos con el judicial, en el que tiende a obtener mejores resultados la que más poder ejerza; un claro ejemplo de ello ha sido la figura del *hiperpresidencialismo*, adecuándose a éste, la creación de normas desde la función legislativa, así como la subordinación funcional de las decisiones del poder judicial. Este desequilibrio y desigualdad, hace dudar de la concepción democrática de los Estados, pues, “es difícil llamar ‘democrático’ a un diálogo en el que los participantes se encuentran situados en

²¹² Vergalito, “Acotaciones Filosóficas a la ‘Hermenéutica Diatópica’ de Boaventura de Sousa Santos”, 21.

²¹³ Gargarella, *Por una justicia dialógica*, 120–52.

posiciones tan desiguales”.²¹⁴ Esta pugna de poderes se traslada hacia la sociedad, que resulta ser la parte *débil*, pues son resueltas desde el punto de vista del Estado (que ostenta el poder), sin miramiento de situaciones particulares, individuales o colectivas. Consecuentemente este sistema no es “favorecedor del diálogo institucional en asuntos de interés público”.²¹⁵ Frente a esta pugna, señala Roberto Gargarella, que se ha optado por equiparar las condiciones de tal manera que sean resueltas en situaciones de igualdad, estableciendo por ejemplo un marco normativo que promueva la independencia de las funciones o el reconocimiento de derechos individuales y colectivos. Esta *equiparación* aún es insuficiente, pues es de carácter formal (en lo normativo), sin *aterrizar* en lo material (a casos concretos). Se plantea así la necesidad de un diálogo intercultural y corresponde establecer los mecanismos para que éste se efectúe, sin que ello implique detrimento de los derechos de los pueblos indígenas. Al referirse al proceso de toma de decisiones en el marco de un diálogo inclusivo, señala:

[...] las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en las que intervienen –desde una posición de igualdad– todos los potencialmente afectados. El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que se base en una discusión amplia e inclusiva, en la que –en particular– se escuche a todos aquellos que disienten, aquellos que piensan distinto, aquellos que desafían las decisiones establecidas. La discusión entre todos los potencialmente afectados, puede agregarse, sirve a propósitos diferentes y valiosos: todos nos abrimos a la posibilidad de ganar información con la que no contábamos; todos podemos corregir errores a partir de las críticas que recibimos de los demás; todos nos vemos forzados a plantear nuestras posiciones en términos que sean entendibles y aceptables para los demás; todos nos vemos así obligados a pensar en los modos en que nuestras iniciativas impactan sobre los demás, y a considerar a los otros en nuestras propuestas; todos nos vemos constreñidos a confrontar con quienes piensan distinto y a argumentar con ellos, en lugar de simplemente descartar prejuiciada o dogmáticamente sus puntos de vista.²¹⁶

En el Ecuador, esta *equiparación*, en lo que a pueblos indígenas se refiere, aparece en el neoconstitucionalismo, que incorpora instituciones como la plurinacionalidad, la pachamama, el *sumak kaway*, la democracia comunitaria, la justicia indígena y la interculturalidad.²¹⁷ Otro ejemplo lo encontramos en el Código Orgánico de la Función Judicial, que señala cuáles son los principios de justicia intercultural (diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, *pro jurisdicción indígena* e

²¹⁴ Ibid., 142.

²¹⁵ Ibid., 152.

²¹⁶ Ibid., 124.

²¹⁷ Ávila Santamaría, “El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino”, 26.

interpretación intercultural).²¹⁸ Ahora bien, el hecho de que estos principios consten dentro de un marco normativo, no significa que su materialización en casos concretos esté garantizada, conforme lo señala el artículo 346 del mismo cuerpo legal. Precisamente la promoción de esta denominada *justicia intercultural*, dependerá del establecimiento de mecanismos de coordinación, y este a su vez dependerá de un diálogo bidireccional entre el poder judicial y las minorías de la población indígena (justicia dialógica). Al respecto, “el ejercicio de control judicial de constitucionalidad puede entenderse como una práctica conversacional que incluye un diálogo entre el Poder Judicial y las ramas políticas de gobierno, que eventualmente puede extenderse al resto de la sociedad”,²¹⁹ entendida esta como la aplicación a los casos concretos.

En la aplicación de una interpretación intercultural como de una justicia dialógica, la acción del Estado ha sido de mera expectación, sin establecer cuáles deben ser los horizontes sobre los cuales ha de desarrollar su actuación. “Todos los sistemas normativos –dada la complejidad de sus fuentes– necesitan estabilizarse y desarrollarse a través de la jurisprudencia”²²⁰ y en el presente caso, tales condiciones inician por la interpretación de estas *normas de equiparación*, aplicadas en un caso en particular, cuyo cumplimiento por parte del Estado, está conminado por las disposiciones de una sentencia dictada por un tribunal de garantías penales, en la que establece en sus mecanismos de reparación, una necesaria comunicación entre culturas y la incorporación de instituciones ajenas al proceso penal.

²¹⁸ Asamblea Nacional, Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial* Art. 344.

²¹⁹ Gargarella, *Por una justicia dialógica*, 141.

²²⁰ Binder, *Derecho Procesal Penal. Tomo I, Hermenéutica del proceso penal.*, 18.

Conclusiones

El reconocimiento del Ecuador como un Estado pluricultural e intercultural, establece la necesidad de que las relaciones entre éste y las poblaciones indígenas, al menos en lo que a procesos judiciales se refiere, sea vista desde otra óptica, distinta a la tradicional; en la que se reconozca las diferencias, no para prejuiciarla, sino para, a partir de ella encontrar diálogos interculturales que propendan a una solución digna para las partes, sin que ello implique renuncia por parte del Estado en su facultad sancionadora ni tampoco la instauración de un proceso atentatorio de derechos en perjuicio ellas. Se precisa entonces, no solo un reconocimiento normativo (formal), sino una *transversalización* en todo el aparataje del Estado de estas realidades interculturales y plurinacionales.

No es ajena tampoco la idea de que, a pesar de este esfuerzo de entendimiento, esta diversidad cultural generará nuevas y distintas tensiones, y con ello nuevos retos para arribar a una solución, deberán encontrar en el diálogo intercultural, no solo la mejor manera de resolverlo, sino también con seguridad, la más justa para las partes.

Para disipar esos temores, y para aprovechar positivamente la riqueza de nuestras diversidades, es preciso que aprendamos a vivir juntos, a construir un espacio común, respetándonos mutuamente, como una unidad en la diversidad. Para ello debemos hacer del nuestro un país intercultural.²²¹

La Constitución de 2008, incorporó instituciones como la plurinacionalidad, la pachamama, el *sumak kaway*, la democracia comunitaria, la justicia indígena y la interculturalidad, estas no han alcanzado aún, un óptimo desarrollo ni en lo teórico ni en lo práctico; cabe entonces la crítica realizada por Ramiro Ávila Santamaría, sobre estas novedades: “¿qué autor del derecho ecuatoriano, en todos los libros que se han publicado, hacen un esfuerzo de interpretación para aplicar mejor estas instituciones?”;²²² –sin temor a equivocarme, son escasos– y advierte que frente a ellas se podría: a) criticarlas como una novelería; b) ignorarlas sin más; y, c) comentarlas y hacer esfuerzos por entenderlas.²²³ Este esfuerzo de interpretación, al menos por ahora deviene prácticamente de los análisis teórico-académicos, quedando aún pendiente un desarrollo desde lo práctico en los procesos en judiciales en concreto, que es en donde verdaderamente se pone a prueba la capacidad, la voluntad e incluso la flexibilidad del

²²¹ Kowii, *Interculturalidad y diversidad*, 7.

²²² Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino: Los debates y los argumentos”, 40.

²²³ *Ibid.*, 40.

Estado en la concreción de sus propios enunciados normativos. Así, ni el diálogo intercultural, ni la justicia dialógica, pueden ser vistas tan solo desde lo teórico.

En el caso objeto de estudio, el desarrollo de la investigación, pre procesal y procesal penal por el ataque ocurrido en marzo de 2013, pretende incorporarse en la tercera posición (comentarlas y hacer esfuerzos por entenderlas), esto por cuanto, aún con la existencia de fallas, falencias o faltas, en la medida de las posibilidades se procuró la incorporación de una visión de interculturalidad en el proceso penal, que, en cierta medida armonizó (interculturalidad) el sistema de justicia ordinario con la obligación de respeto por las costumbres y tradiciones (pluralismo jurídico) de los procesados en la causa. “El reto está en mirar ese sistema jurídico y tomar las mejores decisiones que sean aplicables”.²²⁴

A pesar de lo dicho, –a manera de crítica–, resalto que una de las dificultades que se presenta en la aplicación de principios de interculturalidad es que ésta, no siempre y no necesariamente, se construye sobre la base de puntos de encuentro en común, es decir, no siempre se trata de un *diálogo de consensos*, sino que bien podría edificarse sobre la identificación de los *disensos* entre culturas, por supuesto llegar a esta determinación implica, como punto de partida una necesaria comparación entre culturas en los términos y con los presupuestos señalados en la *hermenéutica diatópica*, conforme previamente se ha descrito.

De acuerdo los contenidos de este trabajo, ha sido posible arribar a las siguientes conclusiones, y se ha podido evidenciar:

En cuanto a la posibilidad de que la rigidez del proceso penal pueda vulnerar derechos de miembros de las nacionalidades indígenas si en éste no se han considerado principios de interculturalidad.- La respuesta es un –SÍ–, categórico, en cuanto a los destinatarios de la norma. En principio no hace distinción en cuanto a los sospechosos de la comisión de un acto delictivo, mucho menos toma en cuenta aspectos culturales, salvo en los casos en que exista una petición de declinación de la competencia, o que se pueda justificar un *error de prohibición* o un *error de comprensión culturalmente condicionado*; sin embargo, estas opciones coartan el desarrollo del proceso penal pues, aun cuando la conducta podría resultar penalmente relevante, no podrían configurarse todas la categorías dogmáticas del delito de tal forma que pueda establecerse un reproche y menos señalar medidas de reparación, ello implica el riesgo que hechos

²²⁴ Ávila Santamaría, “La interculturalidad y el derecho: ¿debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena?”, 167.

como el ataque de marzo de 2013 podrían quedar en la impunidad, vulnerando de esta manera el derecho de las víctimas. Lo contrario, es decir la aplicación irrestricta del *ius punendi*, en cabal apego del principio de legalidad, si no se mira desde la interculturalidad; de igual forma vulnera derechos individuales y colectivos de los procesados, pues contraviene reivindicaciones históricas recogidas por el Derecho Internacional e incorporadas al Derecho interno y reconocidas por el Estado.

En cuanto a la posibilidad de flexibilización de la rigidez del proceso penal cuando en él se encuentran inmersos miembros de una nacionalidad indígena.- de igual forma es un –SÍ–, categórico, es posible tal flexibilización, siempre y cuando en el proceso penal se haya justificado, sea con la participación de antropólogos o sociólogos, y otros actores relevantes, que las personas que se encuentran inmersos en el proceso penal tienen características culturales propias y distintivas y por ende distintas a la de la población mayoritaria, de tal forma que su comprensión en cuanto a las dinámicas estatales o judiciales para el presente caso sea a su vez limitada o simplemente distinta, de modo que una decisión judicial resultaría incomprensible. Situación que tornaría la actuación investigativa y jurisdiccional en inoficiosa, pues tanto la pena como las medidas de reparación, no cumplirían sus fines en términos de un proceso ordinario (prevención y no repetición).

En Cuanto a las herramientas necesarias para los operadores justicia para flexibilizar el proceso penal aplicado al caso de estudio.- Al reconocer constitucionalmente el Ecuador la plurinacionalidad y la interculturalidad, reconoce también la existencia de distancias y diferencias culturales, las cuales solo pueden ser abordadas, entendidas y superadas con la existencia del diálogo intercultural (de consensos o de disensos); este entendimiento, en el caso de estudio fue aportado por los distintos informes de Antropología, los cuales, conforme lo señalado por la *hermenéutica diatópica*, partieron de la comparación entre culturas mayoritaria y Waorani, con el fin de encontrar puntos de encuentro común entre ambas (topoi), para a partir de allí generar el diálogo intercultural, el cual se manifestó en último término en la participación de los ancianos Waorani (pikenanis) en la imposición de una pena, distinta a la establecida por el principio de legalidad pero debidamente justificada por la interculturalidad y la justicia dialógica en referencia a la relación entre las distintas instituciones del Poder ejecutivo, ajenos al proceso penal.

Los procesos de interculturalidad al igual que los de justicia dialógica no deben ser vistos ni abordados únicamente desde la perspectiva de las decisiones judiciales; si

bien este diálogo en el presente caso inició en un proceso penal es necesaria la generación de una política pública que posibilite no solo a los operadores de justicia, sino a la ciudadanía en general la comprensión de estas diferencias culturales y las relaciones de desigualdad a las que se enfrentan. Superar esta desigualdad conlleva un necesario ejercicio de sensibilización frente a poblaciones minoritarias, de modo que se desarraigue cualquier prejuicio derivado del desconocimiento o el desinterés por su cultura.

Es necesaria también la articulación de verdaderos mecanismos que permitan este diálogo intercultural (de consensos o de disensos), de modo que efectivamente exista coordinación entre la justicia ordinaria y las decisiones de las poblaciones indígenas conforme lo enunciado en el Código Orgánico de la Función Judicial. Pueden existir tantas interpretaciones interculturales, cuantas poblaciones indígenas existan, ello significa que no necesariamente deben existir reglas específicas para que éste se dé, pues con seguridad lo limitaría.

Conviene también definir la necesidad o no, de la incorporación de pericias antropológicas y sociológicas en los procesos que puedan resultar análogos, pues la Corte Constitucional en el caso objeto de este trabajo, ha señalado que la finalidad de su incorporación es asegurar que el proceso sea *sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural*. Cabe mencionar que este pronunciamiento lo hizo sobre la base de los hechos específicos, que fueron objeto de la consulta de norma, en cuanto al tipo penal de genocidio. Adicionalmente, tales experticias van ligadas no solo a la comprensión que del delito pudieran tener los miembros de la población indígena inmersos en un proceso penal, sino también a su vínculo con las comunidades a las que pertenecen, de tal forma que se pueda verificar si el procesamiento vulnera no solo derechos individuales sino colectivos también. El uso de estos peritajes ha estado ligado tradicionalmente a justificar la existencia de un *error de prohibición*, o de un *error de comprensión culturalmente condicionado*, de modo que permitan excluir la responsabilidad de los actores, que coarte la continuidad del proceso penal o derivando en un proceso de justicia indígena. En consecuencia, su incorporación en el proceso, no significa necesariamente que se aplique una interpretación intercultural. Considero que no en todos los casos será necesaria la disposición de tales pericias como requisito solemne o formal que le dé validez al proceso, sin embargo, llegar a esta conclusión requiere, por parte de los operadores de justicia, el conocimiento y la sensibilidad para

discernir en su exigencia y por supuesto propiciar los escenarios para que exista el respectivo precedente con el fin de que pueda ser materializado en la jurisprudencia.

En cuanto a la comprensión intercultural de un proceso penal.-, no basta con cumplir las formas procesales establecidas por la Corte Constitucional, o con la mera enunciación de la *justicia dialógica* o de la *hermenéutica diatópica*. Siendo la interculturalidad aun un proceso en construcción, como agente fiscal de la causa, he de reconocer mis propias limitaciones y con ello mis yerros en cuanto a la sustanciación del proceso, por lo que aspiro que los contenidos de este trabajo sean de utilidad para en realidad alcanzar una comprensión intercultural en el marco de un proceso de esta naturaleza.

Finalmente, a manera de autocrítica, –ya he mencionado que fui el agente fiscal que llevó parte de la investigación previa y las etapas del proceso penal–, quisiera señalar que en este pretendido ejercicio de interculturalidad, se pudo haber hecho más... en primer lugar, mi comprensión en torno a una cultura distinta fue limitada, se fue construyendo conforme el avance del proceso penal, de modo que en las decisiones tomadas no siempre se consideraron a todos los actores que pudieron haber intervenido y que pudieron haber aportado a abordar la problemática desde una perspectiva mucho más amplia, quizá incluso más conciliadora, –me refiero a los propios Waorani–, que si bien existieron aportes de distintas figuras dentro de la nacionalidad Waorani, éstas más bien fueron actuaciones ad-hoc, que como he indicado su participación no está del todo evidenciada en el proceso penal. Sin duda otros actores que pudieron incidir también son las organizaciones sociales, locales, provinciales o regionales que se han conformado; me hubiera también contar con la visión de las organizaciones de *mujeres waorani*, dado el rol fundamental que desempeñan dentro de su nacionalidad.

Por otro lado, –en relación a mi rol dentro del proceso–, el ejercicio de un cargo público está limitado, el primer lugar por la visión de quien lo ejerce, además tiene sus propias regulaciones en razón de la función, que van desde lo normativo, hasta lo presupuestario; ello sin duda –aun cuando se tenga las mejores intenciones–, limita una comprensión intercultural de cualquier problemática. –Y eso fue lo que me sucedió–.

Hubiera querido por ejemplo, que mis visitas a los poblados waorani sean más prolongadas, conversar más con los acusados, con sus familias, conocerlos con más profundidad, al igual que con las dos niñas. Ciertamente es que parte de esta información fue proporcionada desde la Antropología a través de sus informes, pero no es el perito quien presenta un caso, lo sustenta, y lo defiende en un proceso judicial. Quizá se pudo haber

considerado otras alternativas, acortar los tiempos del proceso penal valorar otros mecanismos de afrontarlo, en fin... –me quedan un montón de “quizás”, que se quedan en eso, en posibilidades–.

Como se ha dicho *la interculturalidad no es un proceso sencillo*. Hoy puedo afirmar que en esta comprensión no solo debe estar involucrado el funcionario actuante, sino también la institución a la que representa, de modo que la acción de esta última sea lo suficientemente sensible y flexible frente a al proceso penal; y, adicionalmente, aquéllas instituciones que sin tener incumbencia directa como sujetos procesales, tienen participación en la protección de derechos de los pueblos indígenas reciente contacto y de los pueblos en aislamiento voluntario, de modo que en verdad puedan articular mecanismos de coordinación que resulten eficaces y no vulneren derechos. Así, no siendo la interculturalidad un asunto sencillo, debo poner también de manifiesto que es un *proceso costoso*, no solo en lo que a erogación de recursos económicos se refiere, sino también por el despliegue de apoyos logísticos que implica, en el caso en cuestión por ejemplo: las actividades de coordinación que debieron realizarse para, ingresar a los poblados, el contar todo el tiempo con un traductor, el acompañamiento del perito en antropología, equipamiento de los funcionarios, y otras tantas más.

Hoy por hoy, a un poco más de ocho años de los hechos, puedo decir que mi visión de la interculturalidad ha venido madurando, y soy consciente –porque lo viví en carne propia– que aún falta mucho por aprender, pero más importante aún, nos falta, como operadores judiciales la voluntad de hacerlo y la *apertura mental* para interiorizarla.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da. edición. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Anaya, S. James. *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. Traducido por Luis Rodríguez Piñero Royo, Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011.
- . *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009.
- . *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito, Pichincha: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016.
- . *Neoconstitucionalismo Transformador - El Estado de Derecho en la Constitución de Montecristi*. Editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito: Ediciones Abya-Yala; Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011.
- Ayala Mora, Enrique, Patricio Guerrero Arias, Galo Ramón Valarezo, Richard Salazar Medina, Luis Zúñiga Paredes, y Ariruma Kowii Maldonado. *Interculturalidad y diversidad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2011.
- Bidart Campos, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea SRL, 2015.
- Binder, Alberto. *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política minimalista y democrática*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea SRL, 2015.
- Binder, Alberto M. *Derecho Procesal Penal: Tomo I - Hermenéutica del proceso penal*. Vol. I. III vols. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- . *Derecho Procesal Penal: Tomo II - Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. / Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Vol. II. III vols. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

- . *Derecho Procesal Penal: Tomo III - Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*. Vol. III. III vols. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017.
- Castro Moreno, Abraham. *El por qué y el para qué de las penas*. Madrid: Dykinson S.L., 2008.
- Cesano, José Daniel. *Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal*. Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2015.
- De Maglie, Cristina. *Los delitos culturalmente motivados: Ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2012.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Derecho y emancipación - Pensamiento Jurídico Contemporáneo 2*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición; Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- . *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*. Bogotá / Madrid: Editorial Trotta S.A. / Ilsa, 2009.
- Del Real Alcalá, J. Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Navarra: Arazandi S.A., 2014.
- Dietz, María Fernanda. *Tutela judicial de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea SRL; RAP SA., 2018.
- Encuentro regional PIA. *Pueblos indígenas aislados en la Amazonía y el Gran Chaco - diciembre 2008*. Quito: Ministerio del Ambiente de Ecuador - Plan de Medidas Cautelares para la Protección de los Pueblos Indígenas Aislados / Programa para la Conservación y Manejo Sostenible del Patrimonio Natural y Cultural de la Reserva de la Biósfera Yasuní, 2010.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2007.
- Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica - El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo XXI, 2014.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa S.A., 2003.
- Hernández Terán, Miguel. *Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico - Análisis doctrina y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2011.
- La Rosa, Mariano R. *Por una razonable utilización de la prueba de indicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido - Editor, 2011.

- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Segunda. Bogotá: Legis Editores S.A., 2017.
- Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal: I. Parte General - Fundamentos*. Vol. I. III vols. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- . *Derecho Procesal Penal: II. Parte General - Sujetos procesales*. Vol. II. III vols. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- . *Derecho Procesal Penal: III. Parte General - Actos Procesales*. Vol. III. III vols. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.
- Mathiesen, Thomas. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Melgarito Rocha, Alma Guadalupe. *Pluralismo jurídico: la realidad oculta - Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México - Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012.
- Menke, Christoph. *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*. Traducido por Miguel Gualdrón Ramírez. Ciudad de Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2020.
- Morales Marín, Gustavo. *Ciencia de las pruebas penales - Sistema acusatorio*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2014.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal - Parte general*. 8a. edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Narváez Collaguazo, Roberto Esteban. *Elementos culturales para identificar formas de vida tradicionales y elementos externos que pudieran incidir en procesos de violencia en familias en aislamiento a partir del reconocimiento del lugar de los hechos*. Pericial de Antropología, Quito: Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4666-4700, 2013.
- Narváez Collaguazo, Roberto Esteban. *Experticia de interpretación del CD código Nro. 16x365749*. Informe pericial de Antropología, Quito: Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4655-4665, 2014.
- Narváez Collaguazo, Roberto Esteban. *Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con*

- filiación cultural Tagaeri o Taromenane*. Informe pericial de Antropología (alcance), Quito: Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4741-4750, 2014.
- Narváez Collaguazo, Roberto Esteban. *Investigación sobre los eventos que acontecieron en Yasuní relacionados con la muerte de una pareja de ancianos waorani y de un ataque realizado a una casa de una familia en aislamiento con filiación cultural Tagaeri o Taromenani*. Informe pericial de Antropología, Quito: Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 2509-2603, 2013.
- Narváez Collaguazo, Roberto Esteban. *Peritaje antropológico de las lanzas que han intervenido en ataques de pueblos en aislamiento voluntario*. Informe pericial de Antropología, Quito: Proceso penal No. 22251-2013-0223 - Págs. 4701-4722, 2013.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ACNUDH. *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región Amazónica, el Gran Chaco y la región oriental del Paraguay*. Ginebra: A. Ginebra: ACNUDH, 2012.
- Panikkar, Raimon. *Mito, fe y hermenéutica*. Barcelona: Herder Editorial S.L., 2007.
- Ramiro Avilés, Miguél Ángel, y Patricia Cuenca Gómez, . *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*. Madrid: Dykinson, S.L., 2010.
- Rivas Toledo, Alexis. *Los últimos grupos de Yasuní - Antropología, Ecología y Derechos Humanos. Los pueblos indígenas aislados del Amazonas*. Almería: Circulo Rojo, 2020.
- Rodríguez, Gloria Amparo, y Gloria Patricia Lopera, . *Retos del constitucionalismo pluralista*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad EAFIT; Universidad del Rosario; Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju), 2016.
- Román Márquez, Álvaro. *Interculturalidad libertad y pena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Corporación Editora Nacional, 2015.
- Salgado, Judith, ed. *Justicia indígena. Aportes para un debate*. Primera edición. Quito: Ediciones Abya-Yala / Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Corporación Editora Nacional, 2013.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho Penal - Parte General*. Segunda. Buenos Aires: Ediar S.A., 2014.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil - Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.