

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Penal

Justicia restaurativa en el Ecuador

Pluralidad de sanciones desde las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

Inti Awki Cachimuel Anrango

Tutor: Álvaro Francisco Román Márquez

Quito, 2024



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Inti Awki Cachimuel Anrango, autor de la tesis intitulada “Justicia restaurativa en el Ecuador: Pluralidad de sanciones desde las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”, 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 los formatos virtual, electrónico, digital, 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.

27 de febrero de 2024

Firma: _____



Resumen

El objetivo central de la presente investigación se ciñe en determinar los factores que inciden en la falta de aplicación de los preceptos restaurativos propios de la justicia indígena y las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación preferencial de las sanciones privativas de libertad provenientes de corrientes eurocéntricas retribucionistas ajenas al contexto sociojurídico de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. A su vez se hace una interpretación desde la interculturalidad de las sanciones y medidas cautelares privativas de libertad conforme la normativa nacional e internacional especializada en la materia.

Mediante el uso conjunto del método de investigación dogmático y del enfoque sociológico, se analiza las formas de justicia restaurativa aplicadas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, profundizando a una escala mayor el estudio de la justicia indígena al entrelazarlo con los preceptos de la justicia restaurativa y su carácter consuetudinario.

Ante el congestionamiento de la administración de justicia penal y la grave crisis carcelaria por la cual atraviesa el país, la justicia indígena junto a sus preceptos restaurativos se constituyen en una alternativa local con verdadera funcionalidad comprobada; estas alternativas siempre han estado presentes dentro del contexto jurídico ecuatoriano incluso desde épocas precoloniales, plasmándose a través de prácticas ancestrales de administración de justicia indígena y procesos restaurativos que sin recurrir a sanciones privativas de libertad han demostrado su eficiencia frente a las tradicionales soluciones que ofrece la justicia ordinaria penal.

Palabras clave: justicia indígena, justicia ordinaria, privación de libertad, autocomposición, heterocomposición, ritual de purificación

Con cariño a mis seres de luz:

Luis Cachimuel & Rosa Tabango, Johana Gualsaquí & Victoria.

Agradecimientos

A Dios por ayudarme a superar todos y cada uno de los obstáculos y momentos difíciles. A mis queridos padres Alfonso y Luz María, pilares fundamentales de mi vida que me han permitido culminar esta importante etapa para mi vida y formación académica. A mis hermanos Sara y Chaskik por el apoyo incondicional mostrado en todo momento.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: La justicia restaurativa y su incursión dentro de la historia ecuatoriana	15
1. Breve contexto sobre la justicia restaurativa	15
2. Justicia restaurativa y justicia retributiva	18
3. Definición de justicia restaurativa penal	21
3.1. Diferencias entre justicia restaurativa penal y justicia retributiva	23
4. Modelo de autocomposición Vs. Modelo de heterocomposición.....	24
5. Justicia restaurativa como método alternativo de solución de conflictos.....	27
6. Justicia restaurativa en el contexto ecuatoriano	29
6.1. Breves antecedentes históricos de la justicia restaurativa penal en el Ecuador	29
6.2. Justicia restaurativa en el Código Orgánico Integral Penal	32
6.2.1. Justicia restaurativa en materia de tránsito.....	40
6.2.2. Justicia restaurativa juvenil	42
Capítulo segundo: Justicia restaurativa y pueblos indígenas en el Ecuador.....	49
1. Administración de justicia restaurativa en el contexto de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador	49
2. La cárcel y la privación de libertad personal desde la filosofía indígena.....	53
2.1. Sobre la interpretación y diálogo intercultural	57
2.2. Estándares de aplicación de la pena conforme el Convenio 169 OIT	61
3. Pluralismo de sanciones desde la interculturalidad	64
3.1. Amonestación verbal	65
3.2. Reparación pecuniaria.....	66
3.3. Ritual de purificación.....	68
3.4. Expulsión de la comunidad.....	72
4. Complementariedad y eficiencia de las sanciones aplicadas en la administración de justicia indígena	74
5. Aportes jurisprudenciales de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre justicia indígena restaurativa.....	75
5.1. Interpretación intercultural en la aplicación de la pena y la garantía de <i>non reformatio in peius</i> . Sentencia n.º. 1494-15-EP/21.....	75

5.2. Fases del procedimiento sancionatorio propio de la justicia indígena. <i>Sentencia n.º 4-16-EI/21</i>	77
5.3. Alcance del habeas corpus en casos de personas perteneciente a pueblos en aislamiento y de reciente contacto. Parámetros sobre la protección de los derechos a la libertad e integridad personal de personas indígenas. <i>Sentencia n.º 112-14-JH/21</i> ..	79
Conclusiones y recomendaciones	83
Bibliografía.....	87
Anexos	95

Introducción

Dentro del contexto jurídico ecuatoriano a pesar de existir el reconocimiento constitucional de la justicia indígena la justicia ordinaria de tipo retributiva mayoritariamente se ha venido aplicando por sobre la justicia indígena, siendo que a lo largo de la historia del Ecuador la justicia indígena ha sido invisibilizada e incluso criminalizada, a pesar de los múltiples beneficios y ventajas restaurativas que ha demostrado.

En el pasado como en el actual sistema de administración de justicia penal son escasos por no decir nulos los casos de personas indígenas en conflicto con la ley penal a las que se les haya aplicado una sanción penal distinta al encarcelamiento; pese a que la normativa nacional e internacional faculta la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento previa comprobación de la realización del diálogo e interpretación intercultural de las medidas privativas de la libertad que se pretenden aplicar.

Al abordar el estudio de sistemas jurídicos opuestos, la presente investigación tiene un carácter exploratorio, donde se analiza la predisposición hacia la autocomposición del conflicto que presenta la justicia indígena y la predisposición hacia la heterocomposición del conflicto que persigue la justicia ordinaria penal; la contraposición en la forma de solucionar los conflictos sociales hace necesario recurrir al uso conjunto del método de investigación dogmático y enfoque sociológico.

Como objetivo central de la investigación se realiza un estudio riguroso de las diversas formas y mecanismos de justicia restaurativa existentes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano haciéndose un especial énfasis en la justicia indígena; complementando el objetivo central de la investigación se interpreta a la luz de la interculturalidad las sanciones y medidas cautelares privativas de libertad bajo parámetros jurídicos de orden nacional e internacional.

El problema de investigación planteado a través de los objetivos permite establecer las bases para que la justicia indígena se constituya como una alternativa local relevante frente al poder punitivo detentado por el Estado a través de sus instituciones; su importancia radica en demostrar el desconocimiento y falta de aplicación de la justicia indígena frente a los conflictos. Pese al reconocimiento constitucional de la justicia indígena y su equiparación con la justicia ordinaria, el *ius puniendi* estatal ha excluido

alternativas menos gravosas a la simple inoquización de la persona en conflicto con la ley penal, desconociendo la justicia indígena restauradora y sus múltiples beneficios.

Dentro del primer capítulo se analiza brevemente la justicia restaurativa y el modelo de autocomposición de conflictos, contraponiéndolo con la justicia retributiva; entendida la noción de justicia restaurativa se describe la historia de esta justicia dentro del contexto jurídico ecuatoriano. En el segundo capítulo se enlazan los preceptos de la justicia indígena con los de la justicia restaurativa; a la vez, se recalcan los parámetros jurisprudenciales de interpretación intercultural de las sanciones privativas de libertad conforme los lineamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana.

El estudio conjunto de ambos capítulos permiten apreciar los beneficios de la justicia practicada desde tiempos remotos por las comunidad, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador; apreciándose la armonización y compatibilidad de los preceptos de la justicia indígena con los de la justicia penal ordinaria. Ambos tipos de justicia centran su atención en la persona afectada y no solo en la que causó la afección, devolviéndole el protagonismo arrebatado por el Estado a la persona afectada en su supuesta representación, garantizando la reivindicación de sus derechos y su participación futura dentro del decurso del proceso.

Dentro de la administración de justicia indígena el rol de la persona afecta es indispensable para alcanzar la solución del conflicto de manera célere, por ello su participación no se ve limitada a un simple testimonio o acusación particular; la sanción aplicable no gira alrededor de la pérdida de la libertad de la persona ofensora, sino que gira alrededor de la aplicación de una amplia palestra de soluciones restaurativas, sin que ninguna de ellas contemple la privación de la libertad personal como sanción viable.

La pluralidad de sanciones autocompositivas y restaurativas que se aplican dentro de la administración de justicia indígena han demostrado fehacientemente solucionar los conflictos que surgen dentro de la comunidad; por el contrario, la justicia ordinaria penal abusando de la facultad sancionatoria estatal excesivamente ha impuesto la aplicación de sanciones y medidas privativas de libertad, incluso si el grado de afección al bien jurídico tutelado sea insignificante, dejando el problema en suspenso al no estar en la capacidad de ofrecer una solución definitiva al conflicto.

Capítulo primero

La justicia restaurativa y su incursión dentro de la historia ecuatoriana

1. Breve contexto sobre la justicia restaurativa

En el contemporáneo contexto jurídico se llega a evidenciar que la tradicional administración de justicia penal retributiva junto a sus sanciones empieza a ser insuficientes frente a las nuevas realidades sociojurídicas; la incursión y eficiente solvencia de los procedimientos jurídicos alternativos al sistema punitivo, ha dado paso a que los estudiosos y profesionales del derecho penal se cuestionen los clásicos modelos retributivos que solo buscan la privación de la libertad de los individuos conflictivos.

Los actuales sistemas carcelarios, en teoría buscan la rehabilitación del individuo conflictivo a través de privarlo por determinado tiempo de su libertad; sin embargo, en la práctica dicha rehabilitación resulta nula, la privación de libertad derivada de una sentencia y la prisión preventiva se han instituido como los únicos mecanismos para sancionar a las personas en conflicto con la ley penal. A la luz de esta problemática, la justicia restaurativa se constituye en un método alternativo de solución de conflictos penales y junto a “los programas de justicia restaurativa pueden ser utilizados para reducir la carga del sistema de justicia penal, desviar casos fuera del mismo y para proporcionarle una gama de sanciones constructivas”.¹

En el actual contexto jurídico penal y criminológico han cobrado fuerza ciertas tendencias abolicionistas, entre las más destacadas de ellas tenemos al “movimiento del abolicionismo penal radical” y el “movimiento restaurativo penal”; el primero pretende “el derrocamiento del sistema penal, la total desaparición del derecho penal (política criminal, criminología y dogmática) y sus instituciones (cárceles, centros segregatorios, etc.)”;² mientras el segundo apuesta por la autocomposición del delito y se manifiesta a través de la justicia restaurativa o también conocida en el contexto internacional como justicia compositiva, comunitaria, positiva, restauradora, relacional o reparadora.

¹ UNODC Asamblea General, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa* (New York: UNODC, 2006), 2-3, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

² Xifré Font, “Abolicionismo penal”, *Huella Digital*, 7 de septiembre de 2020, párr. 7, <https://www.huellalegal.com/abolicionismo-penal/>.

Ante la crisis de la justicia penal, expresada en la percepción de vulnerabilidad, no sanación y abandono personal de las víctimas del delito, los altos índices de impunidad y corrupción, provocaron una disminución en la credibilidad de las instituciones públicas, sobre todo en la fase de impartición de justicia. La necesidad de la búsqueda de alternativas de solución a la justicia formal, se gestaron cambios normativos, implementándose mecanismos alternos de solución al conflicto, que priorizan la cultura de la paz, busquen la sanación y reinserción de víctima y victimario al tejido social.³

La tradicional justicia penal retributiva se basa en el monopolio absoluto de la acción penal a cargo de un agente fiscal, individuo que en representación del Estado como víctima dentro del proceso actual actúa a través del ministerio público o fiscalía; el arquetipo a través del cual opera fiscalía es a través de un modelo punitivo donde el rol estelar lo tiene el Estado, quien en supuesta representación de la víctima y relegándolo del proceso presta especial atención al delincuente. Quien en realidad resulta verdaderamente afectado con la conducta del delincuente es la víctima, quien a más de sufrir el arrebatación de su rol protagónico resulta por el sistema de administración de justicia penal al quitarle la oportunidad de participar directamente en el proceso penal.

La nula participación de la víctima dentro del proceso penal condicionada a una simple acusación particular y toma de versiones, sumada a una extensiva dilatación del procedimiento penal incide “de manera negativa en la disminución, hasta la casi desaparición de credibilidad de las instituciones operadoras de justicia penal, en cualquiera de sus fases: investigación, procuración e impartición de justicia. Lo que se tradujo en desconfianza social, altos índices de impunidad y de corrupción”.⁴

El fracaso de la tradicional justicia penal retributiva queda en evidencia al no cumplir con las necesidades y requerimientos de la víctima, a lo que se debe sumar el nulo cumplimiento de la prevención especial positiva y en general de la finalidad de la pena; todo este cúmulo de desengaños ha contribuido en la predilección de una justicia restaurativa por sobre la justicia retributiva centrada únicamente en la imposición de medidas privativas de libertad.

En muchos países, a raíz de la insatisfacción y la frustración con el sistema de justicia formal, se han planteado respuestas alternativas al delito y a los desórdenes sociales. Muchas de estas alternativas proporcionan a las partes involucradas, y a menudo también

³ María del Rosario Molina González, “Justicia restaurativa en materia penal: Una aproximación”, *Letras Jurídicas: revista electrónica de derecho*, n.º 11 (2010): 1-2, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3702719>.

⁴ Molina González, “Justicia restaurativa en materia penal”, 2-3, citado en Foco Rojo Blog: Centro de Psicología Aplicada, “La justicia restaurativa: origen, concepto y mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Foco Rojo Blog*, 18 de septiembre de 2015, párr. 2, <http://focorojomx.blogspot.com/2015/09/la-justicia-restaurativa-origen.html>.

a la comunidad cercana, la oportunidad de participar en la resolución de los conflictos y de abordar sus consecuencias.⁵

Los preceptos de la justicia restaurativa se alejan del modelo punitivo de la justicia penal retributiva, por eso dentro de su ámbito restaurador el término jurídico ideal para denominar al sujeto pasivo y activo del conflicto es el de ofendido y ofensor; si se declina por conservar la terminología de víctima y victimario lo único que se logra es conservar la tradicional denominación de represión producto del arcaico legado de la justicia penal retributiva.

El tradicional modelo de justicia penal retributiva opera mediante el punitivismo y la estricta legalidad; por su parte la justicia restaurativa opera mediante un modelo restaurador que no pretende la eficacia sino la eficiencia, permitiendo el acercamiento directo y célere entre los involucrados dentro del conflicto a fin solucionar célere el conflicto evitando juicios innecesarios y coadyuvando con el principio de economía procesal, celeridad procesal y tutela judicial efectiva.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito mediante su “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa” deja manifestado que “los procesos restaurativos pueden reducir los costos al hacer justicia y provocar eficiencias incrementadas en la respuesta al crimen”.⁶

Más allá de castigos y sanciones, la justicia debe centrarse en la reparación de los daños ocasionados; para ello, es fundamental que las personas ofensoras (*victimario*) asuman su responsabilidad y que las personas ofendidas (*víctima*) tengan la posibilidad de expresar libremente sus sentimientos y emociones, y manifestar ante las partes involucradas sus necesidades y expectativas.⁷

Debido a múltiples factores entre los que se puede destacar la crisis carcelaria, la sobrepoblación del sistema carcelario y la saturación del sistema de administración de justicia penal, solo refleja que el modelo punitivo bajo el cual opera la fiscalía es obsoleto frente a las nuevas realidades sociojurídicas; con estos antecedentes, el Estado a través de su sistema carcelario deja en suspenso el melodrama penal y *a posteriori* no puede ofrecer

⁵ UNODC, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*, 5-6.

⁶ *Ibíd.*, 87-8.

⁷ Jean Schmitz Dumont, *Manual de Prácticas Restaurativas en el ámbito educativo* (Quito: Asociación Flamenca de Cooperación al Desarrollo y Asistencia Técnica VVOB, 2019), 21-2, https://ecuador.vvob.org/sites/ecuador/files/2020_ecuador_eftp_manual_practicas_restaurativas.pdf; énfasis añadido.

una solución definitiva al problema si categóricamente ignora los requerimientos de la víctima para centrarse exclusiva en sujeto conflictivo.

2. Justicia restaurativa y justicia retributiva

Antes de definir a la justicia restaurativa indispensable se hace concebir la polisemia del término “justicia”, razón por la cual “no hay una definición rígida y única, sino varias que han ido desarrollándose y afinándose en el transcurso del tiempo”.⁸ La diversidad de significados sobre justicia coadyuva a que la idea de una definición exacta sea inverosímil; empero, varios autores coinciden en que la esencia de la justicia restaurativa se manifiesta a través de la autocomposición, donde el protagonista del proceso es la parte ofendida (víctima en el proceso adversarial).

Partiendo de un enfoque restaurador, el sistema de justicia restaurativo se traduce en la idea de que quien haya causado la afección, sin importar la magnitud del daño sigue siendo parte de la comunidad y sus acciones no condicionan su permanencia en la misma; sin embargo, su comportamiento perjudica a toda la comunidad, debiendo hacerse cargo de sus actos procurando la reparación del afectado y de los vínculos con la comunidad.⁹

La justicia restaurativa no es un modelo de justicia como tal y se constituye en un compendio de formas diversas de ver la justicia, al promueve la armonización de las relaciones interpersonales está en la capacidad tiene de solucionar una gran mayoría de conflictos mediante el uso de mecanismos autocompositivos, siempre que se tomen las limitaciones propias de cada ordenamiento jurídico.¹⁰

La Justicia Restaurativa, trata de encontrar soluciones que impulsen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, explorar arreglos en lugar de dar órdenes, buscar soluciones que fomenten la compensación y no represalias de modo que se anime a los hombres a hacer el bien en vez de, hacer el mal. Se trata de estimular el diálogo; ayudar a ponerse en el lugar del otro; cultivar actitudes empáticas; cuidar los procesos de responsabilización personal; evitar la frecuente confusión entre la responsabilidad ética y la responsabilización criminal.¹¹

⁸ UNODC, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*, 18-9.

⁹ Schmitz Dumont, *Manual de Prácticas Restaurativas*, 22-3.

¹⁰ Jorge Pesqueira Leal, “El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico”, *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* 6, n.º 1 (2014): 159-60, <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751550013.pdf>.

¹¹ Julián Carlos Ríos Marín y Alberto José Olalde Altarejos, “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, *Revista de Mediación*, n.º 8 (2011): 13-4, <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-01.pdf>.

De conformidad a la definición *ut supra* se observa una concepción cubierta de matices sanadores presentes desde la forma en cómo se abordan los problemas legales hasta la forma en cómo se solucionan; debido a los matices autocompositivos de la justicia restaurativa cuando surge un conflicto se evitan los formalismos conservadores de la justicia adversarial y en su lugar se prioriza la intermediación directa entre el afectado y el ofensor, encaminándose a encontrar soluciones que acaben siendo realmente beneficiosas no sólo para los intereses enfrentados sino para la colectividad entera.¹²

En contraposición al enfoque restaurativo, dentro del modelo de justicia retributiva se sobreentiende que el victimario ha quebrantado las reglas establecidas por la sociedad y no es bienvenido hasta que no reciba una sanción severa y ejemplar por su conducta; sin embargo, incluso después de cumplida la sanción, el ofensor seguirá siendo indigno y su reputación siempre será puesta en tela de juicio por su pasado judicial.¹³

La persecución penal en contra de causales de algún tipo de daño es muy notoria dentro de la justicia retributiva, especialmente cuando la persona en conflicto con la ley penal tenga capacidad procesal para ser enjuiciados.¹⁴ La justicia retributiva se constituye en un modelo de justicia legalista donde estrictamente se debe de cumplir con las leyes instauradas por la sociedad, considerándose que: “el Estado se queda con la propiedad del conflicto, intenta defender la norma vulnerada y decidir de acuerdo a esto, el castigo y la culpa. El Estado asume como propio el delito y deja al margen a la víctima, considerando el hecho como algo de él, frente al infractor”.¹⁵

A este modelo de justicia (*refiriéndose a la justicia retributiva*) no le interesa la reparación o reconstrucción de las relaciones sociales sino meramente el castigo objetivo con la finalidad de desanimar o reducir la comisión de futuros delitos en la sociedad, dejando por fuera cualquier concepción subjetiva tanto de la víctima como del victimario, lo que ayudaría a encontrar el origen del proceder delictual, para que de esta manera pudiera prevenir efectivamente la comisión del delito y no solamente basarse en un castigo ejemplarizante.¹⁶

¹² Ríos Marín y Olalde Altarejos, “Justicia restaurativa y mediación”, 4-5.

¹³ Schmitz Dumont, *Manual de Prácticas Restaurativas*, 22-3.

¹⁴ Eduardo Trujillo Ariza, “Justicia Transicional en Venezuela y los DESCA”, en *Una propuesta de justicia transicional para Venezuela*, coord. Miguel Mónaco y Eduardo Trujillo Ariza (Caracas: ABediciones / CDH-UCAB / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Editorial Letra Viva, 2022), 41, <https://ln5.sync.com/dl/7dcb811b0/rx9qicmg-u5f3a3hv-3pm9ppzm-vfix4sy4/view/doc/8256078640014>.

¹⁵ Virginia Domingo de la Fuente, “Aproximación a la justicia restaurativa”, *E-ciències jurídiques*, n.º 1 (2017): 3-4, <https://ddd.uab.cat/record/170964>.

¹⁶ Ronald Edgardo Cuenca Tovar, “El concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia”, *Revista Verbum*, n.º 10 (2015): 52-3, <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/466>; énfasis añadido.

La percepción de justicia retributiva contemporánea se inmiscuye dentro de la actual idealización del *ius puniendi* y se va adaptando a las circunstancias de tiempo y espacio de cada sociedad; en un principio dentro de la época de conquista romana se la concibió como una estructura verticalmente jerarquizada, pero ante su decadencia los germanos empiezan a idealizarla como estructura horizontal y punitivista que reprimía la venganza de sangre al dar paso a convenios y transacciones pero conservaba cierta verticalización dirigida a sancionar a los traidores. Con el paso del tiempo ambos modelos fueron cayendo en desuso hasta su completa desaparición, resurgiendo en el siglo XI y XII ante la idea de lucrar a costa de las víctimas al convertir el sufrimiento personal de la víctima en una ofensa estatal.¹⁷

Actualmente la justicia por mano propia que se practicaba en la antigüedad a través de diversos mecanismos de venganza privada se materializa dentro de la justicia retributiva; esta justicia propone que “frente a un mal causado debe producirse un mal a quien lo generó, no importa si la persona entiende la gravedad de su acción, si se reinserta socialmente o si el resto de la sociedad recibe un mensaje intimidatorio o de la importancia de los bienes jurídicos protegidos”.¹⁸

Por su parte la justicia restaurativa es la antítesis a la justicia retributiva, no proclama la venganza privada y sanciones rigurosas, en su lugar pretende que a través de un proceso célere “ayude a reparar y transformar las relaciones de la víctima (*sujeto pasivo*) con su ofensor (*sujeto activo*), en la comunidad y en el sistema de justicia, trabajando con la participación total de las víctimas y las comunidades involucradas”¹⁹, con el fin de que en mediante la participación conjunta de todos los involucrados se visibilicen los hechos que generan el problema y se busque una solución que los beneficie a todos.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Buenos Aires: Planeta, 2012), 31-2, <http://www.matiabailone.com/dip/ZAFFARONI-La%20cuestion%20criminal%20-%20da%20edicion%20-%20web.pdf>.

¹⁸ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana y Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Estudio comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa, como base para el diseño de reparaciones de un sistema de justicia transicional en Venezuela* (Caracas: CDH-UNIMET / CDH-UCAB, 2019), 3-4, <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Estudio-comparativo-Justicia-Retributiva-vs.-Restaurativa.pdf>.

¹⁹ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana y Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Estudio comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa*, 11-2; énfasis añadido.

3. Definición de justicia restaurativa penal

A pesar que diversos estudiosos y expertos en materia restaurativa penal aún conservan la terminología jurídica de víctima y victimario para referirse a los sujetos que intervienen en el drama que originó el conflicto penal, lo ideal dentro del contexto de la justicia restaurativa penal es usar la terminología jurídica de ofensor y ofendido para denotarlos. Apegándose a los preceptos modernos de la justicia restaurativa penal, dentro de la presente investigación se usará la terminología de ofensor y ofendido para referirse a quien en la justicia retributiva penal se le conoce como victimario y víctima.

La justicia restaurativa penal se constituye en una alternativa al monopolio punitivista de la tradicional justicia penal retributiva, se caracteriza por devolverle el protagonismo arrebatado por otros sistemas a la parte afectada dentro del conflicto penal y debido a los beneficios restauradores se ha encargado de desvirtualizar la importancia que el Estado ha depositado en el sistema carcelario. Las sanciones privativas de libertad instituidas como mecanismo irrefutable e incuestionable para resolver los conflictos penales quedan relegadas a un segundo plano, al verse superada por el modelo de justicia restaurativa se da preferencia a otros mecanismos menos lesivos contra la integridad personal y que verdaderamente logran reparar a la parte afectada.

La justicia restaurativa en el ámbito penal pretende reemplazar la privación de la libertad de la persona ofensora por la reparación y autocomposición de los daños causados; en este sentido debe ser entendida como “un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad”.²⁰

La justicia restaurativa incita al cambio de mentalidad sobre la concepción que se tiene sobre la privación de la libertad y el derecho penal adjetivo; desde esta perspectiva la justicia restaurativa en el ámbito penal se constituye en una “respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la “sanación” de la víctima, infractor y comunidad”.²¹

²⁰ Álvaro Márquez Cárdenas, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y Valores* X, n.º 20 (2007): 203-4, <https://doi.org/10.18359/prole.2543>.

²¹ Virginia Domingo de la Fuente, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, *Criminología y Justicia*, n.º 4 (2012): 6-7, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4063018>.

De la justicia retributiva o punitiva a la justicia restauradora o reparadora los cambios son apreciables fácilmente, en primer lugar se evidencia las facilidades brindadas a la parte ofensora para que de manera voluntaria y asequible se responsabilice de sus acciones y repare los daños causados en lugar de obligarlo a través de las instituciones estatales, por su parte uno de los cambios más notables en este cambio de paradigma es la reivindicación del rol protagónico a la parte ofendida dentro del decurso del proceso hasta el punto de que con su predisposición pueda condicionar la autocomposición del conflicto.²²

Según la Organización de Naciones Unidas (ONU) la justicia restaurativa penal es “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma voluntaria y activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general, con la ayuda de un facilitador”;²³ desde este enfoque restaurativo se busca solucionar los conflictos celeremente a través del diálogo directo entre las partes involucradas y en ciertas ocasiones junto a la comunidad, donde la solución del conflicto depende de la voluntad de las partes y su predisposición a ceder posiciones y reparar los daños causados.

Según Cristian Mora Naula quien es director del centro de mediación y arbitraje “ODR Ecuador”, considera que la justicia restaurativa en materia penal es todo “proceso de justicia en la cual las personas involucradas en un hecho, la resuelven de manera colaborativa o colectiva, con el propósito de que las ofensas y las implicaciones a futuro mermen y que las víctimas (parte afectada) que juega un rol muy activo dentro del proceso sea la que acepte la disculpa y la reparación del ofensor”;²⁴ esta definición junto a la dada por la Organización de Naciones Unidas tocan la idea de la supeditación del proceso restaurativo penal a la voluntad de las partes, constituyéndose en su punto flojo debido a que las posibilidades de ceder posiciones son muy reducidas y preferentemente se aplica dentro de infracciones penales menores, dando paso a un monopolio segregador para sancionar las infracciones penales más graves.

²² Costello, Wachtel y Wachtel, *Manual de Prácticas Restaurativas para docentes, personal responsable de la disciplina y administradores de instituciones educativas* (2010), citado en Schmitz Dumont, *Manual de Prácticas Restaurativas*, 21-2.

²³ Pesqueira Leal, “El concepto de justicia penal restaurativa”, 159-60.

²⁴ Cristian Mora Naula, “Justicia Restaurativa”, video de YouTube, a partir de una ponencia presentada en Conversatorios Jurídicos, 2021, 5:57, https://www.youtube.com/watch?v=9K4S0c-fwiA&ab_channel=VinicioRosillo.

En síntesis, la justicia restaurativa se constituye en una opción viable al clásico proceso penal retributivo que a través del cambio de paradigma radical que cuestiona la estricta legalidad del derecho penal retributivo le devuelve el protagonismo a la parte afectada dentro del conflicto; añadiéndose que la justicia restaurativa pretende poner fin al conflicto penal celeramente a través de acuerdos alcanzados mediante la intermediación directa entre la parte afectada y la parte ofensora.

3.1. Diferencias entre justicia restaurativa penal y justicia retributiva

El delito dentro de la justicia penal retributiva se concibe como la vulneración de los enunciados normativos penales instituidos por el aparataje estatal y en el cual el Estado se autoatribuye la calidad de víctima; por el contrario dentro de la justicia penal restaurativa ni siquiera se concibe la idea del delito y en su lugar se lo idealiza como un conflicto donde se prioriza la subsanación de las relaciones personales, comunitarias y el daño u ofensa que el individuo y su entorno soportaron como consecuencia del conflicto, reparación que se encamina hacia la reivindicación del rol que el Estado le ha arrebatado a la persona ofendida.

Dirigiendo el análisis de la justicia penal retributiva por la vía del proceso se debe tener en cuenta al regirse bajo un proceso de tipo adversarial siempre existirá un ganador y un perdedor, para este último el Estado reserva un “castigo por la vulneración de la norma creada por él mismo y también como afrenta personal, que el infractor sea separado de la comunidad a través de la privación de libertad”²⁵; desde otra perspectiva más humanista, dentro de la justicia restaurativa penal no se contempla la idea de ganador y perdedor debido a que ambas partes involucradas en el proceso se benefician al dar preferencia a “alternativas a la prisión o al menos la disminución de la estancia en ella a través de la reconciliación, restauración de la armonía de la convivencia humana y la paz”.²⁶

El rol que desempeñan los actores dentro de cada proceso y la dependencia a ciertas funciones permite diferenciar la justicia retributiva penal de la justicia restaurativa penal; la primera depende mayoritariamente del rol que desempeñan los jueces, tribunales, fiscales u otros varios agentes estatales esenciales para la correcta prosecución del proceso penal, mientras que la justicia restaurativa no se ve supeditada a ninguna

²⁵ Domingo de la Fuente, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, 6-7.

²⁶ *Ibíd.*

entidad o agente estatal debido que responde al interés que tiene las partes en resolver celeremente el conflicto.

Otra diferencia entre estas dos es sobre la víctima que sufre el delito. En el caso de la punitiva (*refiriéndose a la justicia retributiva*), la víctima en muchas ocasiones no es tomada en cuenta, incluso se tiende a “victimizarla”. En la restaurativa, en cambio, la víctima (*refiriéndose a la parte afectada*) tiene un papel principal. Esta se tiene en cuenta en todo el proceso, tanto sus derechos como necesidades.²⁷

El principal principio procesal bajo el cual se encuentra estructurado el derecho penal y la actual justicia retributiva se rige bajo el principio de estricta legalidad, principio según el cual no hay delito, infracción penal, proceso penal y pena sin ley previa, la inobservancia o interpretación errónea de la estricta legalidad en el ámbito penal acarrea la nulidad de todo el proceso; desde una perspectiva más flexible, la justicia restaurativa se aleja de la estricta legalidad pues no le interesa prolongar el proceso con tediosos trámites, su objetivo primordial es procurar la solución celer del conflicto adaptándose a las necesidades de la víctima y prestando las facilidades necesarias para que la parte ofensora cumpla con la reparación debida.

4. Modelo de autocomposición Vs. Modelo de heterocomposición

Es al italiano experto en derecho procesal Francesco Carnelutti, a quien se le atribuye haber acuñado el término “autocomposición” para referirse a uno de las tres principales vías de solución de disputas junto al proceso y a la autodefensa. La autocomposición es un medio de solución de conflictos que se encuentra constituida por una serie de mecanismos y figuras jurídicas diferentes y en el que la solución del conflicto se presenta de manera parcial debido a que depende del desistimiento de los intereses de las partes involucradas.²⁸

La autocomposición como vía de solución de conflictos se caracteriza por su altruismo en el que la solución del conflicto depende enteramente de los sujetos involucrados y a la supeditación de los intereses propios por sobre el conflicto, puede ser

²⁷ Patricia Canto, “Diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva”, *Diario de Mediación*, accedido 30 de agosto de 2023, párr 7, [https://www.diariodemediacion.es/diferencias-entre-la-justicia-restaurativa-y-la-justicia-retributiva/#:~:text=En%20la%20retributiva%20se%20establece,responsabilidad%20y%20no%20de%20culpa.](https://www.diariodemediacion.es/diferencias-entre-la-justicia-restaurativa-y-la-justicia-retributiva/#:~:text=En%20la%20retributiva%20se%20establece,responsabilidad%20y%20no%20de%20culpa.;); énfasis añadido.

²⁸ Rodolfo Alejandro Aldea Moscoso, *De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos* (Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1989), 27-8, <https://books.google.com.ec/books?id=ZyVWlNh91s4C&lpg=PP1&hl=es&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>.

unilateral cuando existe la manifestación de la voluntad de uno de los involucrados o bilateral cuando existe la manifestación de la voluntad de ambos involucrados. Debido a la diversidad de figuras y mecanismos que componen a la autocomposición, la solución de los conflictos puede provenir de varias fuentes como el desistimiento, el allanamiento, la transacción y el perdón del ofendido; además dependiendo de la forma en como la autocomposición se manifiesta en el curso del proceso se la clasifica en extraprocesal si la solución del conflicto se da fuera del proceso e intraprocesal si la solución del conflicto se perfecciona dentro del proceso.

La autocomposición a diferencia del proceso, no constituye un solo expediente de solución, sino que es una expresión que más sirve para agrupar bajo un solo nombre a diversos mecanismos contemplados en la legislación nacional, de manera inorgánica y dispersas, cuyas comunes características son dos, a saber: a) ser formas de solución parcial de los litigios, esto es de cargo de los propios litigantes, y b) ser formas de solución que consisten, en esencia, en la subordinación del interés propio al ajeno.²⁹

La eficiencia de la autocomposición como vía de solución de conflictos depende enteramente del desistimiento libre y voluntario de una sola de las partes involucradas o de ambas partes, independientemente de quien la provocó, el desistimiento voluntario junto a la cesión de posiciones coadyuva a encontrar una solución adecuada y ágil al conflicto; sin embargo la imposición de los intereses propios por sobre los intereses comunes en ocasiones hace que la autocomposición adquiera matices de autodefensa pero sin que signifique un desapego a la predisposición preventiva y alterna al típico proceso adversarial.

Dentro del ámbito reparador de la justicia restaurativa la solución del conflicto “se sustenta en la autocomposición, siendo esta la posibilidad de que los mismos sujetos involucrados en el drama penal, en el drama civil o en el drama jurídico en general, sean los que solventen y resuelvan sus problemas cediendo posiciones”;³⁰ en el caso de la justicia restaurativa penal se prioriza el diálogo, la mediación directa entre las partes, la celeridad de la reparación del daño causado y la sustitución de la privación de la libertad por medidas alternativas y que en forma conjunta coadyuvan a la reducción del presupuesto asignado por los estados al sistema carcelario y de administración de justicia.

Debido al modelo autocompositivo en el cual las partes involucradas en el drama penal son las que resuelven el conflicto en la mayoría de los casos no se hace necesario

²⁹ Aldea Moscoso, *De la autocomposición*, 27-8.

³⁰ Mora Naula, “Justicia Restaurativa”, 7:28.

recurrir hacia un tercero imparcial debido a que se lo resuelve entre las partes mismas, solo en ciertas ocasiones en las cuales existe la voluntad conciliadora, pero se dificultan los acuerdos interviene un tercero “ayudando a las partes a que sea estas las que definitivamente alcancen el acuerdo que ponga fin al conflicto. Son por ello los mismos sujetos en conflicto los que con ayuda del componedor, van alcanzar una solución a las diferencias existentes, autocomponiéndose ellos mismos a través de una solución más o menos consensuada”.³¹

Las particularidades más notorias de la justicia restaurativa son la celeridad a la hora de solucionar los conflictos, la reparación a la parte afectada y sobre todo evitar litigios innecesarios al realizar “eficazmente el principio de la economía procesal, de dinero y tiempo, por cuanto permite poner fin a procesos ya iniciados y en etapas previas al juzgamiento, e impide la iniciación de nuevas causas si ello se produce en la esfera extraprocesal, con el consiguiente alivio de trabajo para los tribunales de justicia”.³²

La justicia restaurativa muy al contrario de la justicia retributiva tiene como objeto no acrecentar la incertidumbre de la parte afectada frente al sistema de administración de justicia penal, a fin de evitar las secuelas negativas propias del proceso adversarial penal la justicia restaurativa permite que la parte afectada puede ser reparada céleramente, evitando el litigio e innecesarias instancias procesales. En la justicia restaurativa se da preferencia a métodos alternativos menos punitivos propios de la autocomposición, permitiendo el acercamiento directo entre ofendido y ofensor, priorizando la reparación de los daños causados por sobre la sanción de la cárcel y permitiendo solucionar el conflicto de manera extrajudicial.

La concepción de justicia retributiva va ligada a la idea del castigo, para asegurar que el daño causado sea devuelto a quien lo causo; a su lado aparece la idea de una justicia restaurativa donde lo importante no será el castigo sino la superación de las condiciones que generaron un estado de victimización debido a la violación de los DDHH, tomando trascendencia la idea de enmendar los daños que se generaron.³³

La justicia retributiva se diferencia de la justicia restaurativa por despojar a los individuos de la potestad de establecer bajo sus propias condiciones y requerimientos el

³¹ Silvia Barona Vilar, “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18, n.º 1 (2011): 187-8, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100008>.

³² Aldea Moscoso, *De la autocomposición*, 32-3.

³³ Ana María Barrientos Cárdenas, “Justicia restaurativa y justicia retributiva en la jurisdicción especial para la paz” (tesis de posgrado, Universidad de Antioquia, 2020), 23, <https://hdl.handle.net/10495/24493>.

derecho vulnerado y la forma más idónea para solucionarlo, siendo una característica de esta justicia presidida por la heterocomposición que “siempre existirá la figura del ganador–perdedor, es decir que se trata de un tipo de solución suma-cero, lo que uno gana el otro inevitablemente lo pierde, lo que evidentemente genera descontento”.³⁴

La justicia heterocompositiva informa acerca de qué es un conflicto y las formas de solucionarlo o desatarlo, mediante reenvíos a construcciones socialmente compartidas, por ejemplo, la ley, que es una de las instituciones sociales que determina esos contenidos que se echan de menos en la justicia autocompositiva. La ley penal indica qué es un delito y cuáles son las formas que puede adquirir; pero también señala el castigo y las autoridades que pueden aplicarlo.³⁵

Dentro de la heterocomposición un tercero imparcial llamado juez en el proceso judicial árbitro en el arbitraje por encargo del Estado se le comisiona solucionar los conflictos que llegan a su conocimiento, para lo cual a más de potestad pública se le dota de poder y autoridad suficientes para imponer su decisión por sobre los intereses de las partes³⁶. “En el primer caso citado (*refiriéndose al arbitraje*) nos encontramos ante un medio alternativo de resolución de conflictos, en el segundo (*refiriéndose al proceso judicial*), ante la figura tradicional en la que un juez, funcionario gubernamental, decide la cuestión discutida”.³⁷

5. Justicia restaurativa como método alternativo de solución de conflictos

La resolución de conflictos de manera alternativa basadas en prácticas restaurativas que preponderan el diálogo por sobre el litigio se convierte en una de las finalidades que persigue la justicia restaurativa debido a su variedad de beneficios en la administración de justicia, finalidad que se cumple mediante la derivación de los conflictos que llegan al conocimiento de los profesionales del derecho hacia establecimientos debidamente autorizados para remediar los conflictos de manera alternativa.

³⁴ Alipio Montes de Oca Vidal, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Lumen*, n.º 9 (2013): 114-5, <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>.

³⁵ Manuel Fernando Moya Vargas y Carlos Andrés Bernal Castro, *Los menores en el sistema penal colombiano* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 17-8, <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/b64b0aef-3105-494e-b18c-63a74e55e910/content>.

³⁶ Montes de Oca Vidal, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, 114-5.

³⁷ Luis Octavio Vado Grajales, “Medios alternativos de resolución de conflictos”, en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano: Estudios de derecho público y política*, coord. David Cienfuegos Salgado y María Carmen Marcías Vásquez (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 375, <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/7nuevo.pdf>; énfasis añadido.

Los mecanismos de solución de conflictos también son cauces extra-jurisdiccionales surgidos al margen del proceso y que se desarrolla algunas veces por órganos no vinculados al poder estatal y otras veces por las mismas instancias estatales, a través de un conjunto de prácticas y técnicas dirigidas a: a) posibilitar la solución de los conflictos al margen de los tribunales en beneficio de todas las partes implicadas; b) reducir el costo y la dilación con relación al proceso judicial; y c) prevenir los conflictos jurídicos que estarían probablemente destinados a ser llevados ante los tribunales, coadyuvando en la búsqueda de tutela judicial efectiva.³⁸

El acceso a la justicia junto a la pronta solución de los conflictos jurídicos puestos en conocimiento de la administración de justicia se constituye en un derecho fundamental de todo sujeto involucrado en un conflicto, para acometer con este fin la justicia restaurativa a través de los mecanismos alternativos se convierte en una alternativa viable en la cual no se hace necesaria la intervención de un tercero imparcial; los beneficios ofrecidos por la justicia restaurativa en el ámbito penal hace necesaria su difusión por sobre el clásico proceso penal debido que “son las partes las dueñas de su propio problema, y que, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades”.³⁹

La justicia restaurativa se presenta como un medio alternativo, un camino para descomprimir el sistema penal por lo menos en delitos menores, ya que es un concepto dinámico en constante desarrollo y que se va construyendo permanentemente con los aportes de la doctrina, de los organismos nacionales e internacionales, de la legislación nacional y comparada con el fin de poner como eje central los derechos de la víctima y los derechos humanos.⁴⁰

La influencia de las prácticas restaurativas dentro en la administración de justicia a través de los métodos alternativos de solución de conflictos favorece a que el monopolio de la justicia retributiva deje de ser absoluto y en su lugar se da paso a opciones no judiciales alternas al litigio cuya pretensión no es “ser opuestos o contrarios a los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias, sino ser colaborativos e incluyentes en la búsqueda de cumplir con los sistemas de la efectiva justicia”.⁴¹ Tenemos la conciliación, negociación, mediación, arbitraje y otros mecanismos como los consuetudinarios propios de los países andinos entre los mecanismos alternativos más

³⁸ Eglá Cornelio Landero, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, n.º 17 (2014): 85-6, <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>.

³⁹ Vado Grajales, “Medios alternativos de resolución de conflictos”, 376.

⁴⁰ Stefanía del Cisne Briceño Ludeña y Luis Manuel Flores Idrovo, “La aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal ecuatoriano, con atención a causas resueltas en el tribunal de garantías penales del Azuay, en los años 2020 y 2021”, *Revista científica dominio de las ciencias* 8, n.º 3 (2022): 451-2, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8635239>.

⁴¹ Cornelio Landero, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias”, 94-5.

trascendentales y que en la práctica son más eficientes que el litigio y el clásico proceso judicial.

Antes de pasar al siguiente punto tenemos que hacer una aclaración. Proceso y arbitraje, así como negociación, mediación y conciliación resultan procedimientos o caminos para llegar a la solución de un litigio; por otro lado, *desistimiento, allanamiento, perdón del ofendido, transacción, renuncia al derecho, a la reclamación o a la defensa son formas que adopta la solución.*⁴²

La impetuosa predisposición de activar el órgano jurisdiccional llevando a juicio todo tipo de conflicto por más minúsculos que sean solo ha conseguido que los diferentes ordenamientos jurídicos se encuentren saturados, haciéndose necesario la idealización de mecanismos alternativos para resolver la creciente acumulación de procesos judiciales; dentro de la variedad de mecanismos alternativos al proceso judicial y al litigio concurren métodos autocompositivos como la negociación que no requieren de un tercero imparcial y también métodos heterocompositivos como la conciliación, la mediación y el arbitraje que necesariamente requieren de un tercero imparcial que guíe el proceso y facilite la solución del proceso.

6. Justicia restaurativa en el contexto ecuatoriano

6.1. Breves antecedentes históricos de la justicia restaurativa penal en el Ecuador

Pese a los múltiples beneficios que ofrece la justicia restaurativa, la justicia retributiva penal junto al proceso adversarial se han sobrepuesto sobre el proceso retributivo penal; siendo común que históricamente dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo las prácticas restaurativas alternativas de solución de conflictos se encuentren altamente limitadas y relegadas a un segundo plano.

Dentro de la historia del derecho penal ecuatoriano la justicia restaurativa no ha pretendido ser blanda con la persona causante de una afeción (*victimario dentro del proceso retributivo penal*); todo lo contrario, pretende que el ofensor asuma las responsabilidades que tiene con el ofendido (*víctima dentro del proceso retributivo*) buscando el modo más eficiente de reparar los daños causados y tratando de fenecer los retardantes procesos judiciales iniciados o evitarlos en el mejor de los casos.

⁴² Vado Grajales, “Medios alternativos de resolución de conflictos”, 375; énfasis añadido.

Históricamente en el Ecuador, la justicia restaurativa en materia de derecho penal ha tenido escasos avances por no decir nulos; entre los mecanismos restaurativos que más se destacan por su capacidad de poner fin a las infracciones penales se encuentran aquellas comprendidas en el Código de Procedimiento Penal al posibilitar la solución de ciertos delitos y contravenciones a través de acuerdos reparatorios y acuerdos transaccionales, el Código de Niñez y Adolescencia de 2003 en lo referente a materia de adolescentes infractores, las del artículo 190 de Constitución del 2008 que “reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”.⁴³

En el actual contexto contemporáneo del derecho penal ecuatoriano tenemos los mecanismos restaurativos provenientes de las reformas penales del año 2014 plasmadas en el Código Orgánico Integral Penal, las de la Resolución 327-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura que “establece el procedimiento que se requieren para viabilizar la conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito, en los que no hay resultado de muerte conforme lo previsto en la ley”⁴⁴ y sobre todo la justicia indígena que a pesar de estar relegada a un segundo plano desde mucho antes de la Constitución del Ecuador en república ha sido practicada incluso hasta la actualidad por los pueblos y nacionalidades indígenas.

Ante la más reciente crisis sanitaria mundial que generó la pandemia del COVID-19 que confinó a la población mundial en sus hogares, no permitiéndoles realizar sus actividades cotidianas de manera presencial dejó en evidencia la falta de planificaciones de contingencia para enfrentar este tipo de inconvenientes a más de otras graves falencias en la administración de justicia. Antes de la crisis sanitaria la tramitación de las causas en las diferentes unidades judiciales y fiscalías de por sí era paupérrima y una vez que la crisis se desató, las restricciones en la presencialidad de todo tipo de diligencias dificultaron aún más el pronto despacho de las causas.

Si con las facilidades que brindaba la presencialidad los funcionarios judiciales y de las diferentes fiscalías a nivel nacional apenas alcanzaban a despachar los diferentes trámites, con la crisis sanitaria desatada estos mismos funcionarios judiciales no cumplan a cabalidad con sus facultades jurisdiccionales e investigativas respectivamente en

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Tercer Suplemento, 20 de octubre de 2008, art. 190.

⁴⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 327-2014*, Registro Oficial 399, Segundo Suplemento, 18 de diciembre de 2014, art. 1.

especial con la de “velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley”.⁴⁵ El caótico escenario provocado por la pandemia dio paso a que “el sistema de la administración de Justicia en el país se modernice y prospere, y es así como ahora la mediación es una herramienta más eficiente ya que permite que se imparta justicia sin importar donde las partes se encuentren”.⁴⁶

Si bien la justicia retributiva ecuatoriana se vio forzada a dar el paso a la virtualidad, la justicia restaurativa también se vio obligada a incursionar hacia la virtualidad de los procesos de mediación y arbitraje para que el sistema de administración de justicia no colapse; el paso hacia la virtualidad se lo da mediante la Resolución 039-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura que emite las respectivas directrices para la conciliación a través de medios telemáticos; esta resolución a pesar de posibilitar la virtualidad de los procesos de mediación y arbitraje estaba condicionada en el aspecto de la firma electrónica siendo obligatoria tanto para los intervinientes como para los facilitadores.

Artículo 4.- Obligatoriedad de firma electrónica.- Únicamente los árbitros que cuenten con la correspondiente firma electrónica conforme con la ley, podrán suscribir laudos arbitrales por vía electrónica. Así también, *únicamente los mediadores y las partes que cuenten con la correspondiente firma electrónica conforme con la ley, podrán suscribir las respectivas actas de mediación, actas de imposibilidad de acuerdo de mediación y constancias de imposibilidad de mediación por vía electrónica.*⁴⁷

A pesar de que el articulado *ut supra* en un primer momento facultó la mediación a través de medios telemáticos, no era tan viable por la obligatoriedad de la firma electrónica; por esta razón mediante Resolución 062-2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura se la deja sin efecto y se extiende su alcance en tres nuevas modalidades. La primera modalidad consistente en procesos de mediación totalmente virtuales (donde la firma electrónica es obligatoria para todas las partes incluida el mediador), la segunda modalidad consiste en un proceso de mediación presencial en que se toma en cuenta las respectivas medidas de bioseguridad, finalmente la tercera y más innovadora modalidad

⁴⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 10 de marzo de 2022, art. 130.

⁴⁶ Analía Andrade y Francisca Gabela, “Mediación en tiempo de Coronavirus (COVID-19)”, *Blog Universidad San Francisco de Quito*, accedido 16 de abril de 2023, párr. 6, <https://jur.usfq.edu.ec/2020/07/mediacion-en-tiempos-de-coronavirus.html>.

⁴⁷ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 039-2020*, Registro Oficial 217, 4 de junio de 2020, art. 4; énfasis añadido.

en la cual el proceso de mediación es virtual y la suscripción de la firma para su validez de manera presencial.⁴⁸

Al dar el paso a la hibridación de los procesos de mediación y arbitraje entre la virtualidad y la presencialidad se aportó al descongestionamiento del sistema de justicia ecuatoriano colapsado en la época de pandemia; esta hibridación forzada actualmente es un antecedente favorecedor que flexibilizó su formalidad. Aunque el confinamiento ya es cosa del pasado, los aportes implementados por la pandemia en materia transigible hasta la actualidad facilitan la suscripción de acuerdos que en épocas pasadas estaban limitadas a la presencialidad de los intervinientes y de los facilitadores.

6.2. Justicia restaurativa en el Código Orgánico Integral Penal

Algunos de los mecanismos implementados en el ámbito penal a partir del 10 de febrero de 2014 junto a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, mecanismos que encajan dentro de modelos restauradores en el cual se inserta la justicia restaurativa. Los mecanismos restaurativos implementados en el Código Orgánico Integral Penal son los establecidos en el ámbito de la justicia juvenil, los mecanismos alternativos a la privación de la libertad manifestadas a través de medidas cautelares no privativas de libertad (art. 522 COIP), la suspensión condicional de la pena (art. 630 COIP) y la conciliación penal (art. 663 COIP).

El único mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC en adelante) propiamente dicho que se encuentra tipificado en el COIP es lo referente a la conciliación y los diferentes procedimientos en los cuales se puede dar; si bien el COIP ha denominado a este MASC como conciliación “no resulta del todo comprensible por qué el legislador nacional escogió el uso de la conciliación en el proceso penal, y no otras figuras como la mediación, cuando el propio cuerpo legal establece entre las disposiciones modificatorias del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la utilización de la mediación penal”.⁴⁹

Las diferencias entre mediación y conciliación en materia penal son casi imperceptibles siendo lo más diferenciador el rol que desempeña el tercero en cada mecanismo; mientras que, el conciliador desempeña un rol más relevante y de cierto modo coercitivo sugiriendo soluciones, el mediador no está en la capacidad de sugerir

⁴⁸ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 062-2020*, Registro Oficial 750, 08 de julio de 2020, art. 2.

⁴⁹ Joselito Arguello Saltos, “La mediación penal: Un análisis desde la regulación del Código Orgánico Integral Penal”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 40, n.º 108 (2019): 14-5, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7726667>.

soluciones y mucho menos de exigir llegar a acuerdos, su rol se supedita a prestar las facilidades para llegar a un consenso entre las partes actuando como un simple facilitador.

Al respecto (*refiriéndose al MASC previsto en el COIP*), se debe entender que la conciliación penal tiene sus propias reglas de procedimiento puesto que su naturaleza obedece a un método que funciona como una alternativa a la solución ordinaria del conflicto, esto es, a la sentencia dictada dentro del juicio penal; y que, por ende, termina de manera anticipada el proceso penal. Por lo cual, no le son aplicables las mismas normas que rigen los procedimientos de los procesos penales y que plantean una solución ordinaria del conflicto.⁵⁰

Según los lineamientos de la *Sentencia nro. 9-15-CN/19* y *acumulados* “la conciliación es uno de los mecanismos para resolver conflictos de manera alternativa a un juicio en el cual las partes gestionan por sí mismas la solución de sus disputas, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”;⁵¹ mientras que la *Sentencia nro. 12-19-CN/19* lo define como “un mecanismo *lato sensu* para terminar el proceso y, si bien el juzgador tiene la facultad de facilitar un arreglo entre las partes [...], *el juzgador no puede bajo ningún aspecto obligar a las partes a conciliar*”.⁵²

En este punto queda claro que hasta la actualidad existe confusión entre conciliación y mediación, reflejo de ello es la denotación que en los anteriores precedentes jurisprudenciales la Corte Constitucional proporciona sobre la conciliación confundiéndola al igual que el COIP con la figura de la mediación. El COIP confunde los términos *ut supra* al precisar parámetros propios de la mediación penal para denotar la conciliación en materia penal, con la consideración de que el juzgador sólo puede actuar como un mero facilitador y no como un sujeto dotado de vasta capacidad para exigir que sus decisiones tengan la relevancia suficiente para que las partes la acaten.

La conciliación penal junto a los MASC como ya era más que previsible tan solo se desarrolla en un par de capítulos y artículos relativamente cortos, a pesar de que “la conciliación en asuntos penales ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder”.⁵³

⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 9-15-CN/19* y *acumulados*, 23 de abril de 2019, 12; énfasis añadido.

⁵¹ *Ibíd.*, 11.

⁵² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 12-19-CN/19*, 12 de noviembre de 2019, 6; énfasis añadido.

⁵³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 9-15-CN/19* y *acumulados*, 11.

La falta de desarrollo y exigua aplicación de la conciliación penal deja en evidencia que el sistema penal ecuatoriano presta varias posibilidades para que surja el proceso adversarial penal y presta muy pocas posibilidades para que surja un proceso que se maneje bajo parámetros restaurativos, muestra de ello son las diversas limitantes y requerimientos para que pueda operar la conciliación en materia penal.

De manera general los MASC establecidos en el COIP se rigen bajo lineamientos obligatorios como el consentimiento libre y voluntario del ofendido y del ofensor, que los acuerdos alcanzados sean razonables y proporcionales, que el consentimiento del ofensor a futuro no constituya prueba de culpabilidad, que el incumplimiento de lo acordado no sea facultativo de condena o agravación de pena, que los facilitadores sean imparciales y finalmente que los implicados tengan derecho a consultar a un defensor de lo que se pretende acordar.⁵⁴

Cuando la conciliación se da en el transcurso de un procedimiento ordinario se debe tomar en cuenta las diversas condicionantes que se establecen en el Título X “Mecanismo alternativo de solución de conflictos” establecidos en el COIP, quedando reservada exclusivamente para delitos menores y siempre que se tomen en cuenta ciertas limitaciones.

La primera limitación la encontramos en la etapa procesal en la cual se la puede solicitar, pudiendo darse en la etapa preprocesal de *Investigación Previa* o hasta antes de la conclusión de la etapa de *Instrucción*; la segunda limitante se refiere al máximo de la pena privativa de libertad establecida para el tipo penal y que para el caso solo se aplica en los delitos sancionados con una pena máxima de hasta cinco años; la tercera limitante hace referencia a aquellos delitos de tránsito con resultado de muerte que generen incapacidad permanente y pérdida o inutilización de cierto órgano; finalmente la cuarta limitante abarca los delitos contra la propiedad cuyos valores exceden de treinta salarios básicos.⁵⁵

Debe considerarse que la regla a la conciliación en los casos de delitos contra la propiedad es no excederse de treinta salarios básicos; sin embargo, la excepción a la regla, son los delitos contra la propiedad intelectual (art. 208A) y derechos de autor (art. 208B), delitos que a pesar de superar los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general pueden conciliarse siguiendo las reglas y principios mencionados en párrafos

⁵⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 662.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 663.

anteriores. De manera general y a pesar de cumplirse con los requisitos *ut supra*, bajo ningún parámetro procede la conciliación penal en “las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”.⁵⁶

En el caso de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, a través de la Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal se incorpora el “Procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar”. En su parte pertinente el artículo 651.6 del COIP establece las reglas a considerar en la aplicación de la justicia restaurativa en delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, a pesar de que la conciliación penal tipificada en el COIP no faculta su procedencia.

El articulado en mención que regula la aplicación de la justicia restaurativa en asuntos referentes a violencia de género nada tiene que ver con la justicia restaurativa, en su parte pertinente establece que su aplicación es exclusiva de la etapa de ejecución de la sentencia; el objetivo de este procedimiento que supuestamente se orienta hacia lo restaurativo es “dar a la víctima una oportunidad para expresar el impacto que la infracción ha tenido en su vida; frente a esto la persona infractora debe tener la oportunidad de reconocer su responsabilidad y señalar los compromisos que puede asumir”.⁵⁷

Conforme lo señala el “*Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*” de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la justicia restaurativa penal en su nivel de corrección se consolida “como una *alternativa al encarcelamiento*, como parte o además de una *sentencia que no implique reclusión*, durante el encarcelamiento o a partir de la liberación de prisión”⁵⁸; de lo anterior, ninguna de las “reglas para la aplicación de justicia restaurativa” instituidos para regular las infracciones de género establece algún tipo de alternativa a la privación de libertad del delincuente, tan solo apertura un espacio de diálogo en la cual la víctima sólo enuncia las secuelas negativas del delito en su vida, estas reglas no brindan ningún tipo de beneficioso para el infractor

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 651.6.

⁵⁸ UNODC, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*, 13-4.

al estar limitándolo exclusivamente a reconocer su responsabilidad y asumir ciertos compromisos.

Por su parte, la conciliación que surge durante el transcurso del procedimiento ordinario puede efectivizarse durante la fase de investigación previa o durante la etapa de la instrucción, en ambos supuestos se deberá presentar una solicitud escrita que contenga los acuerdos al agente fiscal a cargo del caso; si la solicitud de conciliación se realiza durante la etapa de investigación previa, quedará a cargo del fiscal, quien “realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado.

Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación”,⁵⁹ en caso de incumplimiento se revocará el acta y se continuará con el proceso; por otra parte, si la conciliación se da durante la etapa de instrucción, fiscalía “solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron”,⁶⁰ cumplido lo acordado se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.

El plazo máximo para el cumplimiento del acuerdo conciliatorio es de ciento ochenta días, durante este tiempo se suspende el tiempo para que opere la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de la etapa procesal en la cual se encuentre el proceso, sin poder solicitarse la prórroga del mismo. El incumplimiento del acuerdo conciliatorio conlleva a que el fiscal solicite al juez de la causa la convocatoria a audiencia, donde de no justificarse los motivos del incumplimiento se revoca el acuerdo y se reanuda el procedimiento ordinario y una vez el acuerdo haya sido revocado no se podrá volver a solicitar uno nuevo.

La conciliación penal también procede en las contravenciones penales, de tránsito e infracciones y contra los derechos de las personas usuarias y consumidoras y otros agentes del mercado; contravenciones que por su naturaleza se tramitan bajo los parámetros del procedimiento expedito. Una vez que la víctima y el denunciado hayan acordado voluntariamente conciliar, se pondrá en conocimiento del juez dicha voluntad conciliadora para que definitivamente ponga fin al proceso iniciado; sin embargo, siguiendo los lineamientos de la conciliación tramitados bajo el procedimiento ordinario

⁵⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 665.

⁶⁰ *Ibíd.*

y expedito, en ningún caso se faculta la conciliación en casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.⁶¹

El COIP permite la conciliación en los delitos de acción penal privada; sin embargo, en la práctica se tiende a confundir si la conciliación que surge dentro de este tipo de procedimiento especial debe sujetarse a las normas del COIP o del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP); en atención a esta inquietud legal, la Corte Nacional de Justicia en *Oficio nro. 919-P-CNJ-2019* de fecha 04 de diciembre de 2019 ha absuelto dicha duda bajo los siguientes preceptos:

En busca de una tramitación especial, no es correcto acudir al COGEP, tanto más que la conciliación en este cuerpo normativo está reconocida de forma general, útiles si nos son los principios reconocidos en esa norma que como hemos visto están también determinados en el COIP, más para el caso del ejercicio privado de la acción penal, la audiencia en donde se puede llegar al acuerdo está debidamente regulada en el COIP.⁶²

Otra confusión que se presenta es la referente a una posible conciliación en el delito de acción penal privada de estupro, mismo que se encuentra catalogado como un delito contra la integridad sexual y reproductiva; conforme lo establecido en el último párrafo del artículo 663 del COIP, toda posible conciliación en este tipo de delito queda excluida. La Corte Constitucional ecuatoriana en *Sentencia 12-19-CN/19* dilucida que los acuerdos conciliatorios alcanzados en los delitos de acción privada por estupro son constitucionales siempre que se interpreten conforme las siguientes reglas:

- a) A los adolescentes, como sujetos pasivos de la infracción penal de estupro, se les garantice el derecho de ser escuchados por el juzgador, cuando los querellantes y los querellados propongan fórmulas de conciliación para terminar el proceso penal.
- b) En todo momento en que el adolescente sea escuchado, el juzgador debe garantizar que tal declaración no implique una revictimización, ni que esto implique colocar al adolescente en una posición de subordinación o de confrontación directa con el querellado.⁶³

Los casos y reglas de la conciliación del artículo 663 del COIP son aplicables para delitos de acción penal pública que cumplan con los requerimientos debidos; es por ello que la conciliación en delitos de acción penal privada “no requieren una tramitación o

⁶¹ *Ibíd.*, art. 641.

⁶² Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, “Ejercicio privado de la acción penal – La conciliación debe regirse por las normas del Coip (662, 663) o del Cogep”, *Corte Nacional de Justicia*, 4 de diciembre de 2019, párr. 16, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/ejercicio/006.pdf.

⁶³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 12-19-CN/19*, 7.

debe estar sujeta a un procedimiento especial; para su aplicación *basta que la o el juzgador observe los principios de esta institución determinados en el propio COIP*, como son, voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad”.⁶⁴ Dado que las reglas de la conciliación contempladas en el título X “Mecanismo alternativo de solución de conflictos” son exclusivamente aplicables para delitos de acción penal pública; en el ejercicio de la acción penal privada basta con observar los principios dados en el título *ut supra* para que el acuerdo conciliatorio ponga fin al proceso.

Conforme la debida prosecución del procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, previo a la contestación de la querrela por parte del querrellado y concluido el plazo conferido por el juez de la causa para la presentación y solicitud de pruebas, se señalará fecha para la audiencia en la cual el querellante y el querrellado podrán llegar a acuerdos conciliatorios y previa venia del juez se pondrá fin al proceso. De no llegarse a un acuerdo conciliatorio se continuará con la audiencia, se formalizará la querrela presentada y el defensor del querrellado presentará los testigos y peritos previamente anunciados”.⁶⁵

Las consecuencias negativas para las partes se hacen muy perceptibles cuando no se llega a una conciliación en los delitos de acción penal privada; en el caso del querellante sus derechos tendrán que ser subsanados luego de tediosos procesos judiciales, siempre que el desfile probatorio presentado al juez lo lleve al convencimiento de las vulneraciones alegadas, bajo pena de que la querrela sea declarada temeraria o maliciosa y que querrellado asuma sus consecuencias. En el caso del querrellado las consecuencias son más gravosas debido que pierde su libertad y esto imposibilita la reparación integral del querellante al estar recluso en un centro de privación de libertad.

Por otra parte, el COIP nos presenta otro mecanismo de justicia restaurativa bajo la institución de la suspensión condicional de la pena, misma que previa petición de parte permite suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia *a quo*, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 630 del COIP; de esta manera se pretende “paliar el efecto de-socializador inherente a la cárcel, al considerar que, si una persona sentenciada, [...], no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su

⁶⁴ Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, “Ejercicio privado de la acción penal”, párr. 14; énfasis añadido.

⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 649; énfasis añadido.

condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción”.⁶⁶

En el caso de la conciliación y su relación con la suspensión condicional de la pena, especial observación necesita el requisito segundo establecido en el artículo 630 del COIP, mismo que versa lo siguiente: “Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso *ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa*.”⁶⁷ este requisito no permite que la persona sentenciada se beneficie de la suspensión condicional de la pena, si preliminarmente ha accedido a la conciliación para poner fin a un ulterior proceso penal, por cuanto dicho acuerdo conciliatorio da a entender que se ha beneficiado con una salida alternativa, resultando en un doble beneficio y denotando la reincidencia del procesado.

Esta institución (*refiriéndose a la suspensión condicional de la pena*) está prevista como un derecho para el sentenciado dentro del proceso ordinario y directo en materia delictual, en aquellos procesos de acción penal pública, cuyo ejercicio le corresponde a Fiscalía. Por ende, al cobijo del principio de favorabilidad y en uso del método de interpretación teleológico, el requisito determinado en el numeral 2 del artículo 630 del COIP, debe entenderse en esa perspectiva, es decir *que la persona sentenciada no haya sido beneficiada por una salida alternativa (para la consulta conciliación) en otra causa de acción penal pública*.⁶⁸

Hasta hace poco era imposible la concesión de la suspensión condicional de la pena en aquellos casos en los que la persona procesada se ha sometido a un procedimiento abreviado, la imposibilidad se fundamentaba en un supuesto doble beneficio del procesado; muestra de aquello es lo establecido en la *Resolución 02-2016* de la Corte Nacional de Justicia en cuyo artículo único se establece que: “en el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional”.⁶⁹ La resolución *ut supra* no permitía que el procesado dentro de un procedimiento abreviado se acoja a la suspensión condicional de la pena pese a que el COIP no establece restricción alguna.

⁶⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 50-21-CN/22 y acumulado*, 19 de octubre de 2022, 16.

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 630; énfasis añadido.

⁶⁸ Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, “Etapa de juicio – La conciliación en el ejercicio privado de la acción penal o contravencional no impide la suspensión condicional de la pena”, *Corte Nacional de Justicia*, 10 de diciembre de 2019, párr. 17, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/etapajuicio/013.pdf; énfasis añadido.

⁶⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución N.º 02-16*, Registro Oficial 739, Primer Suplemento, 22 de abril de 2019, art. único.

La misma resolución a más del infundado doble beneficio consideraba que la institución de la suspensión condicional de la pena es de aplicación exclusiva en los procedimientos ordinario y directo; el fundamento de tal aberración jurídica es que solo en estos procedimientos se realizan la audiencia de juicio y no dentro del procedimiento abreviado.⁷⁰

La restricción creada en la Resolución 02-2016 no persigue un fin constitucionalmente válido, esto debido a que: contradice el principio constitucional de que la privación de la libertad no será la regla general sino una excepción (Art. 77.1 de la CRE), contradice la garantía del artículo 77.12 de la Constitución, en cuanto a que la libertad condicionada debe darse de acuerdo con la “ley”, teniendo en cuenta que la restricción [...]; contradice el principio constitucional de mínima intervención, así como la garantía de sanciones alternativas a la privación de libertad (Art. 77.11 de la Constitución); además “la restricción es ilógica y hasta negativa para la celeridad procesal y la economía de recursos humanos y materiales del sistema judicial; esto por cuanto los procesados, [...] prefieren continuar con el procedimiento ordinario o directo ante la posibilidad de que el juzgador les suspenda la ejecución de la pena; pues para el procedimiento abreviado existe la restricción creada por la Resolución referenciada.”⁷¹

Por los argumentos expuestos en la *Sentencia 50-21-CN/22*, la Corte Constitucional decidió expulsar del ordenamiento jurídico la *Resolución No. 02-2016*; expulsión motivada por la notoria vulneración de las garantías básicas de todo proceso penal y donde se declara la constitucionalidad del artículo 630 del COIP siempre que la persona sentenciada en un procedimiento abreviado y previo cumplimiento a los requerimientos necesarios se le permita acogerse a la suspensión condicional de la pena, “sin que de modo alguno, se considere que tal beneficio es un derecho del sentenciado, sino que para su concesión se deberán cumplir con los requisitos y condiciones determinadas en el COIP”.⁷²

6.2.1. Justicia restaurativa en materia de tránsito

En materia de tránsito la justicia restaurativa se manifiesta a través de la figura de la conciliación, cuya viabilidad queda reservada exclusivamente para aquellos “delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano”.⁷³ El procedimiento y las reglas establecidas para este tipo de conciliación se ciñen de manera general a lo establecido en

⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 50-21-CN/22 y acumulado*, 13.

⁷¹ *Ibíd.*, 8.

⁷² *Ibíd.*, 24.

⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 663.

todo el Título X “Mecanismo alternativo de solución de conflictos” del COIP y de manera más específica a lo establecido en la *Resolución 327-2014* (Reglamento para la conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito) del Pleno del Consejo de la Judicatura.

De existir la voluntad conciliadora de las partes y de cumplirse con las reglas establecidas en el COIP y en la *Resolución 327-2014*, el fiscal del caso sin importar la etapa procesal en la que se encuentra el conflicto dispondrá la intervención de un facilitador debidamente habilitado para que se encargue de plasmar en escrito los acuerdos a las que lleguen los intervinientes; si la conciliación se da en la fase de investigación previa será el mismo fiscal del caso quien lo aprobará, de darse en la etapa de instrucción deberá ser aprobada por el juzgador de la causa.

La no procedencia del acuerdo conciliatorio sin previa aceptación de responsabilidad por parte del causante del accidente de tránsito que se establece en el articulado séptimo de la *Resolución 327-2014* puede ser considerado como una posible vulneración al derecho constitucional a la no autoincriminación.⁷⁴ Se debe considerar que toda conciliación tiene como requisito *sine qua non* el principio de voluntariedad, principio sin el cual “ninguna de las partes está obligada a someterse a dicho método alternativo de solución de controversias ni aceptar determinados términos en el acuerdo, pues ellas son quienes deciden acudir a la conciliación porque así lo desean en virtud del libre ejercicio de su voluntad”.⁷⁵

A más de la aceptación de responsabilidad, el articulado séptimo de la prenombrada resolución establece que sin previa sentencia condenatoria en firme “el acuerdo conciliatorio y su cumplimiento no exime a quien haya reconocido el cometimiento de la infracción de tránsito, la pérdida de puntos en la licencia de conducir”;⁷⁶ frente a este escenario la Corte Constitucional en *Sentencia nro. 9-15-CN/19 y acumulados* declaró la inconstitucionalidad parcial del párrafo segundo y tercero del artículo séptimo del reglamento *ut supra*.

La pérdida de puntos en la licencia de conducir del infractor sustentada exclusivamente en la admisión de responsabilidad dentro del proceso conciliatorio no es suficiente para destruir su estatus de inocencia, al contrario “el estatus de inocencia del

⁷⁴ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 327-2014*, art. 7.

⁷⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 9-15-CN/19 y acumulados*, 13.

⁷⁶ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 327-2014*, art. 7.

infractor se encuentra intacto, porque por parte del Estado no se ha probado lo contrario y tampoco existe una sentencia condenatoria contra el infractor”.⁷⁷

6.2.2. Justicia restaurativa juvenil

Según la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa se define a la justicia restaurativa juvenil como:

[...] una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito. No existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa.⁷⁸

La influencia del enfoque restaurador implementado a través de la justicia restaurativa trasciende la noción retributiva del delito en materia de adolescentes infractores; el enfoque restaurador propio de la justicia juvenil deja de lado la idea punitivista del delito y su búsqueda insaciable por la punición de los delitos cometidos por menores de edad, en lugar de privarlo de su libertad “el responsable debe ofrecer una reparación, como una oportunidad de reestablecer vínculos sociales, dando además protagonismo a un conjunto de actores como la víctima y la comunidad, generalmente excluidas de los sistemas judiciales”.⁷⁹

La justicia restaurativa en el ámbito juvenil promulga la desjudicialización de los conflictos e infracciones penales en los cuales estén involucrados niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA) en conflicto con la ley penal, para ello recurre a la terminación anticipada de los procesos penales y la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad que no se constituyan en “meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial, sino que comporten un proceso pedagógico y de

⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 9-15-CN/19 y acumulados*, 14.

⁷⁸ I Congreso mundial sobre justicia juvenil restaurativa, “Declaración de Lima sobre justicia juvenil restaurativa”, *Fundación Terre des hommes (Lausanne) / Fiscalía de la Nación del Perú / Pontificia Universidad Católica del Perú / Asociación Encuentros - Casa de la Juventud*, 4 de noviembre de 2019, párr. 12, https://tdh-latam.org/wp-content/uploads/2018/03/Declaracion_de_Lima.pdf.

⁷⁹ Consejo de la Judicatura, *Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil* (Quito: Fundación Terre Des Hommes, s. f.), 9-10, <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20PARA%20LA%20APLICACION%20DEL%20ENFOQUE%20RESTAURATIVO%20EN%20LA%20JUSTICIA%20JUVENIL.pdf>.

responsabilidad individual y colectivo respecto a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación”.⁸⁰

La Justicia Restaurativa aborda los conflictos desde un enfoque social, afectivo, pedagógico y de derechos, orientado por los principios de la protección integral e interés superior del niño, niña y adolescente. Esta forma de justicia busca el restablecimiento de los derechos del menor, la toma de conciencia sobre el daño causado, la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación integral de la víctima, el reconocimiento recíproco entre las partes y la reintegración a la sociedad. Todo ello por medio de un procedimiento que debe contar con la participación del Estado, la comunidad y las familias.⁸¹

La justicia restaurativa en materia de niñez y adolescencia requiere de un profundo y minucioso análisis de la normativa internacional y nacional por ser un modelo especializada y muy diferente a la justicia ordinaria; a más de la ineludible aplicación del principio de especialidad e imparcialidad, el gran reto al que se enfrenta la justicia juvenil es la compaginación y juzgamiento de estos actos en apego a preceptos de enfoque restaurativo por la inimputabilidad y vulnerabilidad de los NNA.

Dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en especial dentro de la normativa especializada en materia juvenil se establece que los estados miembros deben velar por la implementación y administración de una justicia especializada cuando un NNA se encuentren en conflicto con la ley penal; este requerimiento lo encontramos en la *Convención sobre los Derechos del Niño* que en su parte pertinente versa:

Artículo 40.1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.⁸²

⁸⁰ Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, *Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal* (Cartagena de Indias: Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, s.f.), 57-8, <https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>.

⁸¹ Manel Ortega, *Enfoque restaurativo en el ámbito educativo. Material para formación de personal docente y directivo* (Quito: Asociación Flamenca de Cooperación VVOB, s.f.), 1-2, <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/III-Modulo-Enfoque-Restaurativo-docente-directivo.pdf>.

⁸² ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art.44, DL-M-26132-2006.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el principio de especialidad lo encontramos en la *Constitución* y en *Código de niñez y adolescencia* (en adelante CONA); en el primer cuerpo normativo se establece que “las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una *legislación y a una administración de justicia especializada*, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral”,⁸³ en el segundo cuerpo normativo se establece la “Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código”.⁸⁴

El ordenamiento jurídico nacional establece que los adolescentes en conflicto con la ley penal son inimputables, no pueden ser investigados y juzgados por jueces y fiscales ordinarios y tampoco se les puede aplicar las sanciones retribucionistas establecidas en las leyes penales ordinarias;⁸⁵ en su lugar un fiscal especializado en adolescentes infractores se encargará de la investigación.

Si el fiscal encuentra suficientes elementos de convicción los pondrá en conocimiento de un juez especializado en la materia, quien antes de implementar la medida socioeducativa pertinente al caso podrá remitir el conflicto hacia formas anticipadas de terminación del proceso como la conciliación, mediación penal y la suspensión del proceso a prueba.

Dado la polifuncionalidad de la justicia restaurativa juvenil su aplicación se hace mayormente propicia y de acuerdo a la normativa internacional especializada se exige la implementación de medidas socioeducativas y medidas de reparación integral por sobre aquellas que solo buscan la represión y judicialización del adolescente; en la línea del *principio de excepcionalidad de la privación de la libertad*, el CONA establece que “la privación de la libertad del adolescente sólo se dispondrá como último recurso, por orden escrita del Juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley. El internamiento preventivo podrá ser revocado en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte”.⁸⁶

⁸³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 175; énfasis añadido.

⁸⁴ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, Suplemento, 3 de enero de 2003, art. 255.

⁸⁵ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 305.

⁸⁶ *Ibíd.*, art. 321.

El principio de excepcionalidad conforme la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe de relatoría sobre los derechos de la niñez) se traduce como:

La obligación de contemplar alternativas a la judicialización de las infracciones a las leyes penales, así como también medidas alternativas a la privación de libertad, la que sólo puede ser aplicada como último recurso en el caso de personas menores de 18 años. En este sentido, *la Comisión exhorta a que los Estados tiendan a abolir la pena privativa de la libertad aplicada a niños, niñas y adolescentes.*⁸⁷

Las personas menores de 18 años que hayan cometido infracciones penales conforme lo determina el COIP deberán someterse a las disposiciones normativas del CONA, tipificándose de manera exclusiva para materia de adolescentes infractores procedimientos penales constantes en un cuerpo normativo diferente al principal;⁸⁸ con lo mencionado el ordenamiento jurídico ecuatoriano se adhiere a las exigencias internacionales de especialidad, excepcionalidad de la judicialización y de aplicación de penas privativas de libertad en el caso de NNA en conflicto con la ley penal.

Para la Corte Constitucional ecuatoriana, la tipificación de una infracción penal para sancionar penalmente a un adolescente, (*a más de una legislación y administración de justicia especializada*) también contraviene su condición de pertenecer a grupos de "atención prioritaria" y al principio de "interés superior" a favor de los niños, niñas y adolescentes, contemplados en los artículos 35 y 44 de la Carta Constitucional, ya que se está sometiendo al adolescente a una legislación, trámite y sanciones penales, que no les son propias, dada su condición especial que requiere de un régimen particular de protección jurídica.⁸⁹

La figura de *prisión preventiva* que se contemplada en la justicia penal ordinaria en estricto apego al principio de excepcionalidad se transfigura en el llamado *internamiento preventivo*; institución que en forma conjunta con la figura de *detención* queda reservada como última y excepcional medida cautelar de privación de libertad para "asegurar la inmediación del adolescente con el proceso y su eventual responsabilidad civil o la de su representante".⁹⁰ La detención previa solicitud del fiscal puede ser ordenada hasta por veinticuatro horas para fines investigativos o para garantizar la comparecencia del adolescente a la audiencia de juzgamiento; previa solicitud del fiscal

⁸⁷ OEA, *Justicia juvenil y derechos humanos en las américas. Comisión interamericana de derechos humanos: Relatoría sobre los derechos de la niñez* (Washington DC: UNICEF / Banco Interamericano de Desarrollo / Luxemburgo / Save the Children-Suecia, 2011), x-xi; énfasis añadido.

⁸⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 17.

⁸⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º: 5-18-CN/19*, 09 de abril de 2019, 6; énfasis añadido.

⁹⁰ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 323.

especializado, el juez de la causa puede ordenar el internamiento preventivo del adolescente por un tiempo que no exceda los noventa días en los siguientes casos:

- a) De los *adolescentes que no cumplen catorce años de edad*, en el juzgamiento de delitos de robo con resultado de muerte, homicidio, asesinato, femicidio, sicariato, violación, secuestro extorsivo, genocidio, lesa humanidad y delincuencia organizada.
- b) De los *adolescentes que cumplen catorce años*, en el juzgamiento de delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal con pena privativa de libertad de más de cinco años.⁹¹

Dado que los adolescentes (*persona mayor a 12 años conforme el CONA*) son penalmente inimputables, no se les puede sancionar con penas establecidas en el COIP; de comprobarse la responsabilidad penal del adolescente en juicio, el juez especializado en adolescentes infractores dispondrá la aplicación de medidas socioeducativas privativas o no privativas de libertad y medidas de reparación integral con enfoque restaurativo.

El CONA como medidas socioeducativas privativas de libertad contempla el internamiento domiciliario, el internamiento de fin de semana, el internamiento con régimen semiabierto y la más drástica consistente en el internamiento institucional; mientras que como medidas socioeducativas no privativas de libertad contempla la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la orientación y apoyo psicosocial familiar, el servicio a la comunidad y la libertad asistida; siendo estas últimas preferente aplicables por sobre aquellas que privan al adolescente de sus vínculos familiares y sociales.

La inimputabilidad en el caso de niños o niñas (*persona menor de 12 años conforme el CONA*) en conflicto con la ley penal es absoluta; los niños y niñas están exentos de la aplicación de medidas socioeducativas y por añadidura queda totalmente prohibido la implementación del internamiento preventivo, la detención para fines investigativos y la detención con el fin de garantizar su comparecencia a audiencia.

Art. 307.- Inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas. - Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.⁹²

⁹¹ *Ibíd.*, art. 330; énfasis añadido.

⁹² *Ibíd.*, art. 307.

A pesar de que la normativa nacional e internacional especializada en materia juvenil establece la aplicación de una justicia especializada y célere cuando el causante de la vulneración de bienes jurídicos sea un menor de edad, muchas de las ocasiones sus característicos preceptos restaurativos pro libertad son rotundamente ignorados. Se debe recurrir a la justicia constitucional para enmendar las aberraciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del cual han sido mártires no sólo la justicia juvenil sino en un grado mayor la justicia indígena.

Capítulo segundo

Justicia restaurativa y pueblos indígenas en el Ecuador

1. Administración de justicia restaurativa en el contexto de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador

Los pueblos ancestrales que ocupaban los territorios que comprenden el actual estado ecuatoriano se caracterizaban por la aplicación de soluciones restaurativas a los conflictos que perturbaban la correcta armonía de los vínculos sociales comunitarios. En aplicación de usos y costumbres de administración de justicia consuetudinaria que se remontan épocas precoloniales, las autoridades indígenas han venido ejerciendo facultades jurisdiccionales con la diferencia sustancial de que esta investidura jurisdiccional se encuentra reconocida bajo la venia de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos.

La potestad jurisdiccional para administrar justicia dentro de los *territorios ancestrales*⁹³ y de ponerlos un fin definitivo es exclusiva de las autoridades indígenas; esta potestad se rige bajo la aplicación de prácticas autocompositivas y consuetudinarias que procuran el restablecimiento de las problemáticas comunitarias. La no intromisión de agentes externos a la comunidad como instituciones y autoridades públicas es indispensable a fin de evitar conflictos de competencia; además debido a la delicadeza de la labor jurisdiccional que ejercen deben ser elegidas en asambleas comunitarias tomando en cuenta su sabiduría, valores morales, ética, honorabilidad y la capacidad para dirigir la comunidad.

Para ser autoridades, *Pushak-kuna* o *Apuk-kuna*, deben cumplir requisitos mínimos como la ética que no es otra cosa que la coherencia entre teoría y práctica, ser trabajador y no “pendenciero” o problemático, *propender a la reconciliación mediante el diálogo*, ser respetuoso de la familia, de la comunidad y de sus autoridades. Estos requisitos son importantes porque *deben velar por el bien de la comuna y la convivencia comunitaria practicando sus normas, usos, costumbres y sus modos de pensar* (filosofía propia).⁹⁴

⁹³ Entiéndase por territorio ancestral indígena al “espacio que cubre la totalidad del hábitat que los pueblos y nacionalidades originarias ocupan y utilizan de distinta manera, es el espacio que nos provee todas las posibilidades de vida desde una visión integral. Es el espacio donde los pueblos y nacionalidades originarias desarrollan su cultura, leyes, formas de organización, economía propia, comprende la superficie de la tierra y el subsuelo”. Nina Pacari y Mariana Yumbay, *Derecho propio y sistema de administración de justicia kichwa* (Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2019), 44-5.

⁹⁴ Pacari y Yumbay, *Derecho propio*, 60-1; énfasis añadido.

A pesar de que la Constitución ecuatoriana de 1998 determinó un orden de aplicación de la norma donde la normativa internacional prevalecía por sobre la misma Constitución, la inobservancia de la normativa internacional especializada en justicia indígena se ha venido aplicando por sobre la justicia ordinaria.

La “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 2007 y fue suscrita por el Ecuador en ese mismo año; a pesar de aquello, los gobiernos de turno vulneraban los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la declaración *ut supra* a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, *costumbres o sistemas jurídicos*”.⁹⁵

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 se reconoce como plenamente válida la administración de justicia indígena, sus derechos colectivos y los preceptos consuetudinarios autocompositivos característicos de la justicia consuetudinaria; preceptos que se equiparan al mismo nivel jerárquico que el de los de la justicia ordinaria. Bajo el amparo constitucional y el de los tratados internacionales se dota de facultades exclusivas a las autoridades indígenas para ejercer “funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”.⁹⁶

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador en aplicación de sus derechos colectivos y sin ningún tipo de requerimiento institucional o de autoridad pública estatal pueden “desarrollar formas de resolver los problemas comunitarios sin la intermediación ni la insensibilidad de la burocracia estatal, *pudiendo hacer justicia restaurativa*, generar cohesión, armonía y fortalecer los vínculos comunitarios”,⁹⁷ siendo el deber constitucional del Estado garantizar el respeto de las decisiones adoptadas.

La justicia indígena es parte de lo que se conoce como “justicia restauradora”. La justicia restauradora es una forma de resolver los conflictos sociales, que tiene una base comunitaria, concibe a la víctima y al victimario como miembros de una comunidad, considera al “delito” como un problema que rompe la armonía comunitaria, que se tiene

⁹⁵ ONU Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007, art. 34, A/RES/61/295; énfasis añadido.

⁹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171.

⁹⁷ Pacari y Yumbay, *Derecho propio*, 3-4; énfasis añadido.

que afrontar y resolver, utilizando la vergüenza como herramienta de prevención del delito.⁹⁸

Siempre que las decisiones adoptadas en las asambleas comunitarias que no contravengan lineamientos constitucionales y las limitantes jurisprudenciales, no podrán ser revisados por ninguna autoridad judicial; el único mecanismo para desvirtualizar la decisión de adoptada por la autoridad indígena es por medio del control de constitucionalidad que se ejerce a través de la *acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*. Dentro del ámbito que designa la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional* (LOGJCC en adelante) para esta acción constitucional se establece lo siguiente:

Art. 65.- Ámbito. - La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.⁹⁹

El proceso de administración de la justicia indígena es ejemplificador porque dentro de todas sus fases impera la restauración del conflicto en beneficio de los implicados; esta justicia permite posicionar a la víctima en el centro del conflicto y facilita conocer de manera directa sus necesidades sin la necesidad recurrir a meras tomas de testimonios, versiones o la presentación de acusación particular. La justicia indígena al igual que la justicia restaurativa se constituye en una metodología que “busca reparar el tejido social, resolver y mitigar las consecuencias negativas de una ofensa con la participación activa de las partes del conflicto y con la comunidad”.¹⁰⁰

La justicia indígena ecuatoriana no se caracteriza únicamente por su apego a la restauración del proceso, sino que también es de destacar su lado humanístico; la compaginación de ambos componentes dentro de un mismo sistema de justicia permite el resarcimiento del daño causado y la eficaz rehabilitación del infractor mediante la aplicación de sanciones autocompositivas no privativas de libertad.

⁹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”, *paper universitario*, 28 de septiembre de 2014, párr. 55, <https://www.uasb.edu.ec/papers/la-prision-como-problema-global-y-la-justicia-indigena-como-alternativa-local-id38098/>.

⁹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 03 de febrero de 2020, art. 65.

¹⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 456-20-JP/21*, 10 de noviembre de 2021, 10-1.

Dentro de la administración de justicia indígena los efectos de la infracción trascienden a toda una comunidad y especialmente requiere de la intervención de los familiares y allegados de los involucrados en el conflicto; al igual que en la justicia restaurativa se prioriza la celeridad procesal y el diálogo directo entre las partes, lo que permite identificar, atender y reparar los conflictos suscitados de una manera más eficiente.

Las actuaciones de las autoridades indígenas son justas y legítimas porque se basan en sus costumbres para la aplicación de la justicia indígena y mantienen el respeto al derecho del debido proceso, que garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los individuos. Se aprecia también, cómo en la mayoría de los pueblos y de las nacionalidades indígenas, aparte de tener un Cabildo como la máxima autoridad legal, también se respeta a las autoridades denominadas culturalmente como son los padrinos/padres de familia y los abuelos o curacas de la comunidad.¹⁰¹

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano reciente es la implementación de la oralidad, anteriormente se regía bajo presupuestos inquisitivos e incluso mínimamente mixtos donde predominaba el sistema escrito y la burocracia; por su parte la administración de justicia indígena cumpliendo con los presupuestos de la justicia restaurativa se ha caracterizado por la implementación de la oralidad, la celeridad y la aplicación de una pluralidad de métodos y sanciones alternativas a la mera privación personal de la libertad.

La justicia indígena tiene su origen en las costumbres y tradiciones ancestrales de las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; motivo por el cual las memorias de los ancianos y *amawtas* (sabios) se transmiten a través de una oralidad pura. La trasmisión de los conocimientos y saberes jurídicos ancestrales a través de la oralidad pura empieza a ser insuficientes, por esta razón transitoriamente se ha dado paso a formas de pseudo oralidad y oralidad mixta.

Dentro de la justicia indígena todo procedimiento es vía oral, sin embargo, cabe señalar que ciertas partes de esta se puedan dar de manera escrita por citar ejemplos, ciertas comunidades de Tungurahua como San Francisco de Chibuleo ya mantienen ciertos estatutos internos escritos y aprobados estatalmente (Reglamento Interno de la Comunidad de Chibuleo, 1998) con lo cual se da a conocer una evolución más en el derecho indígena.¹⁰²

¹⁰¹ Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez Sánchez, “El Conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”, *Revista Temas Socio Jurídicos* 35, n.º 70 (2016): 106-7, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35496.pdf>.

¹⁰² Alex Carlos Ortega Sinche y Frankz Alberto Carrera Calderón, “La oralidad como base fundamental en los procedimientos de aplicación de la justicia indígena ecuatoriana”. *Uniandes Episteme. Revista de ciencia, tecnología e innovación* 5, n.º especial (2018): 1214-5, <https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1555>.

En la pseudo oralidad implementada por ciertas comunidades indígenas se caracteriza por el registro escrito de todo lo actuado en las respectivas actas comunitarias; mientras que en la oralidad mixta existe el predominio de la oralidad y únicamente se registra de manera escrita la resolución adoptada por las autoridades indígenas. La materialización en registros comunitarios escritos avala la correcta conservación y transmisión de los conocimientos jurídicos ancestrales que dentro de la oralidad pura eran propensas a la tergiversación, errónea interpretación e incluso el olvido.

El hecho de que actualmente la oralidad pura haya sido relegada no debe considerarse como una vulneración al procedimiento consuetudinario de administración de justicia indígena; lo correcto es interpretarlo como una evolución que le permite garantizar a mediano y largo plazo la trasmisión de los conocimientos jurídicos ancestrales y la herencia social.

2. La cárcel y la privación de libertad personal desde la filosofía indígena

La cárcel desde sus orígenes más rústicos fue idealizada como una herramienta para humanizar la pena y como medio idóneo para arrebatar la potestad de cobrar venganza que creía tener la persona ofendida; potestad fundada en la Ley del Talión a través de la cual se pretendía garantizar la aplicación de escarmientos. “En un primer acercamiento para definir a la prisión (cárcel), podemos decir que ésta es producto de la evolución de la pena; que su función primordial al igual que el resto de las penas es el castigo y que apareció en su momento para humanizar y, poco a poco, dejar de lado las crueles prácticas que se venían realizando”.¹⁰³

La facultad para sancionar a personas que se encuentran en conflicto con la ley penal es exclusiva del Estado, se manifiesta a través del derecho penal y su finalidad es combatir la criminalidad garantizando el respeto de los derechos fundamentales del procesado y de quien recibió el agravio; sin embargo, combatir la criminalidad implica garantizar equitativamente los derechos de ambos, sin ser lo suficientemente flexible porque carecería de capacidad sancionadora pero sin llegar a extremar los mecanismos de sanción porque se estaría sancionando a inocentes.

El sistema penal, tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleran injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social, consagrada en el artículo 21 del COFJ, en el combate a la delincuencia. Así, se limita la actuación del aparato punitivo del Estado; pues la o el juez, es garante de los derechos de las partes en

¹⁰³ Herlinda Enríquez Rubio Hernández, “La prisión. Reseña histórica y conceptual”, *Ciencia Jurídica* 1, n.º 2 (2012): 9-10, <https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

conflicto. El proceso, se adecúa a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal -como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías, señala la doctrina consultada.¹⁰⁴

A pesar que desde la doctrina occidental el *ius puniendi* es una potestad exclusiva del Estado, mediante la cual se reserva solo para sí la facultad de imponer penas privativas de libertad a quienes han adaptado su conducta a la normativa penal; sin embargo, en el caso de los países andinos de amplia connotación plurinacional esta facultad se extiende hacia las autoridades indígenas.

Desde la Constitución ecuatoriana de 1998 se reconoce la justicia indígena, pero no es sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 que se pasa del otorgamiento de simples “funciones de justicia” al reconocimiento expreso de “funciones jurisdiccionales” que garantizan la administración y respeto de justicia indígena dentro de sus territorios ancestrales al amparo del principio *non bis in idem*.¹⁰⁵ De forma complementaria, la “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” aprobada en Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) establece que “el derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional”.¹⁰⁶

El pluralismo jurídico y el reconocimiento constitucional de la justicia indígena ecuatoriana consienten la aplicación de una pluralidad de sanciones que convergen en dos corrientes diferentes; la primera de carácter retribucionista occidental donde la fiscalía como dueña de la acción pública procura en la medida de lo posible privar de su libertad al procesado; por su parte, la segunda de un carácter más retributivo procura la reparación de los daños causados en lugar de la privación de la libertad.

La vulneración de bienes jurídicos protegidos faculta a la justicia ordinaria la “restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles”¹⁰⁷ previas formalidades de ley; mientras, la justicia indígena representada por sus cabildos se declinan por la aplicación de una o varias sanciones restauradoras, todas ellas contrarias a la mera privación de la libertad en estricto

¹⁰⁴ José Carlos García Falconí, *Análisis jurídico teórico-práctico, sobre: Las formas de extinción del ejercicio de la acción penal y de la pena, según el Coip* (Quito: Arboleda, s.f.), 14-5.

¹⁰⁵ Rafael Oyarte, *Debido Proceso* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones Editorial, 2022), 889-0.

¹⁰⁶ OEA Asamblea General, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 14 de junio de 2016, art. 22, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

¹⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 51.

apego y cumplimiento a la filosofía andina y al principio constitucional kichwa “*Ama Killa*” (*no ser ocioso*).

Cuando nos acercamos el tema de la justicia indígena —en el Ecuador— el análisis evidencia que hay dos concepciones de Estado, de poder y, lógicamente, de Derecho: la una occidental, liberal, individualista, eurocéntrica, que ha aceptado la cárcel como la mejor manera de sancionar a los delincuentes. La otra, que es ancestral y comunitaria, *no contempla la cárcel como la mejor manera de castigar a los delincuentes sino la reparación a la víctima, la restauración de la paz comunitaria alterada por el delito y la preservación de la comunidad de la cual, víctima y victimario no son sino la otra cara de la misma moneda.*¹⁰⁸

A más del sin sentido de la privación de libertad en la administración de justicia indígena también se debe considerar que en el léxico kichwa no existe una terminología específica para referirse a la cárcel o la prisión; la libertad es uno de los bienes máspreciados por el indígena, privar a la persona ofensora de su libertad no permite garantizar el cumplimiento de la reparación de los daños causado por su conducta desviada.

Desde la concepción occidental la cárcel se creó como una forma de humanizar la pena; sin embargo, desde sus inicios se convirtió en una institución de segregación social que sólo procuraba el sufrimiento de los individuos rechazados socialmente; con el pasar del tiempo el sistema carcelario no ha cambiado nada y solo se ha convertido en auténticos depósitos humanos, antecámaras de la muerte y en verdaderas universidades del delito que solo consiguen la deshumanización de los individuos privados de libertad.

Dentro de la administración de justicia indígena no hay la necesidad de establecer un sistema y régimen penitenciario, toda vez que la idealización de infraestructuras que detentan un poder de represión o control social es muy propia de la administración de justicia penal ordinaria. La administración de justicia indígena se aparta de la burocratización del proceso al priorizar la restauración del proceso, dando lugar al diálogo como herramienta colectiva de restablecimiento de la cohesión social, la paz y armonía comunitaria.¹⁰⁹

La celeridad en la administración de justicia indígena junto a los beneficios notorios que ofrece por sobre la justicia ordinaria, hacen que ante un conflicto las partes involucradas se decanten por la aplicación del primero incluso cuando uno de los

¹⁰⁸ María Ximena Vintimilla Moscoso, “La conciliación en el Código Orgánico Integral Penal” (tesis de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), 33, <http://hdl.handle.net/10644/7287>; énfasis añadido.

¹⁰⁹ Jaime Raúl Chávez Vargas, “La justicia indígena: La reciprocidad en los delitos contra la propiedad” (tesis de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 28, <http://hdl.handle.net/10644/5415>.

implicados no sea miembro activo de la comunidad indígena; por su parte, el tardío y burocrático proceso ordinario penal ha generado gran desconfianza en el sistema carcelario ofrecido por Estado como único mecanismo para combatir el delito.

La ausencia de política criminal íntegra y las restricciones impuestas a los procesos alternativos al proceso retributivo penal, han desatado una enorme crisis estatal que conmociona a toda la comunidad internacional; a propósito de la crisis estatal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe titulado “Personas privadas de libertad en Ecuador” concluye que su principal detonante es el desmedido uso de una política criminal que privilegia el encarcelamiento, resultando “en un incremento exponencial del encarcelamiento durante los últimos años, excesivo uso de la prisión preventiva, obstáculos para sustituir medidas alternativas a la privación de libertad, e imposibilidad de garantizar la reinserción social de las personas detenidas”.¹¹⁰

El fracaso rotundo de la cárcel como mecanismo rehabilitador más idóneo, ha propiciado el surgimiento de teorías abolicionistas que se alejan de la mera privación de la libertad y que abren paso a la aplicación de sanciones restaurativas e incluso locales como en el caso de la justicia indígena.

La justicia indígena en el proceso restaurativo tiene su espacio y tiempo determinado, es efectivo e inmediato, el proceso de ejecución de penas no existe, en palabras de Zaffaroni, el conflicto no se alarga, el conflicto en la justicia indígena termina con la reparación simbólica a la víctima, el ritual es parte del juzgamiento y la sanación del infractor, este ritual de baño y de purificación es parte de los principios de la cosmovisión andina y del propio derecho indígena. Además, al final del proceso restaurativo, el infractor es reintegrado en el seno de la comunidad con el fin de mantener el control social del individuo y los lazos familiares y así evitar que vuelva a delinquir.¹¹¹

Las falencias en el sistema penal ordinario son notorias a simple vista, destacándose de entre todo el creciente hacinamiento, los amotinamientos, las matanzas colectivas y la corrupción imperante en su interior. Según datos arrojados por el informe *ut supra* de la Comisión Interamericana, durante el año 2021 se registró un total de 316 muertes violentas en los diferentes centros carcelarios a nivel nacional; si bien una gran mayoría de las víctimas pertenecían a grupos delincuenciales, un porcentaje considerable de ellos estaban bajo prisión preventiva, estaban condenados por delitos menores e incluso algunos habían cumplido su condena y están a la espera de su boleta de excarcelación.¹¹²

¹¹⁰ CIDH, *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*, 21 de febrero de 2022, 8-9, OEA/Ser.L/V/II.

¹¹¹ Chávez Vargas, “La justicia indígena”, 28.

¹¹² CIDH, *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*, 9-10, OEA/Ser.L/V/II.

Teniendo a la mano la justicia indígena como una alternativa pro-libertad, que apuesta por la restauración del individuo conflictivo a través de su amplia palestra de sanciones propias y que en ningún momento considera su encarcelamiento; para las comunidades indígenas, la cárcel o el sistema carcelario occidental es un sinsentido conceptual y material implementado a la fuerza por las corrientes eurocéntricas ajenas a su entorno sociojurídico.

Dentro de un Estado en el que a más del clásico proceso penal reconoce formas de administración de justicia consuetudinaria que devienen de su carácter intercultural y plurinacional, es inconcebible que no se opte por la administración de justicia indígena para la resolución de las controversias comunitarias internas. Jueces y fiscales a pesar de tener una gran carga laboral y de ser testigos de primera mano del colapso de la administración de justicia penal ordinaria, siguen optando sin un previo análisis de los principios de interpretación y diálogo intercultural por una anticuada política criminal que privilegia la privación de la libertad.

2.1. Sobre la interpretación y diálogo intercultural

Desde el establecimiento de lo que hoy comprende el Estado ecuatoriano en república independiente, los gobernantes de turno siguiendo el legado eurocéntrico de quienes nos invadieron replicaron e instauraron un sistema de justicia penal basado en mera imposición de sanciones privativas de la libertad. Con el promiscuo reconocimiento constitucional de la justicia indígena del año 1998 y un posterior pleno reconocimiento establecido en la Constitución del 2008 se produce un enorme choque cultural y jurídico, motivo por el que se hace necesario interpretar a la luz de la interculturalidad el ordenamiento jurídico nacional.

A pesar de que la Constitución de 2008 desde su preámbulo garantiza en todas sus dimensiones la dignidad de los pueblos indígenas y el reconocimiento de la igualdad jerarquía, ciertos jueces y tribunales no toman en cuenta lo resuelto por las autoridades indígenas y vuelven a resolver casos que previamente fueron saneados en la jurisdicción indígena al negar declinaciones de competencia e inobservar los principios como el *non bis in ídem, pro jurisdicción indígena*, dialogo e interpretación intercultural.

El choque cultural se produce por una errónea idealización de la justicia indígena dentro del pensamiento colectivo debido a la influencia de corrientes externas erradas que coadyuban a la imposición de la justicia ordinaria occidental de orden retributivo; debido

a estas inclinaciones, los preceptos restaurativos de la justicia indígena quedan relegados a un segundo plano y se minimizan.

Antes de establecer ciertas nociones sobre la interpretación y diálogo intercultural, necesario es comprender que es la justicia intercultural; según el “Protocolo para la investigación del Diálogo Intercultural en la Función Judicial” por justicia restaurativa se entiende es los:

[...] sistemas de derecho plurales que coexisten y se relaciona en el marco del estado plurinacional, a través de prácticas que se van construyendo entre la justicia indígena y justicia ordinaria mediante la coordinación y cooperación mutua, respetuosa y en igualdad de condiciones, para transversalizar el principio de interculturalidad; de tal manera que, las personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas puedan recibir un trato acorde a sus derechos colectivos e individuales.¹¹³

Entendida la justicia intercultural como la coexistencia y comprensión de dos sistemas de derecho diferentes dentro de un mismo ordenamiento jurídico, es necesario definir el principio de interculturalidad. La Corte Constitucional ecuatoriana en *Sentencia n.º 0008-09-SAN-CC* define a la interpretación intercultural como “la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”.¹¹⁴

En la sentencia *ut supra*, la Corte Constitucional ecuatoriana considera aplicable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano las reglas de interpretación intercultural desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana en *Sentencia n.º T-254/94* bajo los siguientes términos:

Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. *A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.* 2. *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.* 3. *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.* 4. *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.*¹¹⁵

¹¹³ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 053-2023*, Registro Oficial 285, Suplemento, 6 de abril de 2023, 11-2.

¹¹⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 0008-09-SAN-CC*, 09 de diciembre de 2009, 27.

¹¹⁵ Colombia Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia”, en *Juicio n.º: T-254-94*, 30 de mayo de 1994; énfasis añadido.

El principio de interpretación intercultural se idealizada con la finalidad de ofrecer una adecuada y verdadera administración de justicia, especialmente en aquellos asuntos donde se decidirán derechos de individuos o de colectividades indígenas; convirtiéndose en “un proceso de determinación de significados de disposiciones normativas, así como de costumbres y hechos con relevancia jurídica, definidos a partir del diálogo entre culturas diversas, en condiciones de igualdad”,¹¹⁶ requiriendo la observancia estricta de ciertos principios que consideren la diversidad cultural de las comunidades indígenas, sus costumbres, prácticas y procedimientos ancestrales.

Con el objetivo de cumplir con esta finalidad se deben establecer mecanismos de diálogo intercultural entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, y que permita a los jueces y tribunales conocer la realidad sociocultural andina. “Por este motivo es indispensable e ineludible el estudio o la colaboración de la Antropología jurídica, como práctica multidisciplinaria del conocimiento, rama de las ciencias sociales que no solamente debe encontrarse presente en la formación inicial, continua de servidores y servidoras judiciales, sino también en instancias superiores”.¹¹⁷

En entrevista concedida por el abogado en libre ejercicio y ex presidente de la Comunidad Carabuela, se definió al diálogo intercultural como:

[...] un eje fundamental para poder tener un lineamiento obligatorio tanto con la justicia ordinaria como con la justicia indígena para tratar la situación de una persona inmersa en un proceso penal y establecer la sanción o medio más idóneo aplicable a la persona en conflicto; para esto se necesita la presencia de los siguientes expertos: perito en antropología (con el fin de verificar su situación económica, social y cultural), un experto en justicia indígena y sobre todo la participación del líder comunitario del lugar donde reside la persona beligerante.¹¹⁸

Según Nina Pacari, el principio de interculturalidad obliga a “las autoridades y las instituciones del sector público que no conocen nada sobre las teorías o doctrinas que han desarrollado los pueblos originarios, se esfuercen por conocer a fin de que sus reflexiones vayan en la línea del respeto al pensamiento de esos pueblos”;¹¹⁹ sin embargo, las

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 112-14-JH/21*, 21 de julio de 2021, 11.

¹¹⁷ Carlos Poveda Moreno, “Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el Proyecto de Ley Coordinación y Cooperación entre los Sistemas Jurídico Ordinario e Indígena”, en *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, ed. Carlos Espinosa Gallegos Anda y Danilo Caicedo Tapia (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 490.

¹¹⁸ Israel Willka Anrango Morales, entrevistado por el autor, 29 de diciembre de 2023. Para leer la entrevista completa ver Anexo 1.

¹¹⁹ Pacari y Yumbay, *Derecho propio*, 25-6.

reflexiones bajo ningún aspecto pueden usarse como herramientas que a la luz de falsas interpretaciones pretenden la imposición de supuestas nociones interculturalmente interpretadas.

Respecto a la interpretación intercultural y refiriéndose a la actuación y decisiones judiciales en la que estén inmiscuidas personas o colectividades indígenas, el Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta que:

En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.¹²⁰

Con los antecedentes expuestos, la concepción de privación de libertad y cárcel que pretenden ser aplicadas a personas indígenas deben ser interpretados a luz del principio de interculturalidad; se debe considerar que, las comunidades indígenas procuran la aplicación de sanciones y formas de reparación que priorizan la libertad individual y que *a posteriori* permitan una debida reparación de los daños y la rehabilitación de quien las causó. “Cuando un operador de justicia actúa en un caso en el que se encuentren involucradas personas, comunidades, pueblos o nacionalidades, tiene la obligación de aplicar diálogo intercultural para analizar y comprender los hechos y derechos controvertidos desde una interpretación intercultural”.¹²¹

Dentro de todo proceso penal en el cual intervengan individuos indígenas, los jueces y tribunales a cargo del proceso deben garantizar la comprensión de los conceptos, procesos y sanciones occidentales a los cuales se someterá; para lograr dicha comprensión y tratándose especialmente de pueblos indígenas de reciente contacto se debe recurrir a la intervención constante de traductores, intérpretes y antropólogos.

La comprensión intercultural, debe ocurrir en dos vías. La primera, respecto de las personas procesadas, verificando si aquellas comprendieron la institución occidental de la prisión preventiva para lo cual, el juez de la causa debió adoptar las medidas necesarias para que, desde los elementos culturales y la filosofía Waorani, hacer comprensibles los motivos, fines y efectos de la prisión preventiva. Y la segunda, respecto del juez de la causa penal, constatando si aquel realizó todos los esfuerzos para comprender la cultura, costumbres y el derecho Waorani, y desde dicha comprensión valoró la pertinencia de la privación de libertad como medida cautelar.¹²²

¹²⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 344.

¹²¹ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 053-2023*, 13-4.

¹²² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 112-14-JH/21*, 30.

La interpretación intercultural en materia penal implica la suma de esfuerzos de quienes dirigen e intervienen en el proceso penal; de esta manera, se procura que el procesado comprenda la existencia de alternativas restaurativas al proceso retributivo estatal a través de cualquier medio idóneo. La interpretación intercultural de manera complementaria también implica que el juez, tribunal y fiscal de la causa, interpreten la pena privativa de libertad y la viabilidad de su aplicación a personas indígenas, para esta delicada función deben inmiscuirse profundamente en el entorno social del procesado pensando y actuando como un integrante más de la comunidad indígena.

2.2. Estándares de aplicación de la pena conforme el Convenio 169 OIT

A pesar de ser anterior a la Constitución de 1998 y 2008 respectivamente, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante Convenio 169 OIT) es una norma ratificada y aplicable dentro del actual ordenamiento jurídico ecuatoriano. “En la Constituyente ecuatoriana de 1997-1998, consta en actas que los derechos colectivos que se reconocían en el Ecuador no debían ser menos de lo que contenía dicho Convenio, por ello, en el Ecuador se dijo que lo mínimo que debe constar en la Constitución es lo que establecía el Convenio 169 de la OIT”.¹²³

No es sino hasta la expedición de la Constitución de 2008 que el contenido normativo del Convenio 169 OIT pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad; con ello previo a la aplicación de la legislación penal ordinaria a un individuo perteneciente a una comunidad indígena, por mandato constitucional se deberán considerar las costumbres y el derecho consuetudinario propio de su comunidad.

Los parámetros para la aplicación de la legislación nacional a los pueblos interesados se hará tomando en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario, teniendo en cuenta que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales; que siempre que sea necesario, se establecerán procedimientos para solucionar los conflictos que pueda surgir en la aplicación de este principio.¹²⁴

Uno de los parámetros más importantes que contempla el Convenio 169 OIT en lo referente a la noción de privación de libertad, es lo referente al aspecto de las sanciones penales y la pertinencia de su aplicación para sancionar a personas o colectividades

¹²³ Pacari y Yumbay, *Derecho propio*, 24-5.

¹²⁴ Luis Efraín Amaguaña Muenala, *La justicia indígena desde sus memorias orales y saberes ancestrales* (Otavalo: Maki Creativa, 2020), 55-6.

indígenas; el artículo 10 de esta convención establece que: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la *preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”.¹²⁵

Esta disposición tiene concordancia con lo determinado en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas que señala, “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente.”¹²⁶

Los preceptos normativos del Convenio 169 OIT en forma conjunta al principio *ut supra*, cumplen a cabalidad con los preceptos del principio de interpretación intercultural toda vez que categóricamente posibilita la aplicación de sanciones restaurativas acorde a los preceptos restaurativos de la justicia indígena; sin embargo, a pesar de que su aplicación permite la defensa del procesado en libertad, no es considerada como una estrategia de defensa por parte de los abogados quienes sumisamente acatan el proceder de la fiscalía y de los jueces penales.

Cuando el convenio 169 OIT establece que se aplicará de manera preferente sanciones contrarias a la mera privación de la libertad, lo hace de una manera muy genérica, dando lugar a una cláusula abierta que como única limitación establece ser miembro de alguna comunidad, pueblo o nacionalidad indígena y que dentro del proceso restaurativo que se lleve a cabo no se contravengan derechos y garantías establecidas en otros convenios y tratados internacionales.

Respecto a la aplicación de sanciones privativas de libertad a personas indígenas en los que se inobserven los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT y los de interpretación intercultural, incurre en la problemática de que la decisión judicial adoptada incurra en la arbitrariedad, la ilegalidad o la ilegitimidad de la privación de la libertad y una posterior dilatación del proceso al recurrirse a la acción constitucional de *Hábeas Corpus* para subsanarla.¹²⁷

¹²⁵ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, art. 10, C169; énfasis añadido.

¹²⁶ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 13 de marzo de 2008, principio III, Resolución 1/08, citado en Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución 053-2023*, 36-7.

¹²⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 112-14-JH/21*, 47.

De acuerdo a las investigaciones de campo realizadas, en la Corte Provincial de Imbabura se dio con el proceso *N.° 10L02-2023-00015* y en el cual se presentó una acción de Hábeas Corpus por vulneración de derechos constitucionales de un kichwa otavaleño. En el caso concreto, la vulneración de derechos constitucionales deviene del proceso *N.° 10571-2023-00188* seguido en la Unidad Judicial de Violencia con sede en el cantón Otavalo y en la que se la medida cautelar de prisión preventiva sin fundamento jurídico válido e inobservándose los principios de interculturalidad.

El procesado responde a los nombres de D.M.P.M, pertenece a la comunidad kichwa otavaleña “La Joya” y hasta aproximadamente un mes atrás se encontraba cumpliendo la medida cautelar de prisión preventiva acusado del cometimiento de un delito de carácter sexual. Sus defensores al percatarse que, dentro de la audiencia de formulación de cargos no se consideran los lineamientos restaurativos del Convenio 169 OIT, ni mucho menos los del diálogo e interpretación intercultural lograron la revocatoria de la prisión preventiva; actualmente el procesado se defiende en libertad y se encuentra a la espera de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio.

Si a la imposición del diálogo e interpretación intercultural se suma el apartado de sanciones diferentes al encarcelamiento de personas indígenas, se da paso a posibles problemas de conflicto de competencia; estos surgen con la inconformidad de la resolución adoptada por las autoridades indígenas y la pretensión de una nueva resolución en sede ordinaria. En estos casos, el mecanismo idóneo es plantear la declinación de competencia bajo el fundamento del principio *pro jurisdicción indígena*.¹²⁸

La Corte, ha reconocido que el adoptar medidas de carácter personal *podrían devenir en atentatorias a los derechos interculturales generando un desarraigo de su entorno cultural*; por lo que ha “conmina[do] a las autoridades competentes a realizar una interpretación acorde con los principios descritos en (...) [el] Convenio 169 de la OIT”³⁰ y ha dispuesto que deberá “darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, pues al *disponer la privación de libertad de una persona indígena se podría generar “una imposición cultural inaceptable” que podría constituir un acto lesivo contra la dignidad del individuo*.¹²⁹

La ratificación y entra en vigencia del Convenio 169 OIT son anteriores a la Constitución del 2008, fue ratificada en 1998 y entró en vigor en 1999; sin embargo, en el transcurso del tiempo posterior a la expedición de la *Sentencia 113-14-SEP-CC* (Caso la Cocha) de fecha 30 de julio de 2014, dentro del Ecuador a través de la administración

¹²⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 344.

¹²⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 1494-15-EP/21*, 22 de septiembre de 2021, 13; énfasis añadido.

de la justicia indígena se sancionada sin límite alguno toda clase de delitos inclusive aquellos que sean contrarios a la inviolabilidad de la vida. Mediante decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana, a través del afamado “Caso la Cocha” se limita la administración de justicia indígena al imposibilitar el juzgamiento de estos delitos.

3. Pluralismo de sanciones desde la interculturalidad

La justicia restaurativa indígena apuesta por la implementación de una pluralidad de sanciones con enfoque restaurador contrarias a la privación personal del individuo conflictivo en lugares como la cárcel; desde esta concepción se entiende que, el infractor perturba la armonía colectiva debido a energías negativas que lo martirizan y que propician el descontrol de su conducta.

Para Lourdes Tibán Guala, cuando se violan las normas “las sanciones impuestas al incumplimiento de estos principios no se consideran castigos, sino, formas de mantener el equilibrio y la armonía social de la comunidad. Así, más que sanciones constituyan la restitución de la espiritualidad, el resarcimiento del daño y la expulsión de los malos espíritus”.¹³⁰

A pesar de que autores como la antropóloga Esther Sánchez Botero consideran que “no existe control social en el derecho amerindio o prehispánico como sucede en el derecho occidental, por cuanto en el derecho indígena no existe quien detecte esa hegemonía”,¹³¹ importante se hace destacar que la autora está refiriéndose en sentido estricto al mecanismo de control social formal.

Dentro de la administración de justicia indígena el control social formal ni siquiera se toma en cuenta, en su lugar como mecanismos de control social informal se recurre a la influencia que los padres, el *ayllu* (familia y allegados), los padrinos y amigos ejercen sobre el individuo conflictivo a fin de garantizarse el respeto de las normas sociales.

El control social informal es aquel que se da en virtud de reglas no escritas, que se asumen en el consciente colectivo como verdaderas, legítimas y justas para mantener un orden ya establecido. Son normas, conductas o valores que se han ido heredando de generación en generación, y modificándose para conseguir un ajuste a la situación en la que se

¹³⁰ Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador* (Quito: Fundación Hanns Seidel, 2010), 125-6, citado en Álvaro Francisco Román Márquez, *Interculturalidad, libertad y pena* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editorial Nacional, 2015), 44-5, <http://hdl.handle.net/10644/4689>.

¹³¹ Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004), 134-5, citado en Álvaro Francisco Román Márquez, *Interculturalidad, libertad y pena* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editorial Nacional, 2015), 69-70, <http://hdl.handle.net/10644/4689>.

encontrasen. Cada época tenía sus propias características, la evolución es quién va modificándolas.¹³²

Con el objetivo de socavar la alteración social provocada por el individuo conflictivo, desde las comunidades y pueblos indígenas se han establecido diversas sanciones holísticas cuya finalidad es la erradicación de las malas energías a través de rituales y métodos restaurativos. Las sanciones son muy variadas y dependen de los usos y costumbres de cada comunidad indígena; teniéndose como las más comunes a la amonestación verbal, el trabajo comunitario, la entrega de bienes o dinero, las disculpas públicas, la aplicación del ritual de purificación y la más gravosa consistente en expulsión de la persona ofensora de la comunidad.

3.1. Amonestación verbal

La comunidad indígena desde la concepción andina es entendida como un todo, por esta razón todos los mecanismos implementados para sancionar al individuo conflictivo surgen del pensamiento colectivo de toda la comunidad indígena y no solo del cabildo. Por su parte, la justicia penal ordinaria se materializa a través del *ius puniendi* y de la hegemonía del control social estatal implementados por medio de sistemas jerarquizados de dominación social.

Dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador los problemas trascienden una serie de escalafones hasta llegar a conocimiento de las autoridades y del cabildo indígena, estamento que no se constituyen en un arquetipo occidentalizado de la competencia en razón de los grados y la materia. Ante la inobservancia de los valores y normas de convivencia comunitaria, el problema puede trascender por ciertos círculos de inhibición hasta llegar a conocimiento del cabildo, quien previas formalidades procurará solucionar el conflicto y ponerle fin.

Ante el surgimiento de un conflicto que aqueja al *ayllu* y a la colectividad indígena, sin la necesidad de la interferencia del derecho occidental y desde un primer momento se recurre a un primer círculo íntimo (conformado por la familia, padrinos, amigos, comadres, compadres), personajes que a través del diálogo directo procuran su solución. De persistir la problemática se requiere la intervención del cabildo y la solución

¹³² María de Montserrat Pérez Contreras, “La violencia contra la mujer: Un acercamiento al problema”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 35, n.º 103 (2002): 209-10, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710307>, citado en Celia Ortiz Muñoz-Quirós, “Control social informal”, *Centro para el estudio y prevención de la delincuencia*, 05 mayo de 2016, párr. 9, <https://crimipedia.umh.es/files/2016/05/Control-social-informal.pdf>.

de la problemática dentro de las asambleas comunitarias públicas, lo que puede generar la desaprobación y estigmatización comunitaria de quienes se encuentren inmiscuidos en el conflicto.

El primer círculo de inhibición es el paterno/familiar donde mayoritariamente prima la amonestación verbal y consejerías que buscan la solución del conflicto; el segundo círculo de inhibición es el de autoridad de los padrinos, actuando ante el fracaso del primero y siendo más influyente debido al prestigio que detentan los padrinos en la colectividad indígena.

Algunos abogados indígenas suelen manifestar que existe autoridades religiosas como el *yachac* o el *shamán*, los *taitakuna* o *mamakuna* que son las personas mayores revestidas de ética, las madrinas o los padrinos, así como los cabildos quienes intervienen en la solución de los conflictos. Por ello expresan que existen niveles de administración de justicia indígena.¹³³

El tercer círculo de inhibición es el de autoridad indígena, estancia donde los miembros del cabildo a más de la amonestación verbal pueden aplicar la sanción que consideren pertinente, incluso pudiendo optar por la expulsión del individuo conflictivo de la comunidad; este tercer círculo de inhibición se encuentra respaldado bajo la venia de la Constitución y de los tratados y convenios internacionales, pues reconocen y otorgan facultades jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

La sanción de amonestación verbal es multifuncional y su uso no es exclusivo solo para las autoridades indígenas; la esencia restaurativa de esta sanción deviene del mismo uso de las palabras y dentro de un círculo familiar e íntimo mucho antes de recurrirse a las autoridades indígenas. La justicia restaurativa indígena apuesta por el diálogo entre las partes y su esencia restaurativa se evidencia al momento de solucionar o tratar de solucionar el conflicto a través de consejos, experiencias e historias de vida de los padrinos, personas adultas de la comunidad y de los miembros del cabildo.

3.2. Reparación pecuniaria

La reparación de orden económico se establece como un complemento para otras sanciones; al ser una sanción complementaria no se materializa exclusivamente con la entrega de dinero en efectivo, puede materializarse con la entrega de cierto tipo de bienes como terrenos, casas o incluso animales de corral. Cuando se trata de delitos que atentan

¹³³ Pacari y Yumbay, *Derecho propio*, 63-4.

contra el bien jurídico propiedad, una forma de reparar los daños causados es a través de la restitución integral de la cosa sustraída.

Si las autoridades indígenas optan por sancionar económicamente al individuo ofensor, el monto y la forma de restitución deberá ser deducido en la asamblea comunitaria previo análisis socioeconómico del ofensor y de su familia; en este punto los principios de complementariedad y reciprocidad permiten conocer el entorno de cada uno de los individuos y *ayllus* que integran la comunidad. Con estos antecedentes el cabildo indígena fácilmente puede cuantificar una reparación económica adecuada para reparar a la persona ofendida y en general a la colectividad; cuantificación idónea y de viable cumplimiento para el ofensor y su familia.

El 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas (*de la comuna La Cocha*) en Asamblea General resolvieron sancionar a, [...] identificados como coautores de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, con baño de agua con ortiga durante 30 minutos; cargada de tierra y piedras alrededor de la plaza pública desnudos; expulsión de la comunidad durante dos años, con la consecuente prohibición de participar en las fiestas y actividades sociales y culturales de la parroquia de Zumbahua por el mismo tiempo. Así también, *dispusieron el pago de una indemnización de cinco mil dólares de Estados Unidos de América (USD 5.000,00)*, dinero que sería entregado a la UNOCIC, organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad y de la colectividad.¹³⁴

A pesar de la amplia connotación nacional que se le dio al caso en mención, las autoridades de la comuna “La Cocha” fijaron como sanción complementaria una reparación económica de CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 5.000,00). Pese a la presión mediática que tuvo el caso, las autoridades indígenas en ningún caso se dejaron amedrentar por las decisiones adoptadas y a pesar de que la reparación económica parezca irrisoria, no se debe de olvidar que fue complementaria al ritual de purificación y expulsión comunitaria.

Debido a la interrelación comunitaria en la que coexisten los individuos de una comunidad indígena, la cuantificación de la reparación de orden económica no presenta mayor dificultad; dentro de la administración de justicia ordinaria los peritos designados para el efecto no comparten ningún tipo de vínculo con la persona afecta, no conocen a profundidad su realidad socioeconómica y por ello realizan un cálculo descomunal e imposible de ser cubierto por un individuo privado de libertad y de toda capacidad de generar recursos para cubrirlos.

¹³⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 113-14-SEP-CC*, 30 de julio de 2014, 42; énfasis añadido.

3.3. Ritual de purificación

Desde el pensamiento indígena se entiende que el individuo que perturba la armonía y paz de la comunidad a través de sus conductas está padeciendo de un quebrantamiento en su salud física y espiritual; convaleciéndose de la persona afectada las autoridades indígenas deciden aplicar un ritual de purificación con elementos y productos brindados directamente por la *Pachamama*.

El ritual de purificación se lleva a cabo mediante el uso de elementos y productos brindados por la naturaleza como el agua, la Ortiga o *Urtica* y ciertas varas de plantas medicinales como la Chilca (*Baccharis latifolia*) o el Marco (*Ambrosia peruviana*) que no tienen la suficiente contundencia como para causar lesiones a quien está siendo purificado. Ciertas comunidades indígenas usan el látigo, sin embargo, este instrumento de tortura se encuentra fuera del contexto y realidad de las comunidades indígenas al ser un “rezago de los instrumentos que eran usados por los españoles durante su dominación a los pueblos originarios para hacer que los negros e indios los obedezcan”.¹³⁵

De la entrevista realizada se desprende que en la comunidad Carabuela a más de los mencionados elementos de purificación se opta por brindar una fruta dulce al sujeto purificado; la finalidad de esta acción es brindarle un pequeño impulso energético al sujeto purificado y que de esta manera inicie un nuevo camino que le permita inmiscuirse de nuevo en la colectividad andina.¹³⁶ Los elementos usados para el ritual de purificación varían de acuerdo a la ubicación de cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena; por ejemplo, en los pueblos amazónicos se opta por brindar brebajes o infusiones de *ayahuasca* (*Banisteriopsis caapi*) o guayusa (*Ilex guayusa*).

La aplicación del ritual de purificación a la vista de personajes ajenos a las prácticas ancestrales de administración de justicia pareciese martirizar al díscolo o persona que desobedece y se rebela contra las buenas costumbres; sometiendo a un análisis holístico tan solo se está aplicando un rito que pretende restablecer las energías alteradas en el interior del sujeto ofensor. Los medios de comunicación se han encargado de descontextualizar la justicia indígena al divulgar exclusivamente la aplicación del ritual de purificación y no todo su trasfondo procesal.

¹³⁵ Verónica Yuquilema, “Procedimientos para juzgar delitos penales en la comunidad de Pulucate, del cantón Colta, provincia de Chimborazo” (tesis de pregrado, Universidad de las Américas, 2012), 11, <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/218>, citado en Román Márquez, *Interculturalidad, libertad y pena*, 53-4.

¹³⁶ Israel Anrango, entrevistado por el autor, 29 de diciembre de 2023. Ver Anexo 1.

Una paradoja similar se percibe en muchos medios de comunicación. Así, por ejemplo, las noticias sobre justicia indígena se deforman mediante la reducción de la misma a cierto tipo de sanciones, sin explicación alguna de su dimensión ritual. Se construye así mediáticamente un estereotipo racista de la justicia indígena como “prácticas salvajes” simplificando o excluyendo en la información lo relativo al análisis de aspectos como el sentido ritual, la participación, el debido proceso, la reparación de la o las víctimas y la reinserción del infractor.¹³⁷

Con el objetivo de poner fin a la manipulación mediática ejercida por los medios de comunicación, la Corte Constitucional ecuatoriana a través del precedente jurisprudencial 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha) establece que previa transmisión de contenido audiovisual referente a procesos de administración de justicia indígena, se deberá obtener el permiso de las autoridades indígenas para “comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción”.¹³⁸

A los medios de comunicación no les interesa poner en conocimiento de la población el carácter holístico y las ventajas de la aplicación de la justicia indígena; debido a que lo que genera más *rating* es la tergiversación de la justicia indígena haciéndola ver como salvaje y primitiva. Los medios de comunicación interesados en generar un mayor *rating*, no divulgarán el lado holístico de la justicia indígena, ni mucho menos su apego hacia la sanación física, espiritual y energética del díscolo.

Dentro de la aplicación del ritual de purificación existe un notorio panorama espiritual y energético que no es transmitido por los medios de comunicación, panorama que se plasma en la recurrencia hacia elementos estabilizadores, en ello interviene el baño con agua helada que apacigua bruscamente estas energías negativas del individuo. Debido al cambio abrupto se debe recurrir a elementos estabilizadores y de sensaciones ardientes como la ortiga y otras plantas medicinales, elementos que al contacto con el cuerpo logran “producir un efecto contrario pero complementario al que realiza el agua helada, es decir al unir el frío con el calor llega a un punto de equilibrio de energías”.¹³⁹

Primero, si la persona comete una falta es porque está enferma, es decir no hay un equilibrio de energías, entonces en función del principio de complementariedad existente en el caso del sol y la luna, del hombre y la mujer, en esta ocasión también existe tal

¹³⁷ Agustín Grijalva Jiménez y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en *Cuadernos para la interculturalidad N° 4*, ed. Fundación Rosa Luxemburgo (Quito: Defensoría Pública / Dirección Nacional de Comunidades Pueblos y Nacionalidades, 2013), 142, <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf>.

¹³⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 113-14-SEP-CC*, 35.

¹³⁹ Yuquilema, “Procedimientos para juzgar delitos penales en la comunidad de Pulucate”, 42, citado en Román Márquez, *Interculturalidad, libertad y pena*, 69-70.

relación entre el agua y la ortiga con el fin de ayudar a la persona. El cuerpo de la persona está inquieta, caliente y necesita de algo que en un primer momento lo estabilice e *interviene el agua fría, que hace que se calme*; luego dado que ya de cierta forma el cuerpo se ha estabilizado un poco, requiere de la acción de otro elemento más que coadyuve a que no se quede en ese estado de cierto modo de congelamiento, pues *interviene la ortiga, que provoca calor y ardor*. Cuando el agua y la ortiga se unen están complementándose para ayudar a que la persona equilibre sus energías y deje de lado las que no necesitaba.¹⁴⁰

El ritual de purificación no pretende causar estragos en la integridad de quien está siendo curado, la razón de su aplicación consiste en la purificación y estabilización de las energías internas del individuo a fin de que su actuación no se contraria a las costumbres y tradiciones de la comunidad indígena; para lograr este fin las autoridades indígenas emplean en sus rituales elementos sagrados como ciertas plantas medicinales y agua helada. La aplicación del ritual de purificación bajo ningún aspecto debe ser confundido con prácticas de ajusticiamiento o linchamiento.

El linchamiento o justicia por mano propia, supone la detención arbitraria de un presunto delincuente por parte de algunos o todos los miembros de una comunidad, que empujados por la ira, lo someten a castigos corporales extremos, que en muchos casos pueden poner en peligro la vida y la integridad de estas personas. La ejecución del linchamiento no es realizada por personas con autoridad en la comunidad, sino de manera tumultuosa, visceral y sin referencia a una tradición de carácter ancestral. Por estas razones, los linchamientos, o castigos por mano propia, no están protegidos por el derecho internacional, ni pueden asimilarse a la justicia indígena. Constituyen actos contrarios a la normativa interna del Estado, y por tanto, deben ser adecuadamente investigados y sancionados.¹⁴¹

La justicia por mano propia se practica como una forma de venganza privada ante la impotencia de los afectados, quienes en un momento eufórico de impotencia arremeten contra la integridad física de la persona ofensora. La administración de justicia indígena que obedece a los lineamientos constitucionales de potestad jurisdiccional y respeto a las prácticas consuetudinarias de justicia, no se constituyen en prácticas de ajusticiamiento o linchamiento; estas atroces prácticas de ajusticiamiento pueden ser cometidas por cualquier grupo étnico y no necesariamente por personas indígenas.

Los linchamientos tienen lugar tanto en las ciudades como en el campo; ocurren entre los ciudadanos blanco mestizos y la población indígena. Más aún, al revisar la prensa, se tiene la impresión de que estos actos grupales de violencia pública [...] ocurren a escala nacional y obedecen a un cierto efecto mimético de repercusión: reverberan y remodelan

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 52-3; énfasis añadido.

¹⁴¹ María Dolores Miño y Camila Santamaría, “Justicia indígena y castigo por mano propia: Diferencias en cuanto a su regulación y aplicación desde el derecho interno e internacional”, *Observatorio de Derechos y Justicia*, accedido 15 agosto de 2023, párr. 49, <https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/Justicia-indigena.f.pdf>.

la imaginación colectiva. Surten de ejemplo e instituyen una modalidad de justicia que se impone por acción particular.¹⁴²

Los medios de comunicación con el afán de aumentar su *rating* tergiversan la información transmitida a su audiencia, obvian la trasmisión del proceso previo a la aplicación del ritual de purificación y la hacen ver como una simple práctica de ajusticiamiento. Se debe considerar que durante la aplicación del ritual siempre prima el respeto de la integridad e indemnidad de quien será purificado, se la aplica sin comprometer los órganos vitales del ofensor y se procura realizarlo de la cintura para abajo debido a que su “función ritual es limpiar la mala energía (*llaki*) activada que generó la ejecución de la infracción y su función física es calentar el cuerpo luego del baño de agua fría”.¹⁴³

Dentro del contexto de la justicia indígena la aplicación del ritual de purificación es considerada como una de las sanciones más gravosas, siendo solo superada por la expulsión directa de la comunidad; a pesar de ser menos gravosa que la expulsión, es la sanción mayormente aplicada al fungir una finalidad similar a lo que en la doctrina se denomina como prevención general negativa.

Haciendo un análisis doctrinario e intercultural, esta sanción purificadora ejerce una función disuasoria y de condicionamiento social, evitando que los demás integrantes de la comunidad indígena cometan los mismos hechos por el que fue sancionado el díscolo; por esta razón el ritual se aplica de manera pública, en la plazoleta comunitaria o en algún lugar de amplia concentración, para que sus efectos disuasorios lleguen de manera masiva a la colectividad comunitaria.

Desde una vivencialidad comunitaria propia como miembro activo de la Comunidad Kichwa Monserrat, perteneciente al cantón Otavalo, provincia de Imbabura; se observó en primera persona las fases restaurativas de solución de conflictos dentro de la mencionada comunidad. Los moradores de la comunidad cansados del vandalismo juvenil, consumo de bebidas alcohólicas y drogas, robos de sembríos y asaltos a mano armada suscitados alrededor de la comunidad, decidieron formar comisiones de seguridad y vigilancia para ponerle un fin.

¹⁴² Andrés Guerrero, “Los linchamientos en las comunidades indígenas ¿La política perversa de una modernidad marginal?”, *Ecuador Debate*, n.º 53 (2001): 200-1, <http://hdl.handle.net/10469/5019>.

¹⁴³ Fernando García Serrano, “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador”, en *Cuadernos para la interculturalidad N° 4*, ed. Fundación Rosa Luxemburgo (Quito Defensoría Pública / Dirección Nacional de Comunidades Pueblos y Nacionalidades, 2013), 142, <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURLIDAD.pdf>.

Con estos antecedentes y aplicando mayoritariamente las sanciones restaurativas de amonestación verbal y de orden pecuniario se logró reducir drásticamente el vandalismo juvenil y el consumo de sustancias prohibidas dentro de la comunidad. La amonestación verbal y pecuniaria han sido suficientes para reducir estos índices ya que sus autoridades solo se han visto forzados a aplicar el ritual de purificación en dos ocasiones.

Los beneficios de organizarse en comunidad kichwa y poder ejercer facultades jurisdiccionales son tan notorios que, incluso barrios mestizos aledaños a la comunidad Kichwa Monserrat han solicitado su cooperación. Los barrios aledaños cansados de los altos índices delincuenciales imperantes en su sector por múltiples ocasiones han solicitado a las autoridades comunitarias la aplicación del ritual de purificación; sin embargo, las autoridades de la Comunidad Kichwa Monserrat se han negado rotundamente debido a que el conflicto no ha ocurrido dentro de su jurisdicción.

3.4. Expulsión de la comunidad

“Otro castigo con fuerte carga moral es la expulsión física de la comunidad por un cierto tiempo o en forma definitiva. Muchos hablan de una especie de *muerte social* y tienen razón, para cualquier persona desarraigarse de su lugar de origen tiene un alto costo individual y familiar”.¹⁴⁴ La expulsión de la comunidad es la sanción más grave, por ello no es de extrañarse que sea de *ultima ratio* y sólo aplicable cuando las sanciones referidas en los acápites anteriores no surtan efecto y el sujeto siga reincidiendo en su actuación delictiva.

La reincidencia de cualesquiera de los delitos cometidos, especialmente si son graves, de acuerdo al reglamento interno de las comunidades, es motivo de la pena más dura y radical, la expulsión definitiva o temporal de la comunidad. En estos casos la justicia indígena es fuertemente represiva: “*Las sanciones son: primero el látigo o azote, luego la ortiga y luego el baño que se lo hace en el agua hiel que viene del Carihuairazo; y es solo con el baño en esa agua muy fría que los delincuentes, los ladrones, los desobedientes firman el acta de compromiso de que dejan sus andanzas, pero si por alguna razón no obedecen, tenemos en nuestra ley que debemos expulsar de la comunidad a estas personas*”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ García Serrano, “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, 60.

¹⁴⁵ Fernando García Serrano, “Estado del relacionamiento en Ecuador”, en *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*, coord. Eddie Córdor Chuquiruna (Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009), 135, https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1302038474.02_pt2_estado_del_relacionamiento_fernando_garcia.pdf.

Es común que el ritual de purificación sea suficiente para curar al díscolo y evitar que sus actos vuelvan a ser contrarios a las buenas costumbres y tradiciones comunitarias; esta sanción junto a la expulsión de la comunidad se encuentran dotadas de una fuerte carga moral e instan al individuo a no reincidir. En ocasiones cuando la conducta es de gran connotación o sumamente gravosa dentro de los estándares tolerados por la comunidad, se aplica de forma complementaria al ritual de purificación, la expulsión física del díscolo.

Por otra parte, en todas las comunidades se insiste en el carácter preparatorio y ritual de la sanción en la justicia indígena. Justamente por esta razón la expulsión de la comunidad es considerada la sanción más grave y se aplica en aquellos casos en que se ha llegado a la conclusión de que es imposible que el infractor se enmiende y reintegre en términos positivos a la comunidad. En todos los demás casos se busca una suerte de reflexión, arrepentimiento y sanación o purificación del infractor. Procedimientos como la aplicación de ortiga, baños de agua fría, o la carga de pesos, tienen una significación ritual relacionada con este proceso de sanación.¹⁴⁶

En las asambleas comunitarias se delibera la aplicación de esta sanción, la misma se materializa con la expulsión del individuo problemático de manera temporal o permanente y su aplicación se justifica como un escarmiento y prevención de conductas desviadas que contaminen a la comunidad. “En los casos muy graves o en que el infractor no haya cumplido con los compromisos y no cambia de actitud y comportamiento se expulsa de la comunidad y la organización, esta sanción es muy temida por los miembros de los pueblos en virtud de que es difícil desarraigarse de su hábitad natural que es fundamental en su vida”.¹⁴⁷

Si la expulsión de la comunidad es permanente, es porque las autoridades indígenas presididas por los *amawtas* y ancianos de la comunidad, deliberaron que el ritual de purificación y la expulsión comunitaria no conseguirán que el ofensor se rehabilite y vuelva a formar parte de la fuerza productiva de la comunidad.

La actitud rebelde y desafiante del reincidente se considera un caldo de cultivo perfecto para contaminar a otros personajes de la comunidad; sin embargo, cuando las autoridades indígenas deciden sancionar con la expulsión temporal, es porque el individuo tiene posibilidades de rehabilitarse, justificándose su expulsión como un periodo reflexión que facilite su reintegración a la comunidad en términos positivos.

¹⁴⁶ Grijalva Jiménez y Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, 140.

¹⁴⁷ Jenny Viviana Farinango Sandoval, “Reglamento de aplicación de la justicia indígena en la parroquia La Esperanza, cantón Ibarra, provincia de Imbabura” (tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2014), 38, <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2115>.

El aporte restaurativo de esta sanción es que a pesar de la reincidencia del sujeto conflictivo no se considera enviarlo a la cárcel para se degrade aún más; lo que se busca con la expulsión es la reflexión solitaria en el exilio y un posterior arrepentimiento por su repetitiva conducta delictiva. A pesar de la reiterada rebeldía del sujeto conflictivo, desde la administración de justicia indígena se decide expulsarlo de la comunidad en lugar de recurrir a la intervención estatal para enviarlo a la cárcel; lejos de su círculo familiar y social, el individuo puede reflexionar sobre la gravedad de sus conductas y valor la vida comunitaria.

4. Complementariedad y eficiencia de las sanciones aplicadas en la administración de justicia indígena

La aplicación de la pluralidad de sanciones devenidas de la administración de justicia indígena ha demostrado su eficiencia por sobre el poder punitivo estatal, la justicia penal ordinaria sólo está en la capacidad de ofrecer como solución ofrece la inocuización de los delincuentes en centros de privación de libertad que no rehabilita, reinserta y tampoco resocializa al delincuente.

A lo largo de su historia el sistema carcelario ecuatoriano no ha logrado cumplir con una correcta prevención especial; falencia que se hace evidente con la reincidencia delictiva del sujeto que a pesar de encontrarse aislado sigue delinquiendo y perfeccionando sus técnicas. La rehabilitación de quien se encuentra privado en estos inadecuados lugares es nula, su ambiente es tan hostil y plagado de corrupción que solo subsiste el que tiene los recursos suficientes para pagar por protección y beneficios.

En contraposición al fracasado sistema carcelario implementado por el Estado surge la figura de la justicia indígena, esta se instituye como una alternativa local eficiente y que ha demostrado resultados positivos en la correcta rehabilitación del individuo conflictivo. Ante la presión de las teorías abolicionistas al sistema penal que cada día cobran más fuerza, ha hecho que dentro del marco de la administración de justicia ecuatoriana y del mundo se vaya repensando los clásicos modelos de sanción penal como la cárcel.

Un ejemplo claro de la correcta rehabilitación de un individuo conflictivo que ha sido sometido a la administración de la justicia indígena la tenemos en el denominado caso “La Cocha I”, precedente en el cual se evidencia los beneficios de la aplicación de la justicia restaurativa indígena por sobre los escasos por no decir nulos beneficios que ofrece el clásico proceso penal ordinario.

En el 2002 (*refiriéndose al caso la Cocha I*), tres jóvenes, bajo el efecto del alcohol y después de haber discutido con un anciano en la comunidad, le golpean con un destornillador, un tubo y una piedra. Al poco tiempo, el anciano perdió la conciencia. [...] Los tres jóvenes fueron considerados responsables por la muerte del anciano; la viuda fue compensada por la pérdida del marido (6.000 dólares); los jóvenes recibieron consejos y pidieron disculpas; los jóvenes recibieron 13 latigazos, fueron purificados con ortiga y baños en agua helada; finalmente fueron expulsados de la comunidad por varios días.¹⁴⁸

Este caso tiene gran relevancia jurídica al dejar en evidencia el carácter restaurativo de la justicia indígena y la reivindicación del ofensor con la sociedad en general; lo actuado dentro del presente caso cumple a cabalidad con la prevención especial positiva pues actualmente “uno de los victimarios es un miembro políticamente activo en la comunidad”.¹⁴⁹

Según relatos de las autoridades de la comunidad la Cocha, posterior a la purificación y reparación pecuniaria a la que fue sometido uno de los tres jóvenes, este expió sus pecados en el exilio, reflexionó su actuación y logró reinsertarse nuevamente a su comunidad. Si este individuo hubiese sido sometido a la justicia ordinaria y sus reglas, la rehabilitación sería nula y el tiempo dentro del cual se encontraría privado de libertad.

Debido a la manipulación mediática de ciertos casos como el suscitado dentro de la comunidad la Cocha y que causan gran revuelo dentro del pensamiento colectivo, obliga a la Corte Constitucional a pronunciarse al respecto y aclarar todo tipo de controversias jurídicas que surjan a razón del conflicto. La Corte Constitucional en aplicación de los principios de interpretación intercultural establece parámetros y guías jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento con el fin esclarecer ambigüedades sobre la administración de justicia indígena, actividad para la cual no duda en tomar de inspiración doctrina y jurisprudencia de otros países que ya los han desarrollado.

5. Aportes jurisprudenciales de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre justicia indígena restaurativa

5.1. Interpretación intercultural en la aplicación de la pena y la garantía de *non reformatio in peius*. Sentencia n.º 1494-15-EP/21

Tema: *En la presente sentencia, la Corte analiza una decisión de casación, dentro de un proceso penal, en la cual se identifica como vulnerados la garantía del non reformatio*

¹⁴⁸ Ávila Santamaría, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local”, párr. 55.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 16.

*in peius y el derecho a la seguridad jurídica al no considerar las particularidades de los accionantes en su decisión.*¹⁵⁰

En un caso de lesiones suscitado en el año 2013 y sancionado por el Código Penal de la época, se declara culpables a los señores *Víctor Ángel Cabrera, Luis Humberto Cabrera, María Magdalena Cabrera y Flavio Cabrera* del delito *ut supra*, se les impone una pena correccional de 6 meses y su correspondiente multa; esta pena se dejó en suspenso en aplicación del artículo 10 del Convenio 169 OIT. Es importante destacar que todos ellos incluidos la persona a quien se le ratificó su estado de inocencia pertenecen a la comunidad indígena Bain, parroquia Urdaneta, cantón Cotopaxi.¹⁵¹

La acusación particular inconforme con la suspensión de la pena decide apelar la decisión y la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja confirma la inocencia de la señora Hilda Cabrera; sin embargo, agrava la situación jurídica de los otros procesados condenándolos a un año de prisión. Ante esta situación los procesados junto a la señora Hilda Cabrera (que pretendía la declaratoria de la malicia y temeridad de la acusación particular) interponen recurso de casación y a pesar de que el Tribunal de casación lo rechazó por improcedente, de oficio procede a casar la sentencia imponiendo a los recurrentes una pena de un año y a la señora Hilda Cabrera una pena de 6 meses.

Siendo el año 2016 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por los accionantes, donde previo análisis de la causa que llega a su conocimiento observa que:

El Tribunal de Casación vulneró la garantía de *non reformatio in peius* al haber impuesto oficiosamente una pena de prisión de seis meses contra Hilda Cabrera Gonzáles, cuando esta había sido ratificada como inocente en todas las instancias anteriores y no existía ningún recurso, distinto al de los procesados, que se haya dirigido a cuestionar la situación jurídica de inocencia ratificada en la sentencia de apelación de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.¹⁵²

En el presente caso a criterio de la Corte Constitucional se inobservó el principio de interpretación intercultural de la pena y los preceptos normativos del Convenio 169 OIT al aplicarse sanciones privativas de libertad a pesar que desde un principio un tribunal penal las suspendió. La Corte “encuentra que el Tribunal de Casación, inobservó el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, al no haber tomado en consideración las características sociales y culturales de los accionantes que incluso fueron acreditadas por

¹⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 1494-15-EP/21*, 1.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*, 7.

la propia comunidad a la que pertenecían para considerar y dar preferencia a otros posibles tipos de sanción”.¹⁵³

La consideración de sanciones distintas al encarcelamiento por parte de las jueces penales debe supeditarse a la valoración que estos realicen sobre los hechos y circunstancias concretas de cada caso, en estricta observancia de las características económicas, sociales y culturales del procesado. Si bien la Corte Constitucional no realiza un análisis sobre estas características, suministra determinados parámetros para la concesión de medidas alternativas al encarcelamiento.

El juez competente, previo a determinar la concesión de una medida alternativa o la imposición de una pena privativa de libertad tendrán que considerar en lo principal: **(i)** las características, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenecen la o las personas sentenciadas; **(ii)** el grado de pertenencia con la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena; **(iii)** el grado de afectación que podría ocasionar la imposición de una medida de privación de la libertad en la estructura social y cultural de la comunidad indígena; y, **(iv)** el impacto de la conducta punible en la sociedad en común.¹⁵⁴

Ante una posible vulneración de los derechos, usos, costumbres y prácticas de administración de justicia consuetudinaria propias y que son opuestas a las de la justicia ordinaria, hace menester la aplicación de la interpretación intercultural de la pena en estricto apego y consideración de la normativa del Convenio 169 OIT. “En los casos en los que estén involucradas personas indígenas, toda autoridad pública tiene la obligación de realizar una interpretación intercultural para evitar la imposición del derecho ordinario frente al derecho, usos y costumbres de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, previniendo así la vulneración de sus derechos colectivos”.¹⁵⁵

5.2. Fases del procedimiento sancionatorio propio de la justicia indígena.

Sentencia n.º. 4-16-EI/21

Tema: *Esta sentencia resuelve la acción extraordinaria de protección de decisiones de justicia indígena presentada en contra de la resolución de 19 de noviembre de 2016 y su ratificación efectuada el 26 de noviembre de 2016 emitidas por el Consejo de Gobierno y la Asamblea General Extraordinaria de la Comunidad Autónoma Ancestral A'I Dureno. La Corte Constitucional analiza las alegaciones y desestima la demanda porque*

¹⁵³ *Ibíd.*, 13.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 18.

¹⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 112-14-JH/21*, 21, citado en Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 1494-15-EP/21*, 13.

*concluye que no se vulneraron los derechos al debido proceso, defensa, trabajo y alimentación alegados respectivamente.*¹⁵⁶

Dentro de la comunidad autónoma ancestral A'I Dureno, siendo el primero de julio de 2016 se celebró una asamblea general para dilucidar la sanción aplicable por la falsificación de firmas realizada para agilizar la posesión y registro de la nueva directiva (Consejo de Gobierno). En aplicación del estatuto y reglamento interno comunitario se sanciona de manera correctiva a Abdón Yumbo (vicepresidente), se declara inocentes a Silverio Criollo (presidente), Silvio Chapal (secretario), Oscar Mendua (tesorero) y Leoncio Aguinda (síndico); sin embargo, a Eduardo Mendua junto a otros miembros se decide sancionarlos por presentar la denuncia ante la fiscalía.¹⁵⁷

Inconformes que la decisión adoptada, Eduardo Mendua en calidad de procurador común de los otros sancionados decide presentar acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena, en especial por la suspensión de la remuneración de setenta dólares percibidos por las labores que desempeñaban dentro del Consejo de Gobierno de su comunidad.

En este precedente jurisprudencial se ratifican los criterios rectores para la configuración de un conflicto interno comunitario establecidos en la *Sentencia 1-12-EI/21*, siempre que se considere el cumplimiento de los siguientes criterios:

(i) que afecte el entramado de relaciones comunitarias, (ii) tenga una implicación en la armonía y en la paz de la comunidad, (iii) que ocasione una afectación en la convivencia de sus miembros o entre quienes habiten en ella, (iv) altere o distorsione relaciones entre sus integrantes y, finalmente, (v) que se advierta que la comunidad, mediante sus tradiciones y derecho propio, ha conocido y resuelto casos como el que se discute, es decir, que sea parte de su costumbre hacerlo.¹⁵⁸

En referencia al debido proceso se establece que este principio se percibe de manera diferente en la justicia ordinaria y en la justicia indígena; en la primera se la considera como “una serie de reglas constitucionales de garantía, a las que se suma el derecho a la defensa”,¹⁵⁹ en la segunda el debido proceso se analiza a través del “normas

¹⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 4-16-EI/21*, 15 de diciembre de 2021, 1.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 1-12-EI/21*, 27, citado en Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 4-16-EI/21*, 15 de diciembre de 2021, 6.

¹⁵⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 1-12-EI/21*, 27, citado en Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 4-16-EI/21*, 15 de diciembre de 2021, 9.

y procedimientos propios de las comunidades y con observancia del principio de autonomía de sus decisiones”,¹⁶⁰ mismo que surge de las prácticas, usos y costumbres propias de cada comunidad indígena.

El conflicto que surge por la falsificación de firmas para el registro del nuevo Consejo de Gobierno de la comunidad *A’I Dureno*, encaja con los requisitos para ser considerado un conflicto interno comunitario; conforme se desprende del proceso, la problemática se resolvió en estricta aplicación del reglamento y estatuto de la comunidad y en aplicación de “sanciones de carácter correctiva y reparadora, según la costumbre o derecho propio de la comunidad, a fin de restablecer la paz y armonía comunitaria”.¹⁶¹

A criterio de la Corte Constitucional “no se observa una afectación al debido proceso toda vez que se juzgó a las partes por medio de un procedimiento que aseguró, en la medida de lo posible, un resultado conforme al derecho propio de la comunidad *A’I Dureno*”.¹⁶² Respecto a la proporcionalidad de las sanciones y la vulneración del derecho a la defensa; en el primer caso se establece que no se han visto vulnerados por cuanto fueron aplicados conforme el reglamento interno de la comunidad, mientras que, en el segundo caso, en todo momento del proceso interno, se ha garantizado su participación.

“En suma, se observa que en el presente caso se respetó el debido proceso y el derecho a la defensa de los accionantes de conformidad con la normativa propia de la comunidad *A’I Dureno*, sin que se observe la afectación a derechos constitucionales vistos desde una perspectiva intercultural”.¹⁶³

5.3. Alcance del habeas corpus en casos de personas perteneciente a pueblos en aislamiento y de reciente contacto. Parámetros sobre la protección de los derechos a la libertad e integridad personal de personas indígenas. Sentencia n.º. 112-14-JH/21

Tema: La Corte Constitucional revisa la sentencia de hábeas corpus presentado en favor de personas indígenas de la nacionalidad Waorani privadas de libertad, que fue negado por la Corte Provincial de Justicia de Orellana. A partir del análisis de esta sentencia, la Corte establece parámetros sobre la protección de los derechos a la libertad e

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 10.

¹⁶¹ Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, *Estatuto de la comunidad autónoma ancestral A’I DURENO*, acuerdo n.º: 2922, art. 27, citado en Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 4-16-EI/21*, 15 de diciembre de 2021, 11.

¹⁶² *Ibíd.*, 16.

¹⁶³ *Ibíd.*, 19.

*integridad personal de personas indígenas, en particular, las pertenecientes a pueblos de reciente contacto a través del hábeas corpus.*¹⁶⁴

Siendo el 05 de febrero de 2019 la Corte Constitucional avoca conocimiento de una sentencia de acción de hábeas corpus de fecha 21 de marzo de 2014, acción presentada por la prisión preventiva dentro del Centro de Rehabilitación Social de Sucumbíos a la que fueron sometidos los ciudadanos waorani: *Quimontari Orengo Tocari Coba, Omeway Tega Boya Guinegua, Kaguime Fernando Omeway Dabe, Tague Caiga Baihua, Wilson Enrique Baihua Caiga, Cahuiya Ricardo Napahue Coba y Velone Emou Tañi Paa* (en adelante los accionantes); todos ellos acusados del delito de genocidio.¹⁶⁵

Los accionantes pertenecientes a la comunidad de reciente contacto Waorani Dikaro, ante la ataque y posterior fallecimiento de los ancianos *Ompore Omehuai y Buganei Caiga*, atentan contra la vida de un grupo de personas de dicha comunidad sospechosas de haber asesinado a los ancianos Waorani y posteriormente deciden secuestrar a dos niñas de la misma comunidad.

En este caso nuevamente el Estado y el aparataje penal actúan fehacientemente aplicando instituciones ajenas a las comunidades indígenas de reciente contacto, irrespetando el principio de mínima intervención penal y ordenando la prisión preventiva de los accionantes por el supuesto delito de genocidio. La inadecuada medida cautelar de prisión preventiva aplicada a los nativos Waorani, no concluye sino hasta la audiencia de revisión de medida cautelar, pese a que en fechas ulteriores se había presentado y posteriormente rechazado un amparo de libertad y una acción de hábeas corpus.

El diálogo intercultural junto a otros mecanismos y peritajes que no se limiten a la simple intervención de un traductor o intérprete dentro del proceso y que permitan al juzgador pensar como un integrante más de la comunidad, dentro del presente caso coadyuvarían a comprender la dependencia de los waoranis con la selva y como el apartamiento de su medio natural afecta tanto su integridad física y psicológica.

Las herramientas *ut supra* y en especial cuando se trate de un pueblo de reciente contacto, brindan “elementos a la autoridad judicial para adoptar las medidas pertinentes en el caso concreto, dependiendo de los elementos comunes o disímiles que la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena tiene con respecto a la sociedad mestiza”¹⁶⁶;

¹⁶⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 112-14-JH/21*, 1.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 4.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 21.

evitando que el derecho ordinario se imponga por sobre los derechos, usos y costumbres de cada una de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

En el caso de los pueblos de reciente contacto (*como el Waorani*), la jueza o juez penal no podrá dictar la prisión preventiva sin antes haber cumplido con las siguientes actuaciones: i) *diálogo intercultural* con las autoridades indígenas; ii) *análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva* conjuntamente con las autoridades indígenas, incluyendo las razones por las cuales no se aplican las medidas alternativas; y, **iii)** carga argumentativa mayor de la justificación de la prisión preventiva, teniendo en cuenta la pertenencia de los procesados a un pueblo de reciente contacto.¹⁶⁷

El principio de interculturalidad a criterio de la Corte se manifiesta dentro del decurso del proceso penal a través del diálogo intercultural, donde las autoridades estatales están obligadas a prestar todas las facilidades del caso para que se lo realice en condiciones de igualdad y respeto; el diálogo intercultural faculta la interpolación de criterios básicos de la administración de justicia ordinaria con los de la justicia indígena, permitiendo que las autoridades estatales y las indígenas comprendan los preceptos jurídicos que cada uno usan al momento de administrar justicia.

Cuando una persona perteneciente a una comunidad indígena sea procesada dentro de un proceso penal, obligatoriamente la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva será la regla, de existir la necesidad de dictaminarse la imposición de esta medida cautelar el juzgador está obligado a motivarlo bajo los parámetros de la interpretación y diálogo intercultural. Para garantizarse la futura comparecencia del comunero al proceso, se debe transmutar la institución de la prisión preventiva en una limitación del derecho a la libertad, pero dentro su comunidad y donde “la jueza o juez de la causa penal requerirá la sujeción de la persona procesada a la vigilancia de las autoridades indígenas del pueblo al cual pertenezca el procesado”.¹⁶⁸

A mayor conservación de los usos y costumbres de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, mayor autonomía en la aplicación de su derecho propio. Consecuentemente, mayor será la obligación del Tribunal que conoce el hábeas corpus o de la o el juez de la causa penal de adoptar medidas alternativas a la prisión preventiva, que respeten la filosofía de una persona indígena y su cultura.¹⁶⁹

La Corte Constitucional señala que las autoridades jurisdiccionales estatales e indígenas, deberán interpretar en forma conjunta las normas, hechos y conductas que motivan un proceso; interpretación que deberá considerar la afección de los derechos

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 58; énfasis añadido.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, 21.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 60.

individuales del sospechoso porque pueden afectar los derechos colectivos de la colectividad indígena, para este fin se propone un diálogo intercultural bajo los siguientes términos:

Los mecanismos para desarrollar este diálogo intercultural son diversos, debiendo siempre priorizarse los más directos, tales como visitas *in situ*, audiencias, mesas de diálogo, *amicus curiae*, traducciones, peritajes con estudios de campo y otros medios que permitan la comprensión entre culturas. Sea cual fueren estos medios, lo importante es que contribuyan a un auténtico conocimiento y transformación mutua, mediante un continuo proceso de diálogo.¹⁷⁰

Respecto a la acción de hábeas corpus que se presenta a favor de los integrantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y la aplicación de sanciones o medidas cautelares privativas de libertad, estas requieren de una observancia especial a la luz de la interpretación intercultural por parte del tribunal que conoce la acción y sobre todo los jueces penales que dictan prisión preventiva a fin de garantizar una comparecencia futura al proceso del sospechoso.

Bajo ningún caso se ordenará la prisión preventiva en contra de algún miembro de un pueblo en aislamiento voluntario, pues es contrario al principio constitucional de no contacto; en el caso de pueblos de reciente contacto las circunstancias se complican y requiere de un tratamiento especial, pues no se podrá dictar medida presión preventiva sin antes observarse los siguientes criterios:

i) diálogo intercultural con las autoridades indígenas; ii) análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva conjuntamente con las autoridades indígenas, incluyendo las razones por las cuales no se aplican las medidas alternativas; y, iii) carga argumentativa mayor de la justificación de la prisión preventiva, teniendo en cuenta la pertenencia de los procesados a un pueblo de reciente contacto.¹⁷¹

El aporte significativo de esta sentencia es la expedición de la *Resolución 053-2023* del Pleno del Consejo de la Judicatura, en la cual se expide tanto un “Protocolo para la aplicación del diálogo intercultural en la función judicial” y una tan necesaria “Guía para la Coordinación y Cooperación entre autoridades de la justicia indígena y justicia ordinaria en procesos interjurisdiccionales”. Ambos elementos se constituyen en enormes aportes jurídicos que permiten apreciar y aplicar la justicia restaurativa indígena en el territorio ecuatoriano.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 9; énfasis añadido.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 58.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

El Estado ecuatoriano a través de su facultad sancionatoria o *ius puniendi* ha implementado todo un aparataje de represión para sancionar a quienes se encuentran en conflicto con la ley penal, aparataje de represión que abusa excesivamente de la aplicación de penas y medidas privativas de libertad. Si al uso excesivo del sistema carcelario se suma el descuido de su infraestructura y la corrupción imperante en su interior, tenemos el caldo de cultivo perfecto para que el procesado perfeccione sus técnicas delictivas en lugar de rehabilitarse.

A pesar de los evidentes problemas que aquejaban al sistema carcelario ecuatoriano, las principales funciones del Estado lo han descuidado de tal manera que en la actualidad se ha desatado una crisis carcelaria sin precedentes y de gran conmoción al interior del país. A pesar que la justicia indígena se constituye en una alternativa local para combatir la problemática global de la criminalidad, su uso ha sido cuestionado, criminalizado o simplemente relegado a la sanción de delitos de bagatela; donde el Estado ejerce el monopolio para sancionar delitos gravosos a través de su ya saturado y mediocre sistema de justicia.

Desde la academia e incluso en la práctica, los abogados defensores particulares y públicos han ignorado el verdadero poderío jurídico que detentan los preceptos restaurativos de justicia indígena; su estudio queda relegado a un segundo plano a pesar que la defensa de personas indígenas en conflicto con la ley penal requiere de un conocimiento especializado acorde a los principios de interpretación y diálogo intercultural que, permiten apreciar los beneficios restaurativos de la justicia indígena.

La observancia de los principios de interpretación y diálogo intercultural no es exclusiva de jueces y fiscales penales, su observancia se extiende necesariamente hacia los profesionales públicos o en el libre ejercicio de la profesión. El abogado defensor que se inmiscuye dentro del pensamiento comunitario indígena está en la capacidad de encontrar hasta el más mínimo vicio que invalide todo lo actuado dentro del proceso y le permite plantear estrategias que procuren la defensa del procesado en libertad.

Al momento que el juez o tribunal penal considere la imposición de penas y medidas privativas de libertad para una persona indígena, a más de cumplir con los

requerimientos de la interpretación y diálogo intercultural se debe considerar el grado de contacto del individuo y el de su comunidad con otras culturas. Esta delicada labor se lo realiza a través de pericias antropológicas y la intervención de traductores e intérpretes, que permita una adecuada clasificación de los pueblos en razón de su grado de integración a la sociedad en general y que permita comprender el impacto de la aplicación de sanciones privativas de libertad a grupos étnicos indígenas.

La justicia indígena y la justicia restaurativa siguen caminos entrelazados conceptual y dogmáticamente; ambas se constituyen en alternativas al clásico proceso penal y la justicia penal de orden retributiva tiene mucho que aprender de ellas. El principal aporte de estas formas restaurativas alternas al clásico proceso penal ordinario se materializa en el no requerimiento de limitar la libertad individual del sujeto conflictivo para enderezar la conducta desviada; la justicia indígena apegada a la autocomposición del conflicto se inclina por la aplicación de sus sanciones propias en lugar de recurrir a la cárcel.

Es de aclarar que el ritual de purificación aplicado u ordenado por las autoridades indígenas, por ningún medio debe ser confundido con algún tipo de linchamiento o venganza privada. Las atroces prácticas de linchamiento son ejercidas por cualquier persona sin importar su grupo étnico, quienes en su afán de cobrar venganza se toman la justicia por su propia mano; muy al contrario, el ritual de purificación es una práctica ancestral de justicia ejercida por personas dotadas de potestad jurisdiccional y se encuentra regulada bajo la venia de la Constitución, normativa jurisprudencial y normativa internacional especializada en la materia.

A pesar de la diversidad de sanciones contempladas dentro de la justicia indígena, el ritual de purificación es el que más controversias ha generado a pesar de no ser el más gravoso, debido a su carácter holístico se lleva a cabo con elementos de la naturaleza y apuesta por los poderes de restauración del organismo a través de la alineación y expulsión de las energías desbocadas; el ritual no pretende causar estragos físicos en el individuo conflictivo así como lo quieren hacer ver los medios de comunicación y ciertos profesionales, su aplicación se limita al uso exclusivo de agua helada y ciertas plantas medicinales que en conjunto pretenden escarmentar y purificar al individuo conflictivo.

Recomendaciones

La presente investigación se constituye en un estudio riguroso de los diversos sistemas y formas de justicia restaurativa existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se hace un especial énfasis en la justicia indígena y su aporte a la dogmática general. Con estos antecedentes, se establecen bases sólidas que permiten a futuros investigadores plantearse objetivos más grandes de los alcanzados y aportar significativamente a la creación de una política criminal estatal basada en justicia indígena restaurativa que permita aportar al descongestionamiento de la administración de la clásica justicia penal ordinaria.

Con una base sólida respecto a la justicia indígena y su aporte restaurativo, el siguiente paso implica la reestructuración de los *syllabus* o mallas curriculares a fin de incorporar en la formación de los futuros profesionales no solo doctrinas y corrientes jurídicas eurocéntricas sino también el estudio de sistemas de justicia alternativos. La justicia restaurativa indígena ofrece una amplia variedad de aportes jurídicos en materia penal y de los cuales la justicia retributiva penal tiene mucho que aprender; la labor de los futuros investigadores debe ceñirse en fundamentar la cooperación y coordinación entre los preceptos autocompositivos de la justicia indígena y heterocompositivos propios de la justicia penal.

Siguiendo el ejemplo de la nación estadounidense *Navajo* y de ciertos pueblos indígenas neozelandeses como el *Maori*, se puede optar por el fortalecimiento de los cabildos indígenas hasta el punto de convertirlos en auténticos juzgados que, sin la necesidad de solicitar declinación de competencia resuelvan todo tipo de conflictos internos. En esta línea de pensamiento, lo ideal sería que los jueces y el ministerio público se inhiban de conocer e investigar conflictos comunitarios internos, limitando su labor exclusivamente a aquellos casos que por su complejidad y gravedad requieran de técnicas investigativas especializadas.

El segundo paso implica comprender la evolución de la justicia indígena y cómo se va adecuando a los requerimientos actuales de las comunidades indígenas, pero sin dejar de lado su carácter consuetudinario y el predominio de la oralidad. Debido al fenómeno de la globalización se ha incrementado considerablemente el número de profesionales indígenas al servicio de la comunidad, lo cual amerita el planteamiento de nuevas máximas dentro de la administración de justicia consuetudinaria que permita preservar y aplicar los conocimientos ancestrales de administración de justicia indígena.

La justicia indígena se rige bajo parámetros de oralidad; sin embargo, hay que repensar esta oralidad y adaptarla a la nueva realidad social de las comunidades indígenas. La oralidad pura contemplada como un mecanismo de transmisión de costumbres y formas propias de administración de justicia indígena empieza a quedarse corta y propensa a la tergiversación; para su correcta transmisión, es necesario implementar de manera progresiva un sistema de seudo oralidad u oralidad mixta con predominio total de la oralidad y su característica celeridad, con la diferencia de que todo lo actuado quede registrado de manera escrita e incluso gravado dentro de las actas y registros comunales.

Bibliografía

- Aldea Moscoso, Rodolfo Alejandro. *De la autocomposición: Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1989.
<https://books.google.com.ec/books?id=ZyVWlNh91s4C&lpg=PP1&hl=es&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>.
- Amaguaña Muenala, Luis Efraín. *La justicia indígena desde sus memorias orales y saberes ancestrales*. Otavalo: Maki Creativa, 2020.
- Andrade, Analía, y Francisca Gabela. “Mediación en tiempo de Coronavirus (COVID-19)”. *Blog Universidad San Francisco de Quito*. Accedido 16 de abril de 2023.
<https://jur.usfq.edu.ec/2020/07/mediacion-en-tiempos-de-coronavirus.html>.
- Arguello Saltos, Joselito. “La mediación penal: Un análisis desde la regulación del Código Orgánico Integral Penal”. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas* 40, n.º 108 (2019): 13-36.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7726667>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”. *Paper universitario*, 28 de septiembre de 2014.
<https://www.uasb.edu.ec/papers/la-prision-como-problema-global-y-la-justicia-indigena-como-alternativa-local-id38098/>.
- Barona Vilar, Silvia. “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18, n.º 1 (2011): 185-211.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100008>.
- Barrientos Cárdenas, Ana María. “Justicia restaurativa y justicia retributiva en la jurisdicción especial para la paz”. Tesis de posgrado, Universidad de Antioquia, 2020. <https://hdl.handle.net/10495/24493>.
- Briceño Ludeña, Stefanía del Cisne, y Luis Manuel Flores Idrovo. “La aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal ecuatoriano, con atención a causas resueltas en el tribunal de garantías penales del Azuay, en los años 2020 y 2021”. *Revista científica dominio de las ciencias* 8, n.º 3 (2022): 446-67.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8635239>.
- Canto, Patricia. “Diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva”. *Diario de Mediación*. Accedido 30 de agosto de 2023.

<https://www.diariodemediacion.es/diferencias-entre-la-justicia-restaurativa-y-la-justicia-retributiva/#:~:text=En%20la%20retributiva%20se%20establece,responsabilidad%20y%20no%20de%20culpa.>

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana y Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. *Estudio comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa, como base para el diseño de reparaciones de un sistema de justicia transicional en Venezuela*. Caracas: CDH-UNIMET / CDH-UCAB, 2019. <https://www.unimet.edu.ve/wp-content/uploads/2019/11/Estudio-comparativo-Justicia-Retributiva-vs.-Restaurativa.pdf>.

Chávez Vargas, Jaime Raúl. “La justicia indígena: La reciprocidad en los delitos contra la propiedad”. Tesis de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://hdl.handle.net/10644/5415>.

Colombia Corte Constitucional del Colombia. “Sentencia”. En *Juicio n.º: T-254-94*. 30 de mayo de 1994.

Consejo de la Judicatura. *Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil*. Quito: Fundación Terre Des Hommes, s.f. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20PARA%20LA%20APLICACION%20DEL%20ENFOQUE%20RESTAURATIVO%20EN%20LA%20JUSTICIA%20JUVENIL.pdf>.

CIDH. *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*. 21 de febrero de 2022. OEA/Ser.L/V/II.

Cornelio Landero, Eglá. “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, n.º 17 (2014), 81-95. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>.

Cuenca Tovar, Ronald Edgardo. “El concepto de justicia transicional a nivel internacional y sus diferencias y semejanzas con otros modelos de justicia”. *Revista Verbum*, n.º 10 (2015): 49-62, <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/verbum/article/view/466>.

Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. *Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal*. Cartagena de Indias: Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, s.f.

<https://intercoonecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>.

Díaz Ocampo, Eduardo, y Alcides Antúnez Sánchez. “El Conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”. *Revista Temas Socio Jurídicos* 35, n.º 70 (2016): 96-117. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35496.pdf>.

Dolores Miño, María y Camila Santamaría. “Justicia indígena y castigo por mano propia: Diferencias en cuanto a su regulación y aplicación desde el derecho interno e internacional”. *Observatorio de Derechos y Justicia*. Accedido 15 agosto de 2023. <https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/Justicia-indigena.f.pdf>.

Domingo de la Fuente, Virginia. “¿Qué es la justicia restaurativa?”. *Criminología y Justicia*, n.º 4 (2012): 6-11. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4063018>.

Domingo de la Fuente, Virginia. “Aproximación a la justicia restaurativa”. *E-ciències jurídiques*, n.º 1 (2017): 1-5. <https://ddd.uab.cat/record/170964>.

Ecuador Consejo de la Judicatura. *Resolución 039-2020*. Registro Oficial 217, 4 de junio de 2020.

———. *Resolución 053-2023*. Registro Oficial 285, Suplemento, 6 de abril de 2023.

———. *Resolución 062-2020*. Registro Oficial 750, 8 de julio de 2020.

———. *Resolución No. 327-2014*. Registro Oficial 399, Segundo Suplemento, 18 de diciembre de 2014.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 112-14-JH/21*. 21 de julio de 2021.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 12-19-CN/19*. 12 de noviembre de 2019.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 50-21-CN/22 y acumulado*. 19 de octubre de 2022.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 9-15-CN/19 y acumulados*. 23 de abril de 2019.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 456-20-JP/21*. 10 de noviembre de 2021.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 5-18-CN/19*. 9 de abril de 2019.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 1494-15-EP/21*. 22 de septiembre de 2021.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 4-16-EI/21*. 15 de diciembre de 2021.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 113-14-SEP-CC*. 30 de julio de 2014.

———. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 0008-09-SAN-CC*. 09 de diciembre de 2009.

Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución n.º 02-2016*. Registro Oficial 739, Primer Suplemento, 22 de abril de 2019.

- Ecuador. *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, Suplemento, 3 de enero de 2003.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 10 de marzo de 2022.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, Tercer Suplemento, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 12 de octubre de 2020.
- Farinango Sandoval, Jenny Viviana. “Reglamento de aplicación de la justicia indígena en la parroquia La Esperanza, cantón Ibarra, provincia de Imbabura”. Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2014. <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2115>.
- Foco Rojo Blog: Centro de Psicología Aplicada. “La justicia restaurativa: origen, concepto y mecanismos alternativos de solución de conflictos”. *Foco Rojo*, 18 de septiembre de 2015. <http://focorojomx.blogspot.com/2015/09/la-justicia-restaurativa-origen.html>.
- Font, Xifré. “Abolicionismo penal”. *Huella Digital*, 7 de septiembre de 2020. <https://www.huellalegal.com/abolicionismo-penal/>.
- García Falconí, José Carlos. *Análisis jurídico teórico-práctico, sobre: Las formas de extinción del ejercicio de la acción penal y de la pena, según el Coip*. Quito: Arboleda, s.f.
- García Serrano, Fernando. “Estado del relacionamiento en Ecuador”. En *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*, coordinado por Eddie Cóndor Chuquiruna, 133-69. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009. https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1302038474.02_pt2_estado_del_relacionamiento._fernando_garcia.pdf.
- García Serrano, Fernando. “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador”. En *Cuadernos para la interculturalidad N° 4*, editado por Fundación Rosa Luxemburgo, 6-69. Quito: Defensoría Pública / Dirección Nacional de Comunidades Pueblos y Nacionalidades, 2013. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf>.

- Grijalva Jiménez, Agustín, y José Luis Exeni Rodríguez. “Coordinación entre justicias, ese desafío”. En *Cuadernos para la interculturalidad No 4*, editado por Fundación Rosa Luxemburgo, 69-143. Quito: Defensoría Pública / Dirección Nacional de Comunidades Pueblos y Nacionalidades, 2013. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf>.
- Guerrero, Andrés. “Los linchamientos en las comunidades indígenas ¿La política perversa de una modernidad marginal?”. *Ecuador Debate*, n.º 53 (2001): 197-226. <http://hdl.handle.net/10469/5019>.
- I Congreso mundial sobre justicia juvenil restaurativa. “Declaración de Lima sobre justicia juvenil restaurativa”. *Fundación Terre des hommes (Lausanne) / Fiscalía de la Nación del Perú / Pontificia Universidad Católica del Perú / Asociación Encuentros - Casa de la Juventud*. 4 de noviembre de 2019. https://tdh-latam.org/wp-content/uploads/2018/03/Declaracion_de_Lima.pdf.
- Márquez Cárdenas, Álvaro. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derechos y Valores* X, n.º 20 (2007): 201-12. <https://doi.org/10.18359/prole.2543>.
- Molina González, María del Rosario. “Justicia restaurativa en materia penal: Una aproximación”. *Letras Jurídicas: revista electrónica de derecho*, n.º 11 (2010): 1-20. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3702719>.
- Montes de Oca Vidal, Alipio. “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”. *Lumen*, n.º 9 (2013): 111-8. <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>.
- Mora Naula, Cristian. “Justicia Restaurativa”. Video de YouTube, a partir de una ponencia presentada en Conversatorios Jurídicos, 2021. https://www.youtube.com/watch?v=9K4S0c-fwiA&ab_channel=VinicioRosillo.
- Moya Vargas, Manuel Fernando, y Carlos Andrés Bernal Castro. *Los menores en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/b64b0aef-3105-494e-b18c-63a74e55e910/content>.
- OEA Asamblea General. *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 14 de junio de 2016. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).
- OEA. *Justicia juvenil y derechos humanos en las américas. Comisión interamericana de derechos humanos: Relatoría sobre los derechos de la niñez*. Washington DC:

- UNICEF / Banco Interamericano de Desarrollo / Luxemburgo / Save the Children-Suecia, 2011.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. DL-M-26132-2006.
- ONU Asamblea General. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.
- Organización internacional del Trabajo (OIT). *Convenio (N.169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 27 de junio de 1989. C169.
- Ortega Sinche, Alex Carlos, y Frankz Alberto Carrera Calderón. “La oralidad como base fundamental en los procedimientos de aplicación de la justicia indígena ecuatoriana”. *Uniandes Episteme. Revista de ciencia, tecnología e innovación* 5, n.º especial (2018): 1204-1217. <https://revista.uniandes.edu.ec/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1555>.
- Ortega, Manel. *Enfoque restaurativo en el ámbito educativo: Material para formación de personal docente y directivo*. Quito: Asociación Flamenca de Cooperación VVOB, s.f. <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/III-Modulo-Enfoque-Restaurativo-docente-directivo.pdf>.
- Ortíz Muñoz-Quirós, Celia. “Control social informal”, *Centro para el estudio y prevención de la delincuencia*. 5 mayo de 2016. <https://crimipedia.umh.es/files/2016/05/Control-social-informal.pdf>.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones Editorial, 2022.
- Pacari, Nina y Mariana Yumbay. *Derecho propio y sistema de administración de justicia kichwa*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2019.
- Pesqueira Leal, Jorge. “El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico”. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* 6, n.º 1 (2014): 156-60. <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751550013.pdf>.
- Poveda Moreno, Carlos. “Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el Proyecto de Ley Coordinación y Cooperación entre los Sistemas Jurídico Ordinario e Indígena”. En *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, editado por Carlos Espinosa Gallegos Anda y Danilo Caicedo Tapia, 473-501. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. “Ejercicio privado de la acción penal – La conciliación debe regirse por las normas del Coip (662, 663) o del Cogep”. *Corte*

Nacional de Justicia. 4 de diciembre de 2019. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/ejercicio/006.pdf.

Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. “Etapa de juicio: La conciliación en el ejercicio privado de la acción penal o contravencional no impide la suspensión condicional de la pena”. *Corte Nacional de Justicia*. 10 de diciembre de 2019. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/etapa_juicio/013.pdf.

Ríos Marín, Julián Carlos, y Olalde Altarejos Alberto José. “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”. *Revista de Mediación*, n.º 8 (2011): 10-9. <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-01.pdf>.

Román Márquez, Álvaro Francisco. *Interculturalidad, libertad y pena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editorial Nacional, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4689>.

Rubio Hernández, Herlinda Enríquez. “La prisión. Reseña histórica y conceptual”. *Ciencia Jurídica* 1, n.º 2 (2012): 9-26. <https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

Schmitz Dumont, Jean. *Manual de Prácticas Restaurativas en el ámbito educativo*. Quito: Asociación Flamenca de Cooperación al Desarrollo y Asistencia Técnica VVOB, 2019. https://ecuador.vvob.org/sites/ecuador/files/2020_ecuador_eftp_manual_practicas_restaurativas.pdf.

Trujillo Ariza, Eduardo. “Justicia Transicional en Venezuela y los DESCAs”. En *Una propuesta de justicia transicional para Venezuela*, coordinado por Miguel Mónaco y Eduardo Trujillo Ariza, 27-46. Caracas: ABediciones / CDH-UCAB / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Editorial Letra Viva, 2022. <https://ln5.sync.com/dl/7dcb811b0/rx9qicmg-u5f3a3hv-3pm9ppzm-vfix4sy4/view/doc/8256078640014>.

UNODC Asamblea General. *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*. New York: UNODC, 2006. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

Vado Grajales, Luis Octavio. “Medios alternativos de resolución de conflictos”. En *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano: Estudios de derecho público y política*, coordinado por David Cienfuegos Salgado y María Carmen Marcías Vásquez, 369-89. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma

de México, 2006. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/7nuevo.pdf>.

Vintimilla Moscoso, María Ximena. “La conciliación en el Código Orgánico Integral Penal”. Tesis de posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020. <http://hdl.handle.net/10644/7287>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012. <https://n9.cl/qps4d>.

Anexos

Anexo 1: Entrevista realizada al ex presidente de la Comunidad Carabuela y abogado en libre ejercicio Israel Willka Anrango Morales.

Cuestionario Abierto

1.- ¿Por qué es preferible la aplicación de la justicia indígena por sobre la justicia ordinaria penal en casos de personas indígenas?

De acuerdo a la identificación del ciudadano o la autoidentificación del mismo se tendría que obligatoriamente aplicar los convenios internacionales que sería el convenio 169 de la OIT, esto con el fin de que no se vulneren derechos y peor aún se violenten principios y derechos constitucionales.

2.- ¿Cuáles son los motivos por lo que la justicia indígena es confundida con prácticas de linchamiento?

Al momento de desconocer la aplicación de la justicia indígena por parte del mundo occidental, lo ven como una práctica de linchamiento. La aplicación del ritual de purificación se basa de acuerdo a las faltas cometidas por el ciudadano y con ello podemos describir cuales son los elementos que utilizamos en el mundo andino para purificar a los maleantes como: el agua, el viento, el aire, el fuego, la ortiga y una fruta dulce.

Cada uno de los elementos tienen un fin: el agua, el viento, el aire y el fuego es para purificar y subsanar; la ortiga es para quitar las malas energías y malos pensamientos; y la fruta es para que inicie un nuevo camino y de esta manera esté inmerso nuevamente en la sociedad

3.- Desde su vivencialidad como profesional en libre ejercicio y como expresidente de una comunidad indígena (Carabuela); cómo se aprecian las prácticas restaurativas dentro las principales sanciones indígenas?

Las prácticas restaurativas en la comunidad de Carabuela profundizados en las experiencias y costumbres de la justicia indígena buscan un punto de equilibrio para dar solución a los conflictos existentes; esto se lo realiza con el fin de buscar una solución al conflicto procurando el beneficio de las personas directa e indirectamente afectadas, procurando la restauración de las relaciones y reparando el tejido social afectado.

5.- ¿Bajo qué lineamientos jurídicos se puede justificar la aplicación de sanciones de administración de justicia indígena por sobre la simple privación de la libertad?

El diálogo intercultural es un eje fundamental para poder tener un lineamiento obligatorio tanto con la justicia ordinaria como con la justicia indígena con el fin de tratar la situación de una persona inmersa en un proceso penal y establecer la sanción o medio más idóneo aplicable; para esto se necesita la presencia de los siguientes expertos: perito en antropología (con el fin de verificar su situación económica, social y cultural), un experto en justicia indígena y sobre todo la participación del líder comunitario del lugar donde reside la persona beligerante.

6.- ¿En el libre ejercicio de su profesión ha considerado la aplicación de estos lineamientos y qué resultados obtuvo?

En efecto sería obligatorio aplicarlos al momento de que la persona se auto identifique como indígena y de esta manera se tendría que cumplir con estos lineamientos jurisprudenciales y normativos siempre que no afecten los derechos humanos, la Constitución y los convenios Internacionales.