UNILASALLE
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE

JANAINA BARCELOS CORRÊA

EFETIVIDADE DO DIREITO NA SOCIEDADE: AUTONOMIA OU NÃO DA JUSTIÇA INDÍGENA?

CANOAS, 2017

JANAINA BARCELOS CORRÊA

EFETIVIDADE DO DIREITO NA SOCIEDADE: AUTONOMIA OU NÃO DA JUSTIÇA INDÍGENA?

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Co-orientador: Prof. Dr. José Antunes de Miranda

CANOAS, 2017

Janaina Barcelos Corrêa

EFETIVIDADE DO DIREITO NA SOCIEDADE:

Autonomia ou não da justiça indígena?

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

Aprovada em ___ de janeiro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Dani Rudnicki – Centro Universitário Ritter dos Reis-UNIRITTER

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori – Centro Universitário La Salle - UNILA-SALLE

Prof. Dr. José Antunes de Miranda – Centro Universitário La Salle - UNILASALLE

AGRADECIMENTOS

A Deus, por esta vitória.

Ao meu orientador, Sérgio Cademartori, pelos ensinamentos, pela confiança que depositou em mim e pelas palavras de apoio que foram fundamentais para que eu chegasse até aqui.

Ao meu co-orientador, José Antunes de Miranda, pela paciência e dedicação desde o projeto de dissertação até a sua conclusão.

Aos colegas do Mestrado pela troca de conhecimentos e incentivo.

Aos meus primos, irmãos de coração, Marco Capitani e Carlo Jefferson Corrêa por terem assumido auxílio material e moral à minha família para que eu pudesse continuar a estudar.

Aos clientes do escritório de advocacia, que possibilitaram os recursos materiais e, também, entenderam meu tempo compartilhado.

Ao meu filho João Marcelo, por ter sido paciente e pela frase diária: “mãe, você tem que mostrar que você consegue”.

RESUMO

O objetivo principal desta dissertação é verificar se há ou não autonomia da justiça indígena perante a justiça estatal do Equador, após o reconhecimento da plurinacionalidade pela Constituição de 2008. Para consecução do objetivo, foi analisado o conteúdo das decisões proferidas pela Corte Constitucional do Equador que trataram do tema, como o célebre Caso La Cocha. O referencial teórico traz conceitos vinculados ao enfoque da plurinacionalidade e aborda, também, as mudanças constitucionais na América Latina, que se traduzem no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Por último, foi realizado uma discussão sobre os direitos humanos e a justiça indígena. Em relação às decisões analisadas, concluiu-se haver algum direcionamento no sentido de uma autonomia da justiça indígena em meio a indicativos que demonstram uma posição de inferioridade perante a justiça estatal.

Palavras-chave: Autonomia. Justiça indígena. Direitos humanos. Plurinacionalidade. Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

ABSTRACT

The main objective is to verify whether or not there is autonomy of the indigenous justice before the State justice in Ecuador, after the recognition of plurinationality by the Constitution of 2008. In order to attain the objective, the contents of the decisions made by the Constitutional Court of Ecuador dealing with the Such as the famous La Cocha Case. The theoretical referential brings concepts linked to the cultural diversity approach and also addresses the constitutional changes in Latin America, which were translated into the New Latin American Constitutionalism. Finally, we have brought a debate on human rights and indigenous justice. In relation to the decisions analyzed, it was verified that there are points that point towards an autonomy and others that demonstrate a position of inferiority of the indigenous justice before the State justice.

Keywords: Indigenous justice. Human rights. Plurinationality. New Latin American Constitutionalism.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Instrumentos internacionais sobre indígenas 23

Quadro 2 – Conteúdos reconhecidos aos povos indígenas na Constituição do Equador.....28

Quadro 3 – Resumo dos três ciclos de reformas constitucionais 30

Quadro 4 – Elementos formais e materiais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano 40

Quadro 5 – Funcionamento da justiça indígena 47

Quadro 6 – Diferenças entre a justiça indígena e a justiça estatal 52

Quadro 7 – Pontos relevantes sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos .69

Quadro 8 – Organização e funcionamento da Corte Constitucional do Equador 71

Quadro 9 – Decisões da Corte Constitucional do Equador 73

LISTA DE SIGLAS

AP	Alianza Pais
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CONAIE	Confederação Nacional das Nações Indígenas
MUPP	Movimento de Unidade Plurinacional Pachakutik
NCL	Novo Constitucionalismo Latino-Americano
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
NCL	Novo Constitucionalismo Latino-Americano
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11
2 O CAMINHO DA PLURINACIONALIDADE NO EQUADOR 12
2.1 Os movimentos indígenas no Equador e a demanda pela autonomia 13
2.2 O multiculturalismo 17
2.3 A interculturalidade 18
2.4 O pluralismo jurídico 20
2.5 O pensamento decolonial e giro decolonial 21
2.6 Os três ciclos do Constitucionalismo Pluralista 22
2.6.1 O ciclo do constitucionalismo multiculturalista 24
2.6.2 O ciclo do constitucionalismo pluricultural 25
2.6.3 O ciclo do constitucionalismo plurinacional 27
2.7 Plurinacionalidade: conceitos e reflexões 32
3 A JUSTIÇA INDÍGENA NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO (LATINO-AMERICANO) 36
3.1 Breve resenha do Novo Constitucionalismo Latino-Americano 37
3.2 Funcionamento da Justiça Indígena 46
3.2.1 A justiça indígena na Constituição do Equador de 2008: coordenação ou subordinação perante a justiça comum 52
3.2.2 A possibilidade de cooperação: a ecologia dos saberes 55
3.2.3 A justiça indígena sob a ótica dos direitos humanos 57
3.2.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e as medidas a respeito do caso Waorani (sentença 004-14-SCN-CC, CASO 0072-14CN) 66
3.3 Corte Constitucional do Equador 71
4 OS CASOS LA COCHA E WAORANI: APRESENTAÇÃO DAS DECISÕES ..73
4.1 Caso La Cocha: sentença 113-14-SEP-CC, caso 0731-10-EP 75
4.2 Caso Waorani: sentença 004-14-SCN-CC, caso 0072-14CN 96
4.3 Decisões da Corte Nacional de Justiça sobre a autonomia da justiça indígena: 109
4.3.1 Sentença 0248-2010-2SP : 110
4.3.2 Sentença 153-2013: 111
4.3.3 Sentença 0025-2010-2SP 114
4.4 Comparações entre as decisões judiciais: 117
6 CONCLUSÃO 118
REFERÊNCIAS 121

ANEXO A **128**
ANEXO B **142**
ANEXO C **178**
ANEXO D **212**
ANEXO E **221**
ANEXO F **245**

1 INTRODUÇÃO

As novas constituições latino-americanas trouxeram inovações em matéria indígena, com ampliação dos seus direitos e o reconhecimento da Plurinacionalidade na Bolívia, em 2009, e no Equador, 2008. A plurinacionalidade surgiu como uma reinvindicação dos movimentos indígenas por autonomia, principalmente, jurídica. Assim, a plurinacionalidade não cria a jurisdição indígena, que já existia, mas passa a romper com a visão de uma justiça única, a estatal.

Atualmente, se reconhece que o direito está fragmentado e o Estado não tem mais o seu monopólio. Além da fragmentação, há uma grande preocupação com o direito em relação a seu impacto na sociedade. O debate sobre a autonomia da justiça indígena, tanto possibilita uma discussão sobre a fragmentação do direito, como possibilita que se discuta a efetividade dos direitos previstos nas novas constituições latino-americanas. A escolha pelo Equador foi pessoal, decorrente do interesse desta pesquisadora pelos debates da doutrina referente ao caso La Cocha e Waorani.

O objetivo geral é identificar por meio das decisões judiciais se há ou não autonomia da justiça perante a justiça estatal. Os objetivos específicos são: debater a autonomia da justiça indígena dentro do enfoque da plurinacionaliade, apresentar a justiça indígena dentro do movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e debater seus limites em relação aos direitos humanos e analisar as decisões judiciais que tratam do tema.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica descritiva, com caráter interdisciplinar, recorrendo-se a obras não só da área jurídica, mas também, da sociologia e da história. Realizou-se também pesquisa documental, em leis, convenções internacionais e decisões judiciais.

A questão da autonomia da justiça indígena está inserida dentro da temática cultural, mas, também, tem aspectos jurídicos. A opção foi pela divisão do trabalho em três partes: a primeira trata das questões culturais, a segunda, traz o enfoque jurídico e a terceira apresenta as decisões que serão analisadas.

O primeiro capítulo traz os conceitos culturais que estão inseridos dentro do conceito de plurinacionalidade ou a ela relacionados, como o multiculturalismo

e a interculturalidade. Também, aborda o caminho percorrido pelos movimentos indígenas até que fosse reconhecida a plurinacionalidade.

No segundo capítulo, temos o enfoque jurídico trazendo as mudanças das novas Constituições Latino-americanas. Sob o aspecto jurídico, enfocamos as diferenças entre a justiça indígena e a justiça estatal, discutimos as dificuldades da autonomia e debatemos os limites da justiça indígena em relação às normas internacionais sobre os direitos humanos.

O terceiro capítulo analisa as decisões. A pesquisa jurisprudencial foi feita a estabelecendo que o marco temporal seria a promulgação da Constituição de 2008. Em razão do pequeno número de decisões encontradas, optou-se por uma pesquisa qualitativa, onde foram analisados dois casos: O caso Waorani e La Cocha. Ambos, os casos tiverem repercussão tanto na imprensa do Equador como na doutrina. A partir da seleção, foi feita a análise do conteúdo das decisões, desde o relatório da sentença, alegações da Defensoria Pública, do Ministério Público, dos advogados, do autor da ação e da exposição de motivos da Corte. Toda a análise foi realizada a partir da revisão bibliográfica trazida nos dois primeiros capítulos e em artigos jurídicos que comentaram os referidos casos.

Posteriormente, verificou-se a necessidade de ampliação da pesquisa e foram analisadas as decisões da Corte Nacional de Justiça.

Por fim, a conclusão retoma o problema da pesquisa pretendendo fornecer uma resposta ao problema de pesquisa a partir da revisão bibliográfica.

2 O CAMINHO DA PLURINACIONALIDADE NO EQUADOR

O presente capítulo versa sobre a plurinacionalidade no Equador desde os seus antecedentes até seu reconhecimento. Para fins de esclarecer o conceito de plurinacionalidade, foram considerados os conceitos de multiculturalidade, interculturalidade, pluralismo jurídico, pensamento decolonial e giro decolonial. A autonomia da justiça indígena está inserida no tema da plurinacionalidade e, também, nas reformas constitucionais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano abordadas no segundo capítulo.

2.1 Os movimentos indígenas no Equador e a demanda pela autonomia

Antes da análise dos movimentos indígenas, importante fazer referência à colonização na América Latina. Os indíos foram os primeiros habitantes desse continente, porém para possibilitar a colonização, muitos indígenas foram mortos ou escravizados e suas terras foram invadidas pelos colonizadores. A morte dos indígenas era a única forma que os colonizadores enxergavam como possível para que a colonização tivesse êxito no continente latino-americano (CONDORI, 2015, p. 451-452).

Posteriormente, no começo do século XX, os criollos[1], para resolver o problema da existência ainda da população indígena e com intenção de formação do Estado Nação, criaram uma nova política: o indigenismo. Essa política pregava a homogeinização cultural, a integração dos índios e a reforma agrária para evitar a marginalização e a pobreza extrema (CONDORI, 2015, p. 452).

Décadas mais tarde, marcando o início de sua crise, o indigenismo foi qualificado por antropólogos e líderes indigenistas como etnocídio [2] .Os movimentos indígenas surgiram por volta de 1970 como reação a essas políticas de assimilação e integração indígena (CONDORI, 2015, p. 453).

O Equador, país objeto do presente estudo, possui uma importante parcela de população indígena[3], embora em outros países latino-americanos, como a Bolívia, o percentual ainda seja maior. O Equador e a Bolívia foram os únicos países que reconheceram a demanda dos movimentos indígenas e que adotaram a plurinacionalidade[4] (CLAVERO, 2012, p.113-114). Porém, como já relatado e justificado na introdução, optou-se pela escolha do Equador.

O país reconhece a existência de mais de dez nacionalidades e, aproximadamente, 14 povos indígenas originários. Há três grandes regiões: a amazônica, a serra e a costa, onde se fixaram indígenas de diversas

---

[1]Brancos nascidos na América e descendentes dos espanhóis.

[2] O etnocídio é o extermínio dos traços culturais de um povo, que pode configurar sua extinção, grupo humano e foi praticado, principalmente, contra os indígenas (VIEIRA, 2011, p.44)

[3]7% da população Equatoriana é indígena, segundo ultimo censo, 2010, produzido pelo INEC (Instituto Nacional de Estatística e Censos) do Equador. Fonte: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>, acesso em 04 fev. 2016.

[4]A Constituição da Bolívia de 2009 e a do Equador de 2008 reconheceram a plurinacionalidade (CLAVERO, 2015).

nacionalidades (MENON, 2013, p.2).

Em relação aos movimentos indígenas, pela análise da obra da antropóloga Ana Maria Larrea Maldonado (2004, p.68), verifica-se que não havia um movimento indígena uno. O que ocorreu foi o surgimento de organizações que reuniam as nacionalidades de cada região. Em 1972, surge a ECUARUNARI (Confederação de Povos de Nacionalidade Kichwa do Equador) na serra. Posteriormente, em 1980, a CONFENAIE (Confederação de Nacionalidades Indígenas da Amazônia Equatoriana) na região amazônica.

Porém, ainda no ano de 1980, surge a primeira organização com a intenção de unificação das nacionalidades indígenas: O CONACNIE (Conselho Nacional de Coordenação de Nacionalidades Indígenas). Este conselho foi criado com o objetivo de promover a consolidação dos povos indígenas. Posteriormente, em Quito, criou-se uma organização que reuniu as comunidades, centros, federações e confederações de povos indígenas: a CONAIE (Confederação das Nacionalidades Indígenas do Equador)[5] .

Conforme foi analisado a partir da obra de Menon(2013) e Maldonado(2004), houve a unificação nas nacionalidades indígenas e das confederações das regiões para que os movimentos indígenas ganhassem força, principalmente com o objetivo do reconhecimento da plurinacionalidade.

Porém, os movimentos indígenas só ganharam força nos anos 80, quando os movimentos sindicais passaram a perder espaço por pressão de políticas liberais. Assim o vácuo que foi deixado pelos movimentos sindicais abre espaço para o crescimento dos movimentos indígenas (MENON, 2013, p.2).

Nesse sentido, os movimentos indígenas passaram a ter maior participação no cenário político equatoriano e começaram a questionar o sistema de partidos, principalmente, após a crise econômica dos anos 90. O principal questionamento era em relação à falta de participação dos indígenas e a corrupção dentro dos partidos (MALDONADO, p. 70).

Em 1994, o governo do presidente Sixto Durán Ballén, propôs a criação de uma nova lei de desenvolvimento agrário, que ameaçava retirar dos índios as terras comunitárias. A intenção da lei era possibilitar a expansão das fronteiras agrícolas com intuito de se enquadrar nos moldes internacionais, sobretudo no

[5]Informações extraídas do site da CONAIE. Fonte: < www.conaie.org>, acesso em 4 fev. 2016.

Consenso de Washington. Tal projeto causou mobilização nas comunidades indígena e causou uma revolta. Essa mobilização impediu a promulgação da lei e os movimentos indígenas passaram a uma politica de enfrentamento com o Estado, abandonando a ideia de integração dentro da estrutura estatal(MENON, 2013, p.4).

Posteriormente, com o intuito de concorrer e fazer oposição aos demais partidos políticos, é criado o partido político Movimento de Unidade Plurinacional Pachakutik-Novo País (MUPP-NP)[6]. O partido participou das eleições de 1996 e alcançou 8% dos votos válidos para o parlamento e o controle político de alguns governos locais. O objetivo principal do partido era a criação de um estado plurinacional e a convocação de uma assembleia constituinte. Assim, em 1998, uma assembleia constituinte foi convocada e uma nova constituição elaborada. Essa constituição frustou a expectativa dos movimentos indígenas que queriam o reconhecimento da plurinacionalidade, mas ampliou direitos coletivos dos povos indígenas (MENON, 2013, p.4).

Em 1999, a crise financeira abateu-se, novamente, sobre o Equador e o governo do então presidente Muhad resolveu radicalizar adotando um voraz pacote de ajuste econômico recomendado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Com a crise, os preços passaram a subir, a dívida externa tornou-se impagável e a população diminuía seu poder de compra. Já no ano 2000, a moeda equatoriana, o sucre, foi substituída pelo dólar-norte-americano e a dolarização arrasou as classes menos favorecidas, enquanto os mais ricos levaram vantagem com depósitos em moeda estrangeira (MENON, 2013, p.4).

Em face de toda a crise e para impedir a política de “arrocho” dos pobres, três revoltas indígenas eclodiram e depuseram o presidente Muhad, assumindo o vice, Gustavo Noboa.

Noboa apenas mudou a agenda econômica passando da agenda do FMI para o paradigma do Banco Mundial. Ele implementou uma política de estabilidade financeira sustentada pela dolarização da economia, arrocho nos salários e nas contas públicas e uma política agressiva de privatização da estrutura viária, serviços e de exploração das riquezas naturais. Além das mudanças na economia, o governo tentou impedir os movimentos indígenas,

[6]O Partido Pachakutik foi criado em 1996 (MENON, 2013, p.4).

criando projetos governamentais de assimilação de negros e índios. (MENON, 2013, p.4).

Em 2002, o então presidente Gutiérrez tentou desmantelar os movimentos indígenas, fomentando disputas internas e oferecendo dinheiro para quem apoiasse o governo. Decorrente desses problemas políticos, alguns líderes indígenas foram mortos e outros sofreram perseguição. Assim, o partido Pachakutik, que foi aliado do governo, retirou seu apoio e a CONAIE entrou em crise. Por esses motivos, começou uma divisão nos movimentos indígenas (MENON, 2013, p.6-7).

Posteriormente houve uma campanha de mobilização da população com o lema "Que se vayan todos". Dessa vez não foram os indígenas, mas a classe média e os jovens que articularam os protestos, denominados jornadas de abril de 2005. Como consequência, foi deposto Gutiérrez e assumiu Palácio (MENON, 2013, p.6-7).

Em 15 de outubro de 2006, foram realizadas as eleições para o Legislativo e o Executivo objetivando substituir Palácio. Nesse processo eleitoral concorreram 13(treze) candidatos representando os diversos partidos e movimentos políticos, entre eles o candidato do partido Alianza País (AP), Rafael Correa, que utilizou como eixo central de seu discurso eleitoral a reforma política que seria feita por meio da elaboração de uma nova Constituição. O candidato Correa ganhou as eleições e assumiu a Presidência. Para revitalizar sua base de apoio, aliou-se aos anseios das revoltas populares e às políticas adotadas pelos presidentes da Venezuela e da Bolívia. Assim, como fruto da mobilização social e da necessidade de promover reformas nas estruturas do Estado, a sociedade equatoriana foi convocada para uma Assembleia Constituinte que resultou na promulgação de uma nova constituição[7] (MENON, 2013, p.7-9).

A nova constituição atendeu a demanda dos movimentos indígenas, declarando o Equador como um Estado Plurinacional. O texto do artigo 1 da Constituição do Equador de 2008 estabelece que o Equador é um estado Plurinacional e intercultural:

> Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de

[7]A nova constituição do Equador, que é a atual, foi aprovada, em 2008, com 63,97% de votos a favor no plebiscito de sua efetivação e consagrou a plurinacionalidade, entre outros direitos criados (MENON, 2013).

> manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible."

2.2 O multiculturalismo

Em primeiro lugar, passamos ao conceito do termo cultura:

> A ideia de cultura, em um dos seus usos mais comuns, está associada a um dos campos do saber institucionalizados no ocidente, as humanidades. Definida como repositório do que melhor foi pensado e produzido pela humanidade, a cultura, neste sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a específica de histórica dos objetos que classificam. O cânone é a expressão por excelência desta concepção de cultura, estabelecendo os critérios de seleção e as listas de objetos especialmente valorizados como patrimônio cultural universal, em áreas como a literatura, as artes, a música, a filosofia, a religião ou as ciências. Uma outra concepção, que coexiste com a anterior, reconhece a pluralidade de culturas, definindo-as como totalidades complexas que se confundem com as sociedades, permitindo caracterizar modos de vida baseados em condições materiais e simbólicas (SANTOS, 2003, p. 27).

Antes da interculturalidade e da plurinacionalidade, associada á temática da diversidade cultural surgiu a expressão multiculturalismo.

O multiculturalismo designa originalmente a coexistência de formas ou grupos de culturas diferentes na sociedade moderna e generalizou-se de modo a designar as diferenças culturais num contexto transnacional e global (SANTOS, 2003, p.26).

Há várias críticas sobre o uso desse termo. A primeira seria de que se trata de um conceito eurocêntrico. A segunda crítica consiste na associação do termo ao capitalismo multinacional ou global e ao racismo. A terceira é que seria um termo descritivo e apolítico (SANTOS, 2003, p. 30-31). O que se conclui é ser o multiculturalismo uma expressão que pode associar-se a projetos emancipatórios[8] ou contra-hegemônicos, ou, ainda, a modos de regulação dentro do exercício da hegemonia dos Estados-Nações (SANTOS, 2003, p.33).

Segundo Taylor(1997, p.25), as políticas multiculturais representam uma

---

[8]A versão emancipatória do termo é baseada no direito à diferença ou a construção de uma vida comum além das diferenças de vários tipos (SANTOS, 2003, p.33).

demanda por reconhecimento de minorias ou grupos subalternos. Já Assies (2005, p.3) entende que há dois tipos de multiculturalismo: o manejado e o transformador. O primeiro celebra o pluralismo cultural, mas não se traduz em efeitos concretos. O segundo efetua uma real distribuição do poder e dos recursos. Assim, o manejado viria de cima para baixo e o transformador de baixo para cima.

2.3 A interculturalidade

Com relação à interculturalidade, ela se inscreve dentro de um esforço, principalmente da América Latina a partir dos anos noventa, de reconhecer as diversidades étnico-culturais, promovendo reconhecimentos jurídicos e relações positivas entre esses grupos culturais (WALSH, 2009, p.2).

O termo é usado numa variedade de contextos, porém podemos sintetizar três perspectivas: a relacional, a funcional e a crítica (WALSH, 2009, p. 2-4).

A relacional é a mais elementar, referindo-se ao intercâmbio em condições de igualdade ou desigualdade de pessoas, saberes e tradições culturais diferentes. Nessa perspectiva, a interculturalidade sempre existiu na América Latina pelo contato entre povos indígenas e afrodescendentes. O problema dessa perspectiva é que ela oculta os contextos de poder, a dominação e a colonialidade. Além disso, é vista de um ponto de vista individual, deixando de lado as estruturas sociais, políticas, econômicas e, também, epistêmicas, que posicionam a diferença cultural em superioridade e inferioridade. Por isso, a perspectiva relacional deve ser ampliada com as demais perspectivas para dar sentido ao conceito de interculturalidade dentro da conjuntura atual, evidenciando intenções políticas e sociais (WALSH, 2009, p. 3).

A perspectiva funcional é aquela em que o reconhecimento da diversidade cultural ocorre dentro de uma estrutura social já estabelecida, ou seja, dentro da lógica capitalista de expansão do liberalismo. O reconhecimento e respeito da diversidade cultural representa uma estratégia de dominação e controle do conflito étnico e não uma criação de uma sociedade mais igual. É representada pelas reformas constitucionais dos anos noventa que reconheceram o caráter multiétnico e plurilinguístico dos países e introduziram políticas para os indígenas

e afrodescendentes (WALSH, 2009, p.3).

Dentro de uma perspectiva funcional, poderíamos pensar naquela que pretende reduzir conflitos étnicos e incrementar a eficiência econômica da atividade estatal em uma ordem não só nacional, mas regional e global. É, na realidade, uma estratégia política funcional para o sistema-mundo moderno e, ainda, com a visão colonial de inclusão dos excluídos dentro de um modelo globalizado de sociedade regido não pelo povo, mas pelos interesses de mercado. Não há a intenção de transformar as estruturas sociais estabelecidas, mas de administrar a diversidade para evitar o perigo de radicalização. Alguns exemplos destas políticas étnicas são a do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) [9] e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)[10] (WALSH, 2010, p.7-8).

A terceira perspectiva, a crítica, surgiu do debate dos movimentos sociais (WALSH, 2009, p.12). Ela difere das demais, pois reconhece as diferenças na sociedade e as justifica em uma estrutura-colonial-racial que foi estabelecida pelos colonizadores. Essa estrutura deixou os índios em situação de inferioridade em relação aos brancos. Para reverter essa situação, busca uma mudança de baixo para cima, com modificação de estruturas, instituições e relações sociais. Em resumo, é uma proposta de criação de uma nova sociedade partindo de todos independente de etnia. È um projeto que vai além do prisma social, incluindo o político, epistêmico e ético e que visa uma real transformação social e sócio histórica (WALSH, 2009, p.4).

Uma verdadeira interculturalidade não pode ser construída sem a participação dos indivíduos e dos grupos sociais. O projeto de interculturalidade pode ser afetado pela desigualdade entre os indivíduos, pois não há como se ter um diálogo entre pessoas desiguais. Uma nova cultura comum e um diálogo equilibrado só poderão ocorrer se houver o nivelamento das condições materiais dos diferentes setores da sociedade (PIQUERAS, 2011, p.38).

---

[9]O Banco Interamericano de Desenvolvimento é o principal fornecedor de financiamentos para o desenvolvimento da América Latina e do Caribe. Fonte: <http://www.iadb.org/pt/bid-financas/investidores/investidores,1977.html>, acesso em 11 jan. 2017.

[10]O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é a agência líder da rede global de desenvolvimento da ONU e trabalha principalmente pelo combate à pobreza e pelo Desenvolvimento Humano. Fonte: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnud/> , acesso em 11 jan. de 2017.

Em um primeiro momento, no Equador, a interculturalidade surge na perspectiva funcional inserida no aparato estatal, mesmo que os movimentos indígenas demandassem uma perspectiva crítica desde o inicio. Em 1998, foi promulgada a Constituição que assumiu a responsabilidade de promover a interculturalidade, porém fazendo-o de forma discursiva informando 15(quinze) direitos dos indígenas e dos povos afroequatorianos (WALSH, sem data, p.4).

Como já referido, os movimentos indígenas defenderam uma perspectiva crítica da interculturalidade desde o início, com intenção contra hegemônica. Primeiro, o foco foi à mudança no sistema de educação e, posteriormente, o objetivo foi que fosse reconhecida a plurinacionalidade no país. (WALSH, sem data, p. 3).

O reconhecimento da interculturalidade foi um importante passo em direção à plurinacionalidade, pois a colocou em evidência e no centro dos debates. O que mais tarde ajudou que fosse acolhido o Projeto da Plurinacionalidade(WALSH, sem data, p.4).

O projeto de plurinacionalidade acolhe a perspectiva crítica da interculturalidade, modificando estruturas e instituições estatais para a criação de uma sociedade em que todos os povos sejam reconhecidos de forma equilibrada, ou seja, sem uma etnia se sobrepondo à outra (WALSH, sem data, p. 3).

Walsh (sem data, p. 21) concluiu que, embora seja difícil um projeto de interculturalidade em âmbito nacional, como é o caso do Equador, ele está em desenvolvimento no País devido ao esforço dos atores indígenas e afroequatorianos.

Em relação às perspectivas da interculturalidade, observou-se que a funcional é integracionista, ou seja, pretende a integração dos povos indígenas dentro da cultura hegemônica. Já a perspectiva crítica, diverge da funcional, pois pretende não a integração dos povos indígenas na sociedade, mas a criação de uma sociedade para todos.

2.4 O pluralismo jurídico

Atualmente, o Direito passa por um processo de fragmentação em que

não há mais monopólio do Estado sobre a produção jurídica. As normas são elaboradas a partir de diversos centros de decisão acima, abaixo, além ou à margem do Estado (ARNAUD, 2007, p.1)

Em análise aos ensinamentos de Arnaud (2007) podemos entender que o Estado compartilha seu poder de dizer o Direito com outras instâncias normativas. A sociedade civil, os organismos internacionais, as empresas multinacionais são os exemplos apontados pelo referido autor.

O pluralismo jurídico consiste numa multiplicidade de práticas jurídicas, oficiais ou não, que convivem na sociedade e se justifica por necessidades culturais, materiais e existenciais diversas (WOLKMER, 2001, p.219).

Na América Latina, o pluralismo surgiu para suprir uma lacuna deixada pelo Estado. Esta lacuna surge da desigualdade social, que faz com que parte da sociedade não seja representada pelo Direito por configurar um sistema que é hegemônico e elitista. Essa parcela social passou a criar normas paralelas para atender as suas necessidades. (FERREIRA; PAVI; CAOVILLA, 2015, p.15)

Em relação ao direito consuetudinário e à justiça indígena, mesmo antes do reconhecimento estatal, eles existiram na sociedade produzindo normatividade e trazendo a justiça para os povos indígenas[11]. Como decorrência da existência de uma situação de fato, acabou ocorrendo um progressivo reconhecimento legal da autonomia jurídica dos povos indígenas e da jurisdição indígena, tanto no plano internacional como interno[12].

2.5 O pensamento decolonial e giro decolonial

Outro conceito que costuma ser relacionado com a questão dos povos indígenas é a decolonialidade. O pensamento decolonial é um movimento de resistência que engloba os campos teórico, epistêmico, cultural, prático e político, e que se contrapõe à lógica da modernidade-colonialidade. Portanto, questiona a herança colonial, desde a forma como o conhecimento foi produzido e difundido na sociedade até aspectos políticos e culturais (DE ALMEIDA; DA SILVA, 2016, p.43).

---

[11]Conclusão obtida a partir da obra de SANTOS (2012, p.16).

[12]O reconhecimento da autonomia dos povos indígenas e da justiça indígena será tratado nos ítens seguintes do capítulo.

A origem desse pensamento remonta aos anos 90 nos Estados Unidos, quando um grupo de intelectuais latino-americanos e norte-americanos fundou o Grupo Latino-Americano dos Estudos Subalternos. Posteriormente, tal grupo foi desagregado por divergências teóricas (DE ALMEIDA; DA SILVA, 2016, p.46-47).

Em 1998 ocorreram os primeiros encontros que antecederam a criação da Rede Modernidade/Colonialidade [13]. Através das discussões da rede, os envolvidos no projeto começaram a fazer uma distinção entre colonialismo e colonialidade. O colonialismo é perspectiva histórica que teve fim com a independência dos países colonizados. Enquanto, a colonialidade é a lógica, ou seja, o legado do colonialismo que formou as instituições, as estruturas, o conhecimento e a mentalidade da sociedade atual (DE ALMEIDA; DA SILVA, 2016, p.47).

Já a continuidade de formas coloniais, após o fim da colonização e produzidas pelos colonizadores e pelos capitalistas, é chamada colonialidade do poder (DE ALMEIDA; DA SILVA, 2016, p.48).

Uma parte da teoria social latino-americana[14] tem reivindicado um giro decolonial: um rompimento com o ocidental-centrismo e seus reflexos no saber. Uma nova perspectiva seria criada a partir dos subalternos, dos colonizados (AGUIAR, 2016, p.174).

Esse movimento em torno de um giro decolonial abre espaços para debater questões como autonomia, descolonização e plurinacionalidade, visando romper com a dependência intelectual europeia (AGUIAR 2016, p.286).

A questão da autonomia da justiça indígena está ligada a essa possibilidade de rompimento com a visão colonialista de dependência dos povos indígenas, abrindo caminho para uma nova perspectiva a partir dos colonizados.

2.6 Os três ciclos do Constitucionalismo Pluralista

Conforme já referido, foi progressivo o reconhecimento do pluralismo

---

[13]A Rede Modernidade é um projeto acadêmico-político que, desde sua formulação, teve forte vinculação com os movimentos indígenas bolivianos e equatorianos sendo que alguns de seus membros eram ligados ao Forum Social Mundial (AGUIAR, 2016, p. 284).

[14]AGUIAR (2016, p. 274) refere a presença de intelectuais e militantes dessa perspectiva teórica em universidades latino-americanas e estadunidenses.

jurídico e da jurisdição indígena. A partir dos anos 80 até os dias atuais ocorreram três ciclos de reformas constitucionais na América Latina. Tal reconhecimento compreendeu não só o direito consuetudinário, mas as autoridades indígenas e as funções jurisdicionais (FAJARDO, 2015, p.35).

Para fins de entendimento dos três ciclos de reforma, necessário relacionar as convenções internacionais vigentes e os elementos relevantes, como os países signatários e as políticas que foram adotadas nos referidos instrumentos.

Quadro1-Instrumentos internacionais sobre indígenas:

Instrumento:	**Natureza:**	**Política na qual se inscreve:**	**Número de países que o tem adotado:**	**Estado ou ação pendente:**
Convenção sobre o III (data:1940).	Tratado, vinculante.	Integracionismo. -Coordenação para políticas indigenistas. -Institucionalização do indigenismo.	17 depósitos. 1 firma sem depósito. total: 18 firmas	Vigente.
Convênio 107 da OIT sobre populações indígenas (1957)	Tratado, vinculante.	-Integracionismo. -Direitos indígenas. -Estado tutelar.	-14 ratificações.	-Já não está aberto a ratificações. -Vigente, ainda, em 5 países da América Latina e Caribe
Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas (1989)	-Tratado, vinculante.	-Fim do integracionismo. -Promove controle de suas instituições próprias e participação de povos no Estado (Base de um modelo pluralista).	-14 ratificações.	-Aberto a ratificações -Requer aplicação.

Declaração da ONU sobre os direitos dos Povos Indígenas (2007)	-Declaração.	-Fim do genocídio e assimilação. -Reconhece igual dignidade de povos e livre determinação; aprofunda direitos.	-Adotada pela ONU com voto favorável de todos os países latino-americanos exceto Colômbia (abstenção)	-Não requer ratificações. -Compromisso de estados para torná-la efetivo.

Fonte:Fajardo(2009)

Em análise ao quadro acima, verifica-se que as convenções sobre direitos indígenas não são recentes. Em 1940, já havia uma convenção sobre direitos indígenas cuja política era de integração dos indígenas. Esta Convenção ainda está vigente e foi ratificada por 17(dezessete) países.

Já o Convênio 169 da OIT estabeleceu uma base pluralista e pregou o fim do integracionismo.

Porém, foi a Declaração da ONU sobre os povos indígenas que reconheceu a igualdade entre os povos, aprofundou seus direitos, estabeleceu a livre determinação dos povos e colocou fim a políticas de assimilação dos povos indígenas. Tal declaração foi adotada pela ONU com voto favorável de todos os países latino-americanos, com abstenção apenas da Colômbia. Em que pese não demandar ratificações, é um compromisso que muitos países não efetivaram, pois permaneceram no ciclo do multiculturalismo ou de constitucionalismo pluralista.

2.6.1 O ciclo do constitucionalismo multiculturalista

No período de 1982 a 1988, desenvolveu-se o primeiro ciclo de reformas constitucionais, marcado pela emergência do multiculturalismo e das novas demandas indígenas. Nesse ciclo, foi introduzido pelas constituições o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilingue da sociedade, o direito individual e coletivo à identidade cultural e alguns direitos individuais específicos.

Nessa etapa, as constituições não chegaram a fazer um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico e alguns países[15] , que não reconheciam em suas

[15]Em relação aos países que compõem este ciclo e os que adotaram ou não as reformas nas suas

constituições o pluralismo jurídico, adotavam normas secundárias ou políticas. Nessa fase, imperava a velha herança colonial e a influência do Convênio 107 da OIT. A justiça indígena era reconhecida, porém reduzida à resolução de conflitos menores entre indígenas, com competências não maiores que uma justiça de paz (FAJARDO, 2015, p.38).

2.6.2 O ciclo do constitucionalismo pluricultural

Nesse segundo ciclo de reformas, desenvolvido durante os anos noventa, as constituições afirmavam o direito coletivo à identidade e diversidade cultural, já introduzidos no primeiro ciclo, e desenvolviam o conceito de "nação multiétnica/multicultural" e "Estado Pluricultural". Assim, designando a natureza da população como multicultural e avançando numa definição de Estado Pluricultural (FAJARDO, 2015, p.38).

O pluralismo e a diversidade cultural converteram-se em princípios constitucionais e permitiram a criação de direitos indígenas e de afrodescendentes, bem como outros direitos de cunho coletivo. As constituições desse ciclo incorporaram um novo e grande catálogo de direitos indígenas em face da adoção do convênio 169. Os referidos direitos incluiam a oficialização de idiomas indígenas, educação bilíngue intercultural, direito a terras, direito de consulta dos povos indígenas e outras novas formas de participação. A novidade mais importante é que as constituições introduziram formas de pluralismo jurídico com o intuito de romper a identidade Estado-Direito e o monismo jurídico (FAJARDO, 2015, p.38-39).

O que Fajardo (2015, p.39) pontua é que houve o reconhecimento das autoridades indígenas, de suas próprias normas e procedimentos, e de seu direito consuetudinário e funções jurisdicionais e de justiça. Para a autora, começa a haver um questionamento da visão clássica de soberania e do monopólio do Estado sobre a produção do Direito. As constituições deste ciclo pluralizaram as fontes de produção legal do Direito, leis sobre administração da justiça e organização da ordem pública interna passaram a ser elaboradas sobre tetos e controle constitucional tanto por órgãos soberanos (clássicos) do Estado, quanto

---

constituições ver quadro 3.

pelas autoridades dos povos indígenas. Sem dúvida essas fórmulas não são isentas de limitações e nem sempre são introduzidas de modo orgânico e sistemático.

A adoção do multiculturalismo nos anos noventa ocorreu, paralelamente, a outras reformas em sede constitucional que eram destinadas a facilitar as políticas neoliberais no marco da globalização, como a diminuição do papel social do Estado e dos direitos sociais, a flexibilização de mercados e a abertura às transnacionais (FAJARDO, 2015, p.39).

Em algumas constituições, como a Peruana de 1993, houve, de um lado, o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado e o pluralismo jurídico e, por outro, houve a eliminação de garantias como a inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade que tinham as terras indígenas nas constituições anteriores de 1920 e 1930. Assim, na prática, possibilitou que grande número de corporações transnacionais fossem instaladas nos territórios indígenas para praticar atividades extrativas, dando lugar a novas formas de exploração territorial, o que não acontecia desde o século XIX. Conclui a autora que a adoção de políticas neoliberais acabou neutralizando os novos direitos conquistados pelos indígenas. Também houve uma inflação de direitos sem mecanismos institucionais para efetivá-los, não havendo revisão, por exemplo, do direito civil e do direito penal para dar conta das mudanças que foram incorporadas aos textos constitucionais deste ciclo (FAJARDO, 2015, p.39).

Embora, com dificuldades decorrentes do neoliberalismo, nesse cilco houve uma demanda dos movimentos indígenas pelo reconhecimento do seu direito próprio, pela expansão do discurso do multiculturalismo e pela necessidade de reformas estruturais do estado e da justiça. A expansão do discurso do multiculturalismo permitiu afirmar o valor da diversidade cultural e a necessidade de políticas públicas inclusivas que levassem em conta tal diversidade. O que favoreceu a criação de direitos coletivos para os povos indígenas(FAJARDO, 2015, p. 41).

Os movimentos indígenas, nessa etapa, começaram a demandar terras e o exercício do poder sobre seus territórios. Logo, foi inevitável, que houvesse

confrontos entre o aparato estatal e as autoridades indígenas[16] (FAJARDO, 2015, p.40).

Cumpre salientar que o desenvolvimento do Direito Internacional foi um fator importante. A Convenção 169 da OIT superou o marco integracionista do Convênio 107 da OIT, partindo para o reconhecimento das aspirações dos povos a controlar e criar suas próprias instituições, admitindo seu direito consuetudinário, inclusive com métodos de controle de delitos. Entretanto, a Convenção 169, ao mesmo tempo em que confereri autonomia ao direito consuetudinário indígena, também estabeleceu o seu limite nos direitos humanos (FAJARDO, 2015, p.40).

Conclui-se que houve uma quebra do monismo jurídico com o reconhecimento da pluriculturalidade nas constituições andinas que formaram o segundo ciclo de reformas. Os conteúdos de reconhecimento foram: (a) o poder de ter suas autoridades e instituições; (b) o poder normativo para elaborar suas próprias normas e procedimentos com base no seu direito consuetudinário; (c) o poder de administrar justiça e de exercer funções jurisdicionais, judiciais e de solução alternativa de conflitos (FAJARDO, 2015, p.42-43).

2.6.3 O ciclo do constitucionalismo plurinacional

O terceiro ciclo de reformas representa o constitucionalismo plurinacional e é formado pelos processos constituintes da Bolívia (2006-2009) e Equador (2008). Esse ciclo ocorre dentro do contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. As referidas constituições propõem uma refundação do Estado com o reconhecimento das raízes milenares dos povos indígenas e com propósito de dar fim ao colonialismo. Os povos indígenas não são considerados somente como culturas diversas, mas como nacionalidades originárias com livre determinação. O Estado Plurinacional é um pacto de povos, com vários sujeitos constituintes: sujeitos com poder de definir seu destino, autogoverno e de participar nos novos pactos do Estado. As

[16]FAJARDO(2015) não trouxe maiores considerações sobre os confrontos decorrentes da disputa por terras indígenas. Porém, no primeiro capítulo, trouxemos algumas considerações sobre os movimentos indígenas e algumas revoltas ocorridas no Equador.

constituições buscam reparar a ausência do poder constituinte indígena na fundação republicana, superando a ideia de que o indígena é incapaz, sujeito á uma tutela estatal (FAJARDO, 2015, p.46-47).

As constituições do século XXI inscrevem-se, de modo explícito, num projeto descolonizador e afirmam o princípio do pluralismo jurídico, a interculturalidade e a igual dignidade dos povos e culturas. O fundamento do pluralismo jurídico nas constituições da Bolívia e do Equador não se funda somente na diversidade cultural, mas no reconhecimento de todos os direitos dos povos indígenas. Porém, há uma tensão entre a visão descolonizadora e uma tendência neocolonial. A visão descolonizadora reconhece que os povos indígenas exercem sua jurisdição como parte de seu direito à autonomia sob o princípio da igualdade de hierarquia entre a função jurisdicional indígena e a ordinária. Já a tendência neocolonial, busca limitar a jurisdição indígena a uma forma de controle étnico, aplicada entre indígenas, para “assuntos indígenas”, sem capacidade de ser aplicada a terceiros que afetem seus bens jurídicos dentro de seus territórios (FAJARDO, 2015, p. 47-48).

Abaixo o quadro elaborado a partir da obra Fajardo (2015,p.50-53), sobre os conteúdos reconhecidos pela Constituição do Equador de 2008 em favor dos povos indígenas.

Quadro2-Conteúdos reconhecidos aos povos indígenas na Constituição do Equador:

EQUADOR
a) quanto às autoridades indígenas:
- reconhece a autonomia da justiça indígena para eleger seus representantes. Há mecanismos próprios de eleição.
- equidade das mulheres na representação e na participação nos seus próprios sistemas de autoridade.
b) quanto à justiça indígena ou ao poder de exercer funções jurisdicionais:
- reconhece a autodeterminação.
- reconhece circunscrições territoriais indígenas e afroequatorianas (artigo 257).
- instaura o controle constitucional (artigo 171).
-afirma os princípios de justiça, solidariedade, diversidade (artigo 83) e reconhece funções jurisdicionais às autoridades indígenas de acordo com seu próprio direito.

c)	**quanto aos efeitos jurídicos do direito e da jurisdição indígena:**
- as decisões devem ser respeitadas por instituições públicas e privadas.(artigo 171).	
- os casos resolvidos pela jurisdição indígena deverão ser considerados como coisa julgada para efeito de *non bis in idem*.(artigo 76, inc. 7, i)	
d)	**limites ao pluralismo igualitário e em relação aos direitos de participação e consentimento e a justiça indígena:**
- a jurisdição indígena ganhou um limite territorial, dentro do território indígena e para solução de conflitos internos.	
- controle constitucional pela Corte Constitucional do Equador sem previsão de composição plural.	

Fonte: elaborado pela própria autora

Pode-se observar que houve avanços em relação à efetividade da plurinacionalidade, como a possibilidade de eleição dos próprios representantes da justiça indígena. Porém, Fajardo (2015) faz uma crítica à limitação das competências territorial e material da justiça indígena. A territorial estabelece que ela deve ser aplicada apenas dentro do território indígena. Já a competência material, diz que ela se aplica apenas a “conflitos internos”. Na concepção da referida autora, essas limitações impostas à justiça indígena, representam uma mentalidade colonial do Estado.

A falta de uma composição plural da Corte do Equador, em comparação com a Corte da Bolívia[17], também é um dos pontos ressaltados por Fajardo (2015).

Alguns conteúdos constitucionais têm sido objeto de discussão junto à Corte Constitucional do Equador. Uma delas é sobre as sanções indígenas em relação aos direitos humanos. Outra questão recorrente é a do *non bis in idem*. No caso La Cocha[18], que será analisado no terceiro capítulo, a pena imposta pelo Direito Indígena consistiu em banho de água e urtiga e outros castigos baseados no direito consuetudinário. As sanções aplicadas foram objeto de questionamento à Corte: se constituiriam ou não afronta aos direitos humanos. No mesmo caso, os indígenas foram julgados pela justiça indígena e, posteriormente, pela comum. Em vista disso, houve uma discussão sobre a configuração ou não do *bis in idem*.

[17]Conforme FAJARDO (2015, p. 51) a Constituição da Bolívia prevê uma composição plural da Corte Constitucional Boliviana.

[18]Sentença N° 113-14-SEP-CCI,Caso N° 0731-10-EP, constante no Anexo B

No caso ocorrido na comunidade Waorani[19], que, também será objeto de análise, o debate envolveu a aplicação ou não da pena de genocídio à uma tribo indígena de recente contato.

Abaixo, um quadro resumindo os três ciclos de reformas constitucionais:

Quadro 3-Resumo dos três ciclos de reformas constitucionais:

Ciclos de reforma constitucional:	**Primeiro ciclo 1982-1988 Constitucionalismo Multicultural**	**Segundo ciclo 1989-2005 Constitucionalis-mo Pluricultural**	**Terceiro ciclo 2006-2009 Constitucionalismo Plurinacional**
Modelo de Estado:	A emergência do multiculturalismo e o direito à diversidade cultural no marco do Estado que reconhece uma sociedade multiétnica e multicultural	Da nação multicultural ao Estado Pluricultural com pluralismo jurídico interno	Projeto descolonizador do Estado Plurinacional, com pluralismo jurídico igualitário, que reconhece a livre determinação das nações indígenas ou nações originárias
Exemplo de países:	Canadá 1982, Guatemala 1985, Nicaragua 1987, Brasil 1988.	Colômbia 1991, México 1992, Paraguai 1992, Peru 1993, Bolívia 1994 e 2004, Argentina 1994, Equador 1998, Venezuela, 1999.	Bolívia 2006-2009 Equador 2008
Direito Internacional:	Ainda em vigência: -A convenção do Instituto Indigenista Interamericano. -O Convênio 107 da OIT que entra em revisão entre 1987 e 1989. -1982 Criação de grupo de trabalho sobre populações indígenas.	-adoção do Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas em 1989; -México ratificou o convênio em 1991, lhe seguindo outros países andinos.	-aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas: a)Pelo Conselho de direitos humanos em 2006; b)pela Assembléia geral em 2007.
Política Internacional:	**-Crítica ao integracionismo do Convênio 107 da OIT.** -Constituição do Grupo de Trabalho da ONU sobre povos indígenas(1982) com participação dos povos indígenas.	**-Superação do integracionismo:** -Convênio 169 reconhece as aspirações dos povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e desenvolvimento e a fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do marco dos Estados.	**-Livre determinação:** -Povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos; -Os povos indígenas tem direito à livre determinação. -Autonomia, autogoverno.
Contextos	-Países com alta	-Articulação dos	-Alta presença

[19]Sentença 004-14-SCN-CC, Caso 0072-14CN, constante no Anexo C

nacionais:	diversidade cultural e presença indígena. -Tensões internas com povos indígenas em contextos bélicos ou pós-bélicos (Nicarágua, Guatemala).	movimentos e demandas indígenas. -Adoção de políticas neoliberais: reformas estruturais do Estado, redução de direitos sociais, abertura às transnacionais.	indígena em constituintes. -Fracasso de políticas neoliberais. -Pressão para que o Estado retome proteção dos direitos sociais.
Sujeito de Direitos:	-Comunidades(Nicarágua) -Grupos étnicos, comunidades indígenas (Guatemala); -Populações (Brasil). -Canadá: povos aborígenes.	Comunidades(indí-genas campesinas, nativas, rondas campesinas); -Povos indígenas; -Povos originários (Perú).	-Comunidades. -Povos indígenas. -Nações Originárias, indígenas(Bolívia). -nacionalidades indígenas(Equador).
Eixos de reconhecimento:	Multiculturalidade(Canadá); -Direito á identidade cultural(Guatemala, Nicarágua). -Multietnicidade(Nicarágua) -Regime de autonomias(Nicarágua); -Direitos indígenas(Brasil, Guatemala).	- reafirma-se o direito à identidade e à diversidade cultural. -do direito à diversidade passa-se a definição da nação. nação/multicultural república/estado pluricultural. -Inclusão de uma lista de direitos coletivos indígenas. -Direitos de consulta e participação. -Pluralismo Jurídico.	-Estado Plurinacional. -Reconhecimento de existência plurinacional de nações/povos. indígenas e sua livre determinação. -Responsabilidade social do Estado. -Novos direitos de indivíduos, grupos, comunidades, povos, nações, nacionalidades indígenas. -Novos direitos sociais à água, ao "bem viver", seguridade alimentária; -Direitos da natureza(Equador). -Autonomias indígenas. -Instituições mistas plurinacionais e interculturais. -Se reconhece a jurisdição indígena de modo explícito.
Pluralismo Jurídico	-A constituição da Guatemala reconhece os "costumes". -Estas constituições não reconhecem o pluralismo jurídico propriamente: nem ao direito e nem a jurisdição indígena -Os países que ratificaram o Convênio 107 reconhecem	-Introdução do pluralismo jurídico interno. -Autoridade. -Direito consuetudinário. -Jurisdição especial indígena ou sistemas de justiça ou mecanismos	-Princípios do pluralismo jurídico e representação paritária de autoridades indígenas e ordinárias no sistema judicial(apenas Tribunal Constitucional da

	o direito consuetudinário indígena sem afetar programas de integração.	alternativos de justiça. Competências: -Territorial: dentro do território indígena; -Pessoal: ampla, salvo Venezuela(só entre os membros) -Material: sem limite de matéria ou quantia.	Bolívia). -Reconhecimento do Direito Indígena ou consuetudinário(transversal á Constituição); -Autoridades indígenas, dentro do regime de autonomia ou autodeterminação. -Jurisdição Indígena.

Fonte: Fajardo(2015, p. 54-55)

A partir do quadro acima, conclui-se que o Brasil foi colocado no primeiro ciclo de reformas. Apenas Bolívia e Equador reconheceram o Estado Plurinacional, embora na maioria dos países exista representação indígena e os seus governos tenham ratificado as convenções internacionais e a Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas.

2.7 Plurinacionalidade: conceitos e reflexões

Conforme Sánchez (2009, p.77-79), estados pluriétnicos ou plurinacionais são os que se configuram a partir de duas ou mais culturas nacionais ou por todas as existentes no país, deixando o Estado de personificar uma só nacionalidade, atribuindo equivalência a todas nacionalidades. Também, refere a autora que a demanda de autodeterminação dos povos indígenas geralmente não é proposta com fins de independência do Estado-nação – separatismo – mas com fins de exercer o direito à autodeterminação dentro do país em que estão inseridos. Na verdade, há uma demanda pela igualdade de direitos entre os grupos nacionais e um questionamento da estrutura do Estado-nação. Essa estrutura passaria a deixar de ter só uma identidade nacional, de modo que as diversas nacionalidades possam ter participação na vida do Estado, das instituições, dos valores, da política e da economia.

Em relação às minorias, devemos considerar sua integração ou não no capitalismo de seus países. Em estados multiculturais, como no Canadá, as minorias estão integradas na economia e a diferença ocorre em razão da língua e da herança cultural. Os conflitos nesses países ocorrem preponderantemente por

questões culturais, como a falta de liberdade e igualdade real entre as nacionalidades (SÁNCHEZ, 2009, p.80-81).

Com relação aos povos indígenas, há os que não estão integrados no intercâmbio comercial e, portanto, não estão compreendidos na formação social capitalista, e os que estão integrados. No primeiro grupo, as particularidades das identidades culturais indígenas não se reduziriam apenas as características próprias como a língua e os costumes. Já em relação ao segundo grupo, por estarem integrados na economia capitalista, o reconhecimento da diversidade étnica se reduz ao compromisso com o pluralismo linguístico e cultural (SÁNCHEZ, 2009, p.81-82).

Em análise aos apontamentos de Sánchez, conclui-se em um primeiro momento, que alguns países podem ter seus povos indígenas integrados ao capitalismo liberal de forma que não necessitem uma outra forma de estruturação do Estado, ou seja, não haveria demanda pela plurinacionalidade.

A plurinacionalidade pela presença de nações indígenas é uma proposta constitucional nova no Constitucionalismo das Américas, que, como já verificamos, está presente nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) (CLAVERO, 2014, p.113-114).

Em relação ao conceito de plurinacionalidade, são apresentados alguns de autores relevantes no cenário latino-americano.

Para Clavero (2015, p.112), a plurinacionalidade não reconhece somente a diversidade cultural da cidadania dos povos e a interculturalidade. A plurinacionalidade representa um estágio diferente e cumulativo no que diz respeito à multiculturalidade. O que Clavero quer dizer é que o conceito de plurinacionalidade, também abrange a multiculturalidade e a interculturalidade. É um passo a frente, com outros avanços que não existiam nestas duas etapas.

Uma das novidades da plurinacionalidade é o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos políticos por título próprio. Por título próprio entende-se os direitos não dependentes de tal reconhecimento pelo Estado e anteriores ao mesmo (CLAVERO, 2015, p.115).

Já Santos (2015, p.195) coloca que o constitucionalismo plurinacional constituiu uma ruptura com a visão de unidade do sistema jurídico, ou seja, que todo o Estado é de direito e que todo o direito provém do Estado. Assim, ao

reconhecer a pluralidade de ordens jurídicas, há a possibilidade de dissociar a noção de Direito e Estado como uma coisa só e reconectá-la com a vida e a cultura dos povos.

Porém, para que haja a refundação do Estado, há necessidade de um constitucionalismo de novo tipo, muito distinto do moderno: o transformador. Esse modelo vem de baixo, protagonizado pelos excluídos e seus aliados, com o objetivo de expandir o campo do político mais além do horizonte liberal, através de (a) uma institucionalidade nova (plurinacionalidade), (b) uma territorialidade nova (autonomias assimétricas), (c) uma legalidade nova (pluralismo jurídico), (d) um regime político novo (democracia intercultural) e (e) novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades). Essas mudanças, em seu conjunto, poderão garantir a realização de políticas anticapitalistas e anticoloniais (SANTOS, 2015, p.182-183).

Para Tapia (2015, p. 481), a ideia de um estado plurinacional é produto de vários processos de luta e de uma acumulação histórica que criaram as condições de possibilidade da Assembleia Constituinte e de reforma do Estado. Para a construção de um Estado Plurinacional há que haver uma reforma nas relações entre Estado e Sociedade Civil e nas estruturas governamentais. Essas estruturas seriam criadas a partir da sociedade, amparando a diversidade de cosmovisões.

Para que haja uma reestruturação da institucionalidade estatal, o constitucionalismo tem um papel fundamental. São os direitos constitucionais, redefinidos a partir de uma perspectiva de relações interculturais igualitárias, que possibilitarão tal reestruturação, evitando um constitucionalismo meramente culturalista ou formalista (GRIJALVA, 2009, p.117).

Porém, os direitos constitucionais que vão possibilitar toda essa redefinição das instituições governamentais não funcionam sem constitucionalismo de poderes. Para que os direitos sejam efetivados deve haver uma funcionalidade dos poderes ou funções[20] (CLAVERO, 2015, p.126).

A Constituição atual do Equador, além do aprimoramento de alguns direitos indígenas, buscou a funcionalidade dos poderes em relação aos direitos. Porém, não conseguiu alcançar esse intento, no que concerne aos povos

[20]A Constituição do Equador de 2008 estabelece que as funções são legislativa, executiva e judiciária.

indígenas, não havendo grande participação dos mesmos na ação governamental. Nas funções legislativas e executivas os povos indígenas nem sequer possuem representação. Também não houve a articulação de consultas e garantias constitucionais frente a esses poderes (CLAVERO, 2015, p.126-127).

A Constituição do Equador de 1998 definia o Estado como pluricultural e multiétnico, porém não reconhecia a plurinacionalidade, só alcançada na Constituição de 2008. Embora a fórmula de 1998 possa ser entendida como culturalista, ela foi importante, pois possuía várias referências às culturas indígenas, como idiomas, saúde, educação, e que foram posteriormente enriquecidas pela nova constituição (GRIJALVA, 2015, p.137).

Em relação à função judicial, ela traz a justiça indígena e faz algumas mudanças em relação à Constituição de 1998, que limitava bastante a atuação da justiça indígena. Eram três tipos de limites: em relação a direitos humanos, pela lei e pela ordem pública. O atual texto constitucional só faz referência ao limite em relação aos direitos humanos, não repetindo os demais que existiam na constituição anterior (GRIJALVA, 2015, p.138).

Outros direitos, além do sistema próprio de justiça, foram conferidos aos povos indígenas, como o direito à consulta. Eles devem ser consultados antes da elaboração da própria constituição, sendo isto um imperativo constituinte. Essa participação dos povos originários é necessária, também, para reformas constitucionais (CLAVERO, 2015, p.112).

Em que pesem os avanços de direitos coletivos indígenas de uma constituição para a outra, o direito coletivo ao autogoverno não foi reconhecido nos termos explícitos propostos pelo projeto de constituição da CONAIE. Enquanto transformação institucional, o projeto de Constituição da CONAIE pretendia a integração do Legislativo ou Assembleia Plurinacional, sendo que os povos indígenas teriam seus próprios representantes. A organização queria adotar o modelo das atuais Constituições da Bolívia, Colômbia e Venezuela, porém a Constituição de 2008 não adotou esse critério, mantendo o modelo de representação política da Constituição de 1998 (GRIJALVA, 2015, p.138).

O que se conclui é que a plurinacionalidade pretende representar um passo além do multiculturalismo e da interculturalidade, refundando o Estado a partir dos povos que o formaram na origem, antes do período colonial. Não é uma

proposta que contempla apenas o reconhecimento da diversidade cultural, mas um projeto inovador. Porém, depende de uma articulação institucional e de mudanças nas estruturas governamentais que não podem ocorrer de forma plena se não houver participação dos povos indígenas nos poderes ou funções do Estado.

3 A JUSTIÇA INDÍGENA NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO (LATINO-AMERICANO)

A formação de um Estado Plurinacional surge dentro de uma nova concepção de constitucionalismo: o Novo Constitucionalismo Latino-americano. A plurinacionalidade propõe a refundação do Estado reconhecendo todos os grupos e povos que habitam seu território desde a origem. Mas a refundação do Estado demanda uma transformação do Direito e da cultura jurídica que deixa o conservadorismo e a individualidade para ser democrática e pluralista. As Constituições no Novo Constitucionalismo passam a acolher uma visão biocêntrica, superando o antropocentrismo europeu. A natureza passa a ser um sujeito de direitos e os direitos coletivos passam a ter reconhecimento sem prejuízo dos já consagrados direitos individuais (BURCKHART, 2013).

O Novo Constitucionalismo, em relação aos direitos dos povos indígenas, reflete as Convenções Internacionais, principalmente a Convenção 107 e 169 da OIT que já garantiam os referidos direitos (BURCKHART, 2013).

Em relação à justiça indígena, ela não é uma criação do novo constitucionalismo, sempre existiu nas comunidades indígenas com ou sem reconhecimento estatal. Contudo, ela deve faz parte do projeto de criação de um Estado Plurinacional, do reconhecimento de um pluralismo jurídico forte (SANTOS, 2012, p.16-17).

As Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) fazem parte do Novo Constitucionalismo Latino Americano e são as únicas que trazem a Plurinacionalidade em seus textos (CLAVERO, 2015).

A justiça indígena está prevista na Constituição do Equador de 2008, no Capítulo quarto, intitulado da Função Judicial e Justiça Indígena, especialmente,

no artigo 171[21]. E na Constituição da Bolívia, no Capítulo Quarto, intitulado Jurisdição Indígena Originária Campesina, onde sua previsão está no artigo 190.

3.1 Breve resenha do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

As novas constituições Latino-Americanas surgiram no início da década de noventa e representaram uma tentativa de superação de um constitucionalismo formal. Um traço marcante das referidas constituições é que foram criadas ou reformadas após a anterior aplicação de políticas neoliberais e de ditaduras militares. Em relação à superação do constitucionalismo formal, que enxerga o constitucionalismo apenas como limite do poder constituído, houve uma inovação com essas novas constituições. Elas passaram a buscar fórmulas democráticas em que o poder constituinte conseguisse manifestar sua vontade, porém com a limitação pela sociedade, num exercício da cidadania. (CADEMARTORI; CADEMARTORI, sem data).

Já Viciano e Martínez (2011) fazem referência às novas constituições latino-americanas como as que teriam surgido após os protestos na América Latina contra políticas neoliberais, principalmente, as praticadas nos anos oitenta. Essas manifestações conduziram à busca pela dignidade dos povos pela reivindicação dos seus direitos que passaram a ser amparados constitucionalmente.

O que se pode perguntar é em que consiste o Novo Constitucionalismo Latino-americano?

É fruto de movimentos sociais e não de uma proposta acadêmica. Não se reveste num modelo constitucional por não possuir, ainda, uma coesão e uma articulação para que possa ser considerado com tal. Entretanto, pode ser reputado como uma corrente doutrinária em desenvolvimento, que não se preocupa em criar uma teoria. A preocupação é com a dimensão material, com a legitimidade democrática das constituições. Por isso, houve o cuidado nas Assembleias Constituintes de que elas representassem todas as parcelas da

---

[21] Ver art. 171 da Constituição do Equador de 2008 em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016.

sociedade e não só as elites. Assim, a Constituição tem que exprimir a vontade do povo para o fim de propiciar a sua emancipação (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

Há uma divergência doutrinária sobre quais países fariam parte do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Conforme Viciano e Martínez (2011), a Colômbia foi o primeiro país a começar o movimento Novo Constitucionalismo com a promulgação da Carta de 1991. Essa constituição foi uma resposta à mobilização da sociedade que pretendia a reconstituição do Estado e fruto de uma Assembleia Constituinte democrática, com aprovação por referendo popular.

Em 1999, outra constituição, a Venezuelana de 1999, por suas características, passa a ser considerada como fazendo parte do Novo Constitucionalismo. Da mesma forma que a Constituição Colombiana, foi aprovada por referendo popular e representou uma reação à crise social e política do fim dos anos oitenta. Além disso, é uma constituição rígida quanto ao procedimento de reforma, fazendo com que o poder constituído seja uma expressão do poder constituinte e não uma mera representação (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

Os supra referidos autores citaram, ainda como integrantes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, os processos constituintes do Equador (2008) e o da Bolívia (2009). Justificam a inclusão dessas duas constituições pelos seguintes motivos: a do Equador pelo amplo catálogo de direitos e a boliviana pelo reconhecimento da plurinacionalidade.

Não houve inclusão da Constituição Brasileira de 1988 por Viciano e Martínez (2011) no rol de constituições integrantes do Novo Constitucionalismo Latino-americano. Ainda que os referidos autores identifiquem alguns elementos materiais do Novo Constitucionalismo nessa constituição como a previsão de um controle concentrado de constitucionalidade e a existência de conteúdos econômicos.

Já Ferrajoli (2009)[22], sobre as inovações da Constituição Brasileira, indicou algumas características, como a extensão do texto constitucional e a

[22]FERRAJOLI (2009) refere como inovação da Constituição Brasileira de 1988 um sistema de garantias e de instituições e funções de garantias: a) uma mais forte rigidez; b)um mais amplo catálogo de direitos; c)os vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais; d) o controle de constitucionalidade por omissão; e) um Ministério Público, como órgão complexo, instituído para

presença de funções e instituições de garantias. Dentre as funções de garantias, o autor elenca um amplo catálogo de direitos e a forte rigidez. Essas características também são citadas por Viciano e Martínez (2011) como típicas do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

A razão da não inclusão do Brasil por parte da doutrina seria justificada em razão de um provável déficit de legitimidade democrática presente na Constituição Brasileira (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2014).

A Constituição Brasileira de 1988 diferentemente das constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), não teve aprovação por referendo popular.

Sobre o referendo de aprovação das novas constituições latino-americanas, Petters (2013, p.75) salienta que, além do referendo, elas resultaram de Assembleias Constituintes participativas. Mas, para a autora, o ponto mais importante é o comprometimento que tais constituições teriam com os processos de integração histórico-cultural de cada país e com o objetivo da descolonização.

Porém, Cademartori e Cademartori (2014) consideram que são os pontos de convergência entre a Constituição Brasileira e as constituições latino-americanas (Colômbia,Venezuela, Bolívia e Equador), bem como a presença de funções e instituições de garantia, que amparam o enquadramento de todas no modelo de terceira geração de Ferrajoli. A falta de legitimidade democrática não justificaria a exclusão do Brasil. Tal visão seria um apego demasiado ao processo de produção da Constituição brasileira em detrimento do seu conteúdo. Dessa forma, também o Brasil, para os autores, faz parte do que denominam “fenômeno” das novas constituições latino-americanas.

Para Salazar (2013), o Novo Constitucionalismo Latino-americano é a denominação que assumem algumas constituições que têm características comuns bem marcadas e que têm uma pretensão política particular transformadora. O autor inclui nesta denominação apenas as Constituições da Bolívia (2009), Venezuela (1999) e Equador (2008).

Portanto, constata-se que não há uma unanimidade quanto a inclusão ou não do Brasil no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Também se verifica

---

defesa dos direitos fundamentais; g) a defesa pública ao lado da acusação pública; h) as instituições de garantia dos direitos políticos.

que não há consenso sobre quais países integram esse movimento. Como é um fenômeno recente, talvez seja necessário um maior estudo para que haja uma conclusão mais definitiva.

No quadro abaixo estão elencados os elementos materiais e formais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Quadro 4-Elementos formais e Materiais do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Elementos materiais:	**Elementos Formais:**
a)conteúdo inovador(originalidade):as novas constituições buscam novas soluções aos problemas da sociedade latino-americana.	a)a busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e direito: refere-se à participação popular direta.
b)complexidade.	b)amplo catálogo de direitos.
c)rigidez constitucional.	c)criação de fórmulas de controle de constitucionalidade ou mistas.
d)extensão constitucional(amplitude).	d)constituições que possuem conteúdos econômicos.

Fonte: Viciano e Martínez(2011)

Não é objeto do presente estudo uma investigação mais detalhada do Novo Constitucionalismo, mas apresentar o movimento e destacar algumas características. O conteúdo inovador diz respeito às novas constituições não seguirem os modelos constitucionais anteriores, buscando soluções novas aos problemas da sociedade Latino-americana. Elas buscam construir uma nova institucionalidade, promovendo a integração social, criando bem-estar e buscando formas de participação popular que legitimem o poder constituído (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

Em relação à complexidade, esta se refere ao caráter institucional. Há a busca da criação de instituições para superação dos problemas concretos dos diversos povos, como por exemplo, a eleição por sufrágio universal dos membros do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

Em relação à rigidez constitucional, este elemento significa que as constituições só podem ser modificadas pelo poder constituinte originário (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

A extensão constitucional rompe com a brevidade das constituições. O

texto constitucional procura expressar claramente a vontade do povo e possui um maior número de artigos (VICIANO, MARTINEZ, 2011).

O amplo catálogo de direitos e sua extensão de sujeitos beneficiários dos direitos tem relação com a proteção de grupos frágeis como mulheres, crianças e jovens. No modelo de constitucionalismo clássico, eram estabelecidos genericamente direitos sem uma preocupação que, agora há no Novo Constitucionalismo, em individualizar seus titulares. Também há uma integração de setores marginalizados historicamente, como os indígenas, com reconhecimento da sua autonomia e do pluralismo jurídico (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

O controle concentrado ou misto de constitucionalidade aumenta a proteção das constituições que antes era frágil (VICIANO, MARTINEZ, 2011).

A existência de conteúdos econômicos tem o intuito de superar as desigualdades econômicas e sociais. O Estado tem um papel importante na economia, nas decisões sobre recursos naturais e na regulação da atividade financeira. Assim, houve a adoção de vários modelos econômicos em resposta a uma reivindicação dos movimentos sociais que deram origem aos processos constituintes latino-americanos (VICIANO, MARTINEZ, 2011).

A Constituição do Equador possui várias características do Novo Constitucionalismo, como um amplo catálogo de direitos e apresenta inovações, como a criação de direitos da natureza e o "Sumak Kawasy" (bem-viver). O bem-viver inclui os direitos à água, à alimentação, ao ambiente sadio, à comunicação e informação, à cultura e ciência, à educação, ao *habitat* e à moradia, à saúde, ao trabalho e à seguridade social, dentre outros. (CLAVERO, 2015, p.121).

As mudanças introduzidas no Equador e também na Bolívia influenciaram na ordem internacional. A Assembleia-Geral da ONU declarou, em 2010, o direito à água e ao saneamento como direito humano essencial, com inspiração nas referidas constituições. (CLAVERO, 2015, p.123).

No que se refere à participação popular, ela tanto pode legitimar o poder constituído como limitá-lo. Está presente na Constituição do Equador (2008) como "participação na democracia", na da Colômbia (1991) como "formas de participação democrática" e na da Venezuela e na da Bolívia como "democracia participativa" (VICIANO, MARTÍNEZ, 2011).

A Constituição do Equador[23], no artigo 95, refere em seu texto que os cidadãos participam de forma protagônica da gestão pública, fazendo o controle das instituições do Estado e da Sociedade, representando um processo permanente de construção do poder cidadão:

> Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Essa participação, tanto ocorre por meio de representantes não escolhidos pelo povo, mas nomeados entre representantes do governo e da sociedade, como na forma de participação direta do povo. Essa forma de participação indireta, está prevista no artigo 100 da Constituição do Equador[24]:

> Art. 100.- En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:
> 1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
> 2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
> 3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.
> 4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.
> 5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación. Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.

---

[23] Constituição do Equador de 2008 em ‹http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf›. Acesso em: 28 jul 2015.

[24]Constituição do Equador de 2008 ‹http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf›. Acesso em: 28 jul 2015.

Já a participação direta é prevista na sessão quarta, democracia direta, sendo que é representada pela iniciativa popular normativa, consulta popular, revocatória de mandato e referendo, conforme os artigos 103 a 107 da Constituição do Equador[25].

As mudanças introduzidas pelo Novo Constitucionalismo, sobretudo, a participação direta tem encontrado problemas, principalmente, no Equador(ZUAZO, 2012, p 12). Não é objeto de análise a Bolívia e a Venezuela, onde também, há previsão das formas de participação popular, segundo Viciano e Martínez(2011).

O Novo Constitucionalismo trouxe a ideia que a presença de uma sociedade forte impediria o exercício autocrático do poder. Porém, evitar o autoritarismo do governo, através de uma participação efetiva da sociedade, não depende apenas das mudanças que ocorreram na estrutura normativa das novas constituições. Uma participação efetiva, também, depende do contexto social (ZUAZO, 2012, p.12).

No Equador, um grande problema é que a estabilidade política está atrelada a estabilidade econômica, que por sua vez, está condicionada a existência de recursos econômicos vindos da indústria petrolífera(ZUAZO, 2012, p.12). Logo, podemos concluir que existe uma dificuldade em se manter uma estabilidade política no país, pois está acaba sendo condicionada a economia e as flutuações do mercado petrolífero.

Além disso, a sociedade equatoriana que antes mostrava força através de protestos como o movimento “que se vão todos”[26,] atualmente, está frágil e desmobilizada. A autora não aponta, porque houve essa desmobilização da sociedade, mas coloca que há a necessidade de busca dessa retomada de participação social para que haja a legitimidade democrática das decisões políticas(ZUAZO, 2012, p. 12).

---

[25]Sobre o assunto ver Constituição do Equador ‹http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf›, Acesso em: 28 jul. 2015.

26 A parte em relação aos movimentos sociais no Equador foi apresentada no primeiro capítulo, inclusive é explicado o movimento referido pela autora em que a bandeira era que “se vão todos”.

A obtenção de uma legitimidade democrática não ocorre sem a mudança na estrutura política de um país. Deve haver a promoção de um novo desenho da relação entre os poderes governamentais. Também, deve ser questionada a forma que a sociedade consegue chegar até o Estado, buscando repensar formas de participação direta. (ZUAZO, 2012, p.12).

A autora alerta que é necessária cautela em relação às formas de participação direta, pois algumas têm debilitado a separação dos três poderes. O Poder Executivo acaba por usar a participação popular para garantir sua presença no poder, com apoio dos seus eleitores ganhando força e ignorando a diversidade de opiniões políticas existentes na sociedade (ZUAZO, 2012, p.14)

No Equador, o representante do Conselho de Participação Cidadã e Controle social, que não é eleito por voto popular e sim escolhido através de um sistema de concurso por mérito, divide o espaço de tomada de decisões com autoridades eleitas pelo voto. O referido Conselho recebeu atribuições que antes eram do Poder Legislativo, o que acabou significando um recorte de autoridade democrática nesse poder (ZUAZO, 2012, p.15).

Essa intromissão do executivo, sobre o manto da participação popular, enfraquece a separação e autonomia dos poderes e representa, também, o enfraquecimento da institucionalidade que garante o pluralismo jurídico (ZUAZO, 2012, p.14).

O artigo da Constituição do Equador[27] define o que é o Conselho de Participação Cidadã e Controle Social e a forma de escolha de seus conselheiros:

> Art. 207.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones. El Consejo se integrará por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes. Los miembros principales elegirán de entre ellos a la Presidenta o Presidente, quien será su representante legal, por un tiempo que se extenderá a la mitad de su período. La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá

[27] Sobre o assunto ver Constituição do Equador ‹http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf›, Acesso em: 28 jul 2015.

> el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley.

Conforme se verifica a partir da Constituição do Equador e dos ensinamentos de Zuazo(2012) não há eleição pelo povo dos membros do Conselho, mas uma indicação pelas Organizações Sociais e, posteriormente, a nomeação pelo Conselho Nacional Eleitoral.

A participação direta, como forma de reconstituição da legitimidade tem sido um desafio para os partidos de esquerda. No Equador, e, também, na Bolívia se observa que as normas constitucionais chamadas a materializar a democracia participativa têm tido mais dificuldades que acertos em sua implementação (ZUAZO, 2012, p. 14- 16).

Ainda não é possível construir um juízo final sobre as mudanças constitucionais na América Latina em relação à participação democrática. Porém, deve ser ter em conta a necessidade de autonomia perante o executivo, de maior transparência e independência nesses processos de deliberação social. Também, deve ser garantir um número amplo de participações populares como garantia dessa transparência e abertura (ZUAZO, 2012, p.17).

Por fim, em relação ao que foi apresentado sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, conclui-se que é um movimento recente, sendo que a doutrina diverge sobre os países que o integram. Porém, observa-se que não há divergência quanto a inclusão da Bolívia e do Equador, sendo que os autores trazidos no presente trabalho são unânimes em dizer que esses dois países integram o NCL.

Também, foi observado que houve ampliação dos direitos dos povos indígenas e a criação de novos direitos, como o direito á água. O reconhecimento da Plurinacionalidade na Constituição do Equador e da Bolívia, também, foi importante para os indígenas, que demandavam mudanças constitucionais antes mesmo da Constituição de 1998. As novas constituições buscam a legitimidade democrática, através da participação direta da população. Porém, como são mudanças recentes, ainda não é possível determinar com precisão a efetividade que terão essas inovações, conforme pontuaram os autores estudados como Zuazo(2012) e Viciano e Martínez(2011).

3.2 Funcionamento da Justiça Indígena

Para fins de compreensão das decisões que foram objeto da análise, necessário tecer algumas noções sobre a justiça indígena e seu funcionamento.

Em primeiro lugar, no que concerne ao conceito de Direito Indígena, é o ramo do direito que se ocupa de normas jurídicas, ainda que em sentido estrito, atinentes a direitos coletivos que reconhecem proteção e liberdades aos povos indígenas (BURCKHART, PETTERS, 2013, p.100).

Pela leitura do artigo 171 da Constituição do Equador de 2008[28], podemos entender que justiça indígena é o exercício das funções jurisdicionais pelas autoridades indígenas com base em suas próprias tradições e seu próprio Direito.

> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinária.

Para fins de explicação do funcionamento da justiça indígena, o quadro abaixo sintetiza o seu procedimento. Há três níveis ou instâncias, dependendo do tipo do fato a ser julgado. Os fatos mais graves são destinados à terceira instância e são julgados por um conselho. Os fatos mais leves, como os que envolvem disputas familiares, são julgados por membros da comunidade, incluindo até familiares do acusado.

---

[28] Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

Quadro 5-Funcionamento da Justiça Indígena:

Autoridades:	**Procedimento:**
3 níveis:	**1ª Fase:** **Denúncia:** Realizada de forma oral. Deve ser noticiado ao conselho o que aconteceu para que tomem providências. A partir da denúncia, as autoridades indígenas citam os implicados por ofício através dos prefeitos das comunidades.
Primeiro Nível: **Julgadores:** pais, filhos maiores de idade, padrinhos de matrimônio e de batismo. **Matéria:** disputas familiares, conjugais, assuntos de herança, assuntos menores.	**2ª fase:** **averiguação e investigação:** Realização de diligências como inspeção ocular em casos de roubos, recepção de testemunhos de partes envolvidas. Responsáveis pelas diligências são autoridades indígenas. Posteriormente, as autoridades indígenas prestam um relatório para a audiência oral. Antes de instalar a audiência oral, é costume averiguar os fatos na fase de averiguação.
Segunda Instância: **julgadores:** são os conselhos formados por presidente, vice-presidente; secretário. tesoureiros e síndicos. **Matéria:** administram a justiça dentro da comunidade com participação dos membros da comunidade. Utilizam um procedimento especial.	**3ª fase:** audiência oral: Nesta instância de julgamento, são realizadas as acareações, entre os envolvidos. Intervêm membros do Conselho, dirigentes de outras comunidades e membros indígenas maiores de 18 anos. **Funcionamento:** Os julgadores expõem o resultado da averiguação: a comunidade tem conhecimento de quem são infratores; o acusado pode defender-se. A comunidade, os familiares das partes e membros de outras comunidades refletem sobre o problema e aconselham os acusados a não repetir os atos. Posteriormente, é aplicada uma sanção que deve ser cumprida sob pena de sanções mais graves.
Terceira Instância: Membros do segundo nível. Matéria: Infrações muito graves.	**4ª fase:** Resolução: sanção-penas: Existem sanções materiais como banho com água fria, banho de urtiga, trabalho nas comunidades e perda dos direitos políticos e civis. E sanções simbólicas como a exposição pública e a imposição pública de sanções. Também, há multas estabelecidas de acordo com

	a capacidade econômica do ofensor e a gravidade do fato. As multas são revertidas para os fundos da comunidade. As sanções são arquivadas nos arquivos das comunidades para que não haja aplicação de pena pelo mesmo ato ou “bis in idem”.

Conforme o quadro de Licta (2001) há três níveis de autoridades indígenas e quatro fases de procedimento. Por outro lado, Ugsha (2013) identifica uma quinta fase, a da execução das sanções.

Em relação aos procedimentos do quadro acima, pertinente realizar algumas considerações, expondo, inclusive, o que Ugsha (2013) entende como quinta etapa.

A primeira fase (denúncia), também chamada *Willachiy ou Willachina,* tem entre seus objetivos proteger a integridade física dos acusados e evitar conflitos entre as famílias. Nesta etapa são observadas as circunstâncias fundamentais, determinadas no artigo 76, I, da Constituição [29], que são (1) garantir o cumprimento das normas e dos direitos das partes (equivalente ao devido processo legal) e (2) apresentação a um juiz independente, imparcial e competente (UGSHA , 2013, p.64).

O texto do artigo 76 da Constituição tem a seguinte redação:

> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes

[29] Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

> para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Portanto, verifica-se que a justiça indígena tem o dever de respeitar o devido processo legal e prestar as garantias do artigo 76 da Constituição aos acusados da mesma forma que a justiça comum.

Na segunda etapa, chamada *Tapuna ou Tapuykuna,* são realizadas as diligências necessárias para esclarecimento dos fatos. São ouvidos os acusados, porém os mesmos não são coagidos a falar e nem interrogados (UGSHA , 2013, p.65- 66).

Cumpre salientar que os acusados não são encarcerados e excepcionalmente são detidos, não permanecendo incomunicáveis, nem forçados a fazer prova contra si mesmo. Logo, também nesta etapa, é garantido o devido processo legal (UGSHA, 2013, p.67).

Na terceira etapa, *Nawinchina ou Chimpapurana*, os acusados e as partes envolvidas expõem suas versões. É o momento dos acusados fazerem suas defesas (UGSHA, 2013, p. 67-68).

Na quarta etapa, *Kishpichirina,* a Assembleia delibera produzindo uma ata, que deve ser motivada e obedecer aos preceitos constitucionais (UGSHA, 2013, p.70).

Na quinta e última etapa, *Paktachina*, são executadas as sanções estabelecidas com a participação de toda comunidade (UGSHA 2013, p.70).

Quanto às autoridades indígenas, importante salientar que os membros dos conselhos são eleitos a cada dois anos com participação da comunidade. Só os maiores de 18 anos podem votar. Os candidatos devem ser conhecidos pela comunidade, devem ter bom comportamento, capacidade, honestidade e experiência, sendo geralmente levado em consideração o grau de estudo dos candidatos. Os membros da justiça indígena não recebem nenhuma remuneração. (LICTA, 2001, p. 5-6).

Em semelhança ao que acontece no direito penal comum, há a possibilidade de defesa do acusado e vedação do *bis in idem* (duas condenações pelo mesmo delito).

No caso La Cocha, por exemplo, foi discutida a questão do devido processo legal e do *bis in idem*. A alegação dos acusados foi que não contaram com advogado ou terceiro que os defendesse, que não houve prazo para a defesa e que um dos acusados teve que declarar-se culpado.

Em relação ao *bis in idem*, os indígenas foram julgados pela justiça indígena e depois submetidos ao julgamento da justiça comum, sendo afastada pela Corte a possiblidade de *bis in idem* com o entendimento de que a justiça indígena julgou os efeitos sociais e culturais que o fato provocou na comunidade. Já a justiça penal ordinária teria atuado sob sua obrigação legal de julgar e investigar.

Entre os dois sistemas de justiça há uma grande diferença. Ávila (2013) elaborou um quadro que transcreve as diferenças entre dois sistemas, sendo relevante para se entender as peculiaridades de cada sistema.

Quadro 6-Diferenças entre a justiça indígena e a justiça estatal

	Justiça Estatal	**Justiça indígena:**
Fim da pena	Retribuição	Restauração
	Segregação punitiva	Paz e harmonia
Resultado	Sentença	Aconselhamento
Controle Social	Sistema penal repressivo	Sistema comunitário
Concepção do conflito	Delito	Dor/desgraça
	Falha individual	Harmonia rompida
Pena	Cárcere/solução	Restituição/limpeza
	Adversarial	Problema Comunitário
Efeito na pessoa	Degrada	Sana
	Dano psicológico permanente	Dor Física
Efeito na sociedade	Processo de rotulagem	Processo de saneamento
Relação autoridades-atores conflito	Não há vinculo com as autoridades	Processo participativo, julgador parte da comunidade.
Procedimento	Adversarial	Dialógico
	Burocrático	Comunitário

Fonte: ÀVILA(2013, p. 28-29.)

O quadro acima demonstra que há muitas diferenças entre a justiça indígena e a justiça estatal. Sendo que a justiça indígena tem a participação da comunidade e visa restituir a harmonia na comunidade, enquanto a justiça estatal visa a repressão do delito. Para Ávila (2013), a justiça indígena gera menos dano e tem mais chances de solucionar o conflito entre as partes que possuem um litígio.

Até aqui o objetivo da presente pesquisa ateve-se a ressaltar alguns pontos importantes para a análise das decisões judiciais a seguir apresentadas.

3.2.1 A justiça indígena na Constituição do Equador de 2008: coordenação ou subordinação perante a justiça comum

A questão que se pretende responder é se a relação que se estabeleceu entre a justiça indígena e a justiça comum no Equador, após a Constituição de 2008, é de coordenação ou subordinação?

A Constituição, no artigo 171, reconheceu a justiça indígena em âmbito constitucional e estabeleceu que seria editada lei para estabelecer critérios de coordenação e cooperação entre a justiça indígena e a justiça ordinária. Também dispôs que a justiça indígena está sujeita ao controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional. Pela simples análise do texto constitucional, constatou-se que a relação entre os dois sistemas judiciais é de coordenação e que pode haver autonomia da justiça indígena perante a justiça estatal equatoriana.

Porém, o próprio teor do artigo 171 da Constituição do Equador de 2008 e a premissa que a relação entre as duas justiças é de autonomia foram questionados junto à Corte Constitucional do Equador, principalmente, no caso La Cocha, de 2010.

Em um primeiro momento cabe esclarecer que a Corte Constitucional do Equador julgou dois casos envolvendo a justiça indígena na comunidade de La Cocha. O primeiro, no ano de 2002 e o segundo em 2010 (ÁVILA, 2013, p.15-16).

Como o presente estudo está delimitado aos casos havidos a partir da promulgação da Constituição do Equador de 2008, não será objeto de análise o primeiro caso La Cocha, de 2002.

No caso La Cocha, de 2010, os meios de comunicação começaram a divulgar que as sanções aplicadas pela justiça indígena consistiam em selvageria e, posteriormente, as autoridades estatais prenderam os acusados e os processaram criminalmente na justiça comum. Da mesma forma foram punidas as autoridades indígenas sobre a alegação de maus tratos e sequestro. A competência material das autoridades indígenas em caso de crimes graves, como no caso ocorrido em La Cocha, um homicídio, passou a ser questionada na Corte Constitucional (ÀVILA, 2013, p.15-16).

Porém, não é apenas a competência em razão da matéria que é questionada a partir do caso La Cocha, mas a própria autonomia da justiça

indígena. Os questionamentos feitos pelo autor da ação extraordinária de proteção, perante a Corte Constitucional do Equador, no item 1, subitem C (pretensão concreta)[30], abordam a possibilidade ou não de interferência da justiça estatal nas decisões da justiça indígena.

A justiça indígena sempre fez parte da vida das comunidades indígenas, tendo sido reconhecida ou não pelo Estado (SANTOS, 2012, p.16). Porém, s devem ser reconhecida pelo Estado, evitando a marginalização da cultura indígena e contemplando o pluralismo jurídico existente na sociedade. Além disso, evita-se uma aplicação arbitrária e fechada de normas ocidentais sobre o direito consuetudinário que ignoraria o próprio direito indígena (FRIXONE, sem data, p. 213).

Como já referido, o reconhecimento da justiça indígena pelo Estado Equatoriano ocorreu pela Constituição do Equador de 1998[31]. Contudo, o País já era signatário da Convenção 169 da OIT, firmando o compromisso de introduzir os princípios da referida Convenção na sua legislação ordinária (FRIXONE, sem data, p.216-217).

Em 2008, conforme já mencionado, foi introduzida na Constituição do Equador a plurinacionalidade. Com o reconhecimento da plurinacionalidade, a justiça indígena passa a fazer parte de uma política descolonizadora, ameaçando um sistema que era antes colonial (SANTOS, 2012, p.16).

O reconhecimento da justiça indígena, com esta força da plurinacionalidade, enfrenta dificuldades dentro de uma tradição europeia, monista e que tem sido alicerçada em um sistema único de justiça vinculado ao Estado (SANTOS, 2012, p.18).

O direito moderno tem três princípios fundamentais (a soberania, a unidade e a autonomia) que se apresentam como um desafio a um sistema de justiça plural (SANTOS, 2012, p.18).

A soberania diz que o Estado tem o monopólio da produção e aplicação do Direito. Para a consolidação do positivismo jurídico e do próprio Estado, no século XIX, firmou-se o entendimento que era necessário uma única cultura, um

---

[30]Os questionamentos feitos pelo autor da ação, estão no item 1, subitem c(pretensão concreta) na página 5 do Caso La Cocha(sentença113-14-SEP-CC, Caso número 0731-10-EP) , constante no Anexo B da presente dissertação.

[31]O artigo 191 da Constituição do Equador de 1998 dispõe que as autoridades indígenas poderão exercer funções de justiça. (FRIXONE, sem data, p. 217).

único Direito. Assim, a justiça indígena representa uma transgressão ao monopólio do Estado (SANTOS, 2012, p. 18).

A unidade do Direito também diz respeito ao Estado. O direito é criado por uma única fonte, ou seja, por normas estatais. Porém, essa ideia de unidade passou a ser questionada tanto por decisões dos Tribunais, como por normas internacionais, comprovando que atualmente existe um pluralismo jurídico (SANTOS, 2012, p.19).

A autonomia do Direito tem relação com um pensamento jurídico de cunho liberal, em que o Direito é um sistema jurídico independente da regulação social. Assim, direito e sociedade não se confundem. Por outro lado, na justiça indígena o Direito não é separado da regulação social. As autoridades indígenas que administram a justiça têm outras funções, como as políticas e econômicas. Assim, é um sistema que rompe com a ideia de autonomia jurídica (SANTOS, 2012, p. 22).

Constata-se, portanto, pela análise dos argumentos de Santos (2012) que a tradição jurídica e os princípios sobre os quais foi fundado o Estado Moderno dificultam a autonomia da justiça indígena frente à justiça estatal.

Nas decisões analisadas, observou-se que até mesmo cidadãos indígenas questionam a autonomia da sua própria justiça. No Caso La Cocha(constante do Anexo B), foi um indígena, irmão da vítima, que levantou a dúvida sobre a aplicação ou não da justiça indígena aos indígenas que assassinaram seu irmão.

Para Grijalva (2012, p.167), há intromissão da justiça estatal na justiça indígena, sendo que o autor observou que autoridades indígenas, inclusive, estariam sendo criminalizadas pelos seus atos na prática de funções jurisdicionais. A observação do autor pode ser confirmada no caso La Cocha[32] em que dirigentes indígenas chegaram a ser presos por terem aplicado aos réus penas típicas da justiça indígena, como o banho de urtiga.

Para Karla Encalada (2012, p.206) a relação entre a justiça estatal e indígena não ocorre através de um diálogo horizontal, pois há uma discriminação dos indígenas e, consequentemente, dos seus próprios meios de justiça. A autora diz que esta discriminação decorre de um racismo estrutural arraigado dentro do

[32]Caso La Cocha(sentença113-14-SEP-CC, Caso número 0731-10-EP), constante no Anexo B.

Estado Equatoriano e da falta de uma correta distribuição de riqueza, decorrente da exploração econômica que sofreram as comunidades indígenas.

Logo, conclui-se que a própria tradição jurídica, que prevê que o Estado tem o monopólio do Direito, é um entrave a qualquer avanço no sentido de um pluralismo jurídico verdadeiro. Não só a tradição jurídica, mas toda a questão cultural de hegemonia da cultura branca dominante é uma dificuldade para autonomia da justiça indígena.

Assim, mesmo antes da análise das decisões, já verificamos que há dificuldades para que a justiça indígena seja considerada autônoma e coordenada com a justiça comum.

3.2.2 A possibilidade de cooperação: a ecologia dos saberes

A Constituição do Equador, conforme já mencionado, estabeleceu que a justiça indígena e estatal atuarão em regime de coordenação[33], embora persista a interrogação se haveria mesmo uma autonomia da justiça indígena perante a comum.

Uma lei de coordenação ainda não foi promulgada, porém há um projeto[34] de lei em tramitação neste sentido. Tal projeto limitaria bastante a competência e autonomia da justiça indígena. Além disso, ainda não há uma decisão da Corte Constitucional Equatoriana que estabeleça parâmetros de coordenação.

Outra questão que envolve a relação de autonomia e coordenação dos dois sistemas de justiça é a possibilidade de um convívio, de uma coexistência entre eles.

Para SANTOS (2012, p.36), é uma relação muito complexa e um ideal a ser alcançado. Não é uma tarefa simples que as duas justiças se reconheçam e

---

[33] A previsão de coordenação está no artigo 171 da Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

[34]Sobre o assunto ver PINHEIRO Anderson Tadeu, BRAUN Helenice, FRANCESCHI, Ligiane, O **Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Cidadania e Justiça Comunitária**, em T**emas Atuais sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano,** Organizadores Antônio Carlos Wolkmer e Maria Aparecida Lucca Caovilla, Parte I, p.56, Editora Kariva, São Leopoldo, ano 2015.

respeitem a autonomia de cada uma. A promulgação de uma lei não resolve o problema, pois se trata de uma relação complexa que depende de uma cultura jurídica de convivência com a participação dos operadores jurídicos[35].

Esta cultura jurídica de convivência deve superar a cultura jurídica positivista e inaugurar uma nova fase. Santos (2012), porém, considera que num primeiro momento poderá ocorrer resistência da sociedade à essa nova cultura jurídica.

Para que haja uma coordenação entre as justiças, a observação das práticas já existentes é importante. A coordenação por via legal não seria a mais adequada, pois seria rígida e não expressaria a vivência concreta do Judiciário. Já a coordenação judicial, através da Corte Constitucional, seria mais flexível. Porém, deve ser considerada a composição e a filosofia em que a Corte foi criada para que seja possível o desempenho desta tarefa (SANTOS, 2012).

O mecanismo que Santos (2012) propõe para que seja realizada essa coordenação é a ecologia dos saberes, em que um sistema aprende com o outro. Para que ocorra esse intercâmbio de conhecimentos, pode ocorrer a presença da interlegalidade ou dos híbridos jurídicos (SANTOS, 2012).

A interlegalidade é a possibilidade de em alguns casos haver a opção por um ou outro sistema de justiça ou que uma mesma relação seja regulada por mais de um sistema jurídico (SANTOS, 2012). Um exemplo é a possibilidade de que possuem alguns países de optarem pela arbitragem sem excluir seu acesso ao sistema judiciário comum.

Já os híbridos jurídicos são conceitos ou procedimentos em que é possível identificar a presença de culturas jurídicas diversas. A justiça indígena, em que a oralidade é prevalente, tomou emprestado da justiça comum o uso da palavra escrita na elaboração de atas e formulários. Já a cultura indígena emprestou palavras ao direito como *pachamama* (SANTOS, 2012, p.39)

Assim, se a justiça indígena e a comum forem vistas dentro de uma relação de autonomia e coordenação, elas poderiam usar da ecologia dos saberes para fazer a necessária interação entre os dois sistemas jurídicos.

---

[35]Operadores jurídicos são os que atuam no Poder Judiciário, advogados, juízes, funcionários da justiça, por exemplo.

3.2.3 A justiça indígena sob a ótica dos direitos humanos

Em relação à justiça indígena, podemos discutir se há violação ou não dos direitos humanos nas sanções aplicadas por essa justiça. Em primeiro lugar, a Constituição do Equador de 2008, no artigo 171[36], dispõe que as decisões da justiça indígena têm limite nos direitos constitucionalmente estabelecidos e nos Direitos Humanos reconhecidos em convenções internacionais, não podendo confundir-se tal questão com a existência ou não de autonomia da justiça indígena perante a justiça estatal.

Ainda que a presente pesquisa não tenha como objetivo uma profunda reflexão sobre o conceito de direitos humanos e sua evolução histórica, para fins de debate sobre os limites da justiça indígena foram feitas considerações pontuais.

Comparato (2013, p. 68-69) apontou a origem dos direitos humanos nos primórdios da idade moderna, antes da Revolução Francesa. Porém, a expansão dos direitos humanos e sua internacionalização ocorreram somente após a segunda guerra mundial devido às atrocidades cometidas pelo totalitarismo na Alemanha. Com o fim de evitar a repetição dessas atrocidades, surgiram dois instrumentos protetivos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio[37].

Para Flores (2004, p.91), embora os direitos humanos, historicamente, estejam relacionados às declarações de direitos, eles não foram construídos em 1789 e tampouco em 1948. Na verdade, são processos resultantes de lutas históricas contra a violência das diversas manifestações do poder, tanto de burocracias públicas como privadas que foram praticadas contra os indivíduos e grupos[38].

---

[36]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

[37]Ambos instrumentos são de 1948 (COMPARATO, 2013, p.68-69).

[38]Embora Flores(2004), apenas refira as datas de 1789 e 1948, estas datas são correspondentes a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos

O autor refere, como exemplo, as lutas contra o capitalismo, o movimento feminista dos anos 1970 e 1980 e as lutas dos negros e indígenas que vieram tomando corpo desde o século XVIII até os dias atuais (FLORES, 2004, p.93).

A expressão *direitos humanos* tem origem no Ocidente, mas pode ter um equivalente em significado numa cultura não ocidental. Quando falamos em direitos humanos é importante procurar o seu sentido. Assim, se entendermos que são direitos que possibilitam o exercício e o respeito à dignidade humana, vamos conseguir pensar a existência de um instituto semelhante em sentido em outra cultura (PANIKKAR, 2004, p. 209).

A questão tocante à existência ou não de uma noção de direitos humanos em culturas não ocidentais é importante por conta de que as decisões da Corte Constitucional que forem discutidas envolvem a dúvida sobre a compreensão e o alcance de alguns direitos humanos pelas comunidades indígenas. Por exemplo, no caso La Cocha[39], em que se discute de que forma o indígena entende a transgressão do direito à vida.

É importante entendermos que a noção de direitos humanos é um conceito ocidental, mas que nem por isso deve ser renunciada a sua prática nas culturas não ocidentais. A introdução da ideia de direitos humanos em outras culturas é necessária, mas deve ser feita através da busca de um diálogo com outras tradições, processo denominado “abordagem filosófica intercultural” (PANIKKAR, 2004, p.237).

Santos (1997, p.13) refere que a política de direitos humanos é uma política cultural, entendendo-se cultura como particularidade, diferença. O impasse é equacionar uma política cultural, ou seja, de diferença, com uma política global.

O autor acredita na possibilidade de existir uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e legitimidade local. Uma rede normativa surgiria a partir da soma dos vários sentidos locais de dignidade humana que

---

Direitos Humanos de 1948.

[39]Caso La Cocha(sentença n 113-14-SEP-CC, Caso 0731-10-EP), constante no anexo B. Nessa decisão, é discutido o significado da transgressão do direito à vida para os indígenas, sendo que a Corte do Equador refere que a justiça indígena não julga nem sanciona a transgressão ao direito à vida, individualmente, considerado, mas como um direito coletivo da comunidade de ter sua harmonia restaurada. Não é o direito à vida em si que está sendo julgado, mas o que a sua violação gera na vida comunitária.

sejam compreensíveis de uma cultura para outra, evitando um universalismo forçado (SANTOS, 1997, p.22).

Segundo Bobbio (2004, p.17), há uma dificuldade de definição do que sejam direitos humanos e muitos doutrinadores trazem um conceito tautológico, ou seja, que os direitos humanos são aqueles que pertencem a todos os homens e que não podem ser suprimidos.

Panikkar (2004, p.227), quando conceitua direitos humanos, diz que esses derivam da própria natureza humana, independendo de qualquer outra condição como posição social ou poder aquisitivo.

Para Amartya Senn (2011), os direitos humanos, além de serem destinados a todos independente de qualquer pré-requisito, seriam direitos básicos e que podem ser exigidos contra todos.

Uma característica dos direitos humanos é a inalienabilidade, ou seja, não podem ser objeto de transação (PANIKKAR, 2004, p.227). Também constituem uma classe variável e heterogênea de direitos que não são absolutos (BOBBIO, 2004, p.17-19).

A variabilidade dos direitos humanos justifica-se em razão da sua condição histórica. Assim, direitos que outrora foram declarados absolutos no passado, como o de propriedade, passaram a ser limitados pelas declarações de direitos e outros que não existiam, como os direitos sociais, foram reconhecidos nessas cartas (BOBBIO, 2004, p.18).

Já em relação à heteregoneidade, ela diz respeito à diversidade dos direitos que existem nas declarações. Ou seja, os direitos são de vários tipos (BOBBIO, 2004, p.19). Analisando a declaração dos direitos humanos de 1948, comprova-se tal afirmação. Há direitos como o de não ser escravizado, mas também há outros como direito à honra, a nacionalidade e a liberdade de locomoção.

Uma questão relevante é a consideração de serem os direitos humanos absolutos ou não. Se fossem absolutos, não poderia haver a introdução de novos direitos que fossem incompatíveis com os já consagrados, ou seja, dois direitos fundamentais contrários não poderiam conviver (BOBBIO, 2004, p. 21).

Uma outra questão sobre os direitos humanos, além das suas características, é a sua divisão. Wolkmer (2004, p.4) refere que alguns autores

clássicos, como T. H. Marshall, dividiam os direitos em gerações, que poderiam ser em número de três até cinco. Posteriormente, o autor cita Ingo Salert e Paulo Bonavides que entendem que há dimensões de direitos humanos e não gerações.

Para Wolkmer (2004, p.5-13), as dimensões dos direitos humanos são cinco: dimensões dos direitos civis e políticos, dimensão dos direitos sociais e econômicos, dimensão dos direitos coletivos e difusos, dimensão de direitos da bioética e dimensão de direitos virtuais.

Tendo em vista os objetivos desta pesquisa, transitamos sobre duas dimensões: (a) a dos direitos civis e políticos e (b) a dos direitos coletivos e difusos, por guardarem relação direta com os casos a serem estudados.

A dimensão dos direitos civis e políticos é a que trata dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade e a outros inerentes à individualidade. Esses direitos são direitos de defesa e são estabelecidos contra o Estado, sendo inalienáveis e imprescritíveis (WOLKMER, 2004, p.5).

Já na dimensão dos direitos coletivos e difusos, seus titulares não são os homens “individuais”, mas grupos de pessoas (WOLKMER, 2004, p.7).

A Constituição do Equador de 2008, no título II, capítulo quatro, traz os direitos dos povos, comunidades e nacionalidades contemplando os direitos coletivos. Ademais, o artigo 57[40] traz os direitos dos povos indígenas:

> Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
> 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
> 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
> 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
> 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
> 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
> 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los

[40]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.
13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.
14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.
15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.
16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.
20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

> 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Em relação aos direitos humanos podemos questionar se eles são universais ou não? Já vimos que não são absolutos e segundo Panikkar (2004, p.217) o seu conceito não é universal. Contudo, se o conceito não é universal, o seu símbolo, como um conjunto de valores comuns à humanidade, é. Se não fossem universais, não poderíamos dizer que são direitos do “homem”. Assim, a Declaração de Direitos Humanos, na sua intenção, é universal (PANIKKAR, 2004, p.227).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948[41], no artigo 2º, dispõe que todo o homem faz jus aos direitos da Declaração, independente, de quaisquer condições, mesmo políticas.

Mas, apesar de existir a discussão sobre a natureza dos direitos humanos, o importante é a necessária proteção desses direitos e não os tornar inexequíveis (BOBBIO, 2004, p.23).

Em relação ao caráter de obrigatoriedade dos direitos humanos, cabe ressaltar que há distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Os fundamentais são os direitos humanos que são reconhecidos pelo Estado, positivados nas leis e nas constituições e nos tratados internacionais. Porém, se exige respeito a certos bens ou valores em qualquer situação, ainda que não reconhecidos no ordenamento jurídico estatal, com fundamento na dignidade da

---

[41] Declaração dos direitos do Homem. Disponível:<http:// http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf >, acessado em 06 jan. 2016

> Artigo 2. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

pessoa humana e na consciência coletiva (COMPARATO, 2013, p.71-72).

Segundo Comparato (2013, p.73), os positivistas alegam que não é possível exigir, judicialmente, direitos humanos não positivados. Entretanto, os costumes e princípios gerais de direito mesmo não positivados têm aplicabilidade. Logo, seguindo o mesmo raciocínio, não poderíamos negar a aplicabilidade dos direitos humanos não positivados (COMPARATO, 2013, p. 73).

Em relação à hierarquia, ela existiria ou não entre as normas estatais que reconhecem direitos humanos (os chamados direitos fundamentais) e as normas que provém do Direito Internacional? A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que as normas internacionais sobre direitos humanos, por representarem uma ética universal, estão acima dos ordenamentos jurídicos estatais (COMPARATO, 2013, p.74).

A Constituição do Equador de 2008, expressamente, coloca as normas internacionais relativas a direitos humanos ao lado dos direitos constitucionais e dispõe que terão aplicação imediata. Não há menção explícita se as normas de direitos humanos estão acima dos direitos previstos na Constituição. Porém, pela leitura do artigo 11, numeral 7 [42] podemos deduzir que mesmo os direitos humanos não previstos em instrumentos internacionais, desde que garantam a dignidade da pessoa humana, serão aplicados.

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento

Em relação à justiça indígena, o artigo 171, da referida constituição, preceitua que ela deve respeitar os direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais[43]. Quanto a esta obediência da justiça indígena em relação aos direitos humanos internacionais, muitos questionamentos surgiram a partir das decisões que foram analisadas. O caso Waorani, por exemplo,

---

[42]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

[43]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

questionou a aplicação da pena de genocídio a uma tribo indígena de recente contato[44].

Como a temática do trabalho aborda a interculturalidade, devemos fazer uma reflexão sobre os direitos humanos em relação aos povos indígenas.

Se os direitos humanos reclamam uma universalidade, isto é, compreendem todos os seres humanos, também, necessário haver uma integralidade. Todos os direitos precisam ser amparados, não só o direito à vida ou a não escravidão, mas também, por exemplo, o reconhecimento da cultura própria (GALLARDO, 2004, p.56)

O que Gallardo (2004, p.59) quer dizer é que há uma tendência à promoção dos direitos de primeira geração e que não haveria uma vontade dos Poderes Públicos na promoção de direitos de segunda e terceira geração. Em relação aos povos primitivos, como os indígenas, haveria uma dificuldade em reconhecer direitos positivos a essas culturas, pois ainda faz-se presente a crença de que seriam “menos humanos” ou com menor capacidade de construir seus direitos por “si mesmos”.

O entendimento de Gallardo(2004) é muito importante, pois na medida em que discutimos os limites das sanções da justiça indígena em relação aos direitos humanos, também temos que discuti-los a partir da visão do indígena.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas[45] preceitua que os indígenas possuem os direitos humanos conferidos nas Declarações de Direitos e pelo Direito Internacional:

> Art. 1- Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Já o artigo 34, da referida Declaração[46], estabelece que os indígenas têm o direito de ter seus costumes e seus sistemas jurídicos desde que de acordo com as normas internacionais de direitos humanos:

> Art. 34 -Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e

---

[44]Recente contato quer dizer que era um povo que vivia em isolamento e teve contato recente com a civilização.

[45] Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf >, acesso 16/01/2017.

[46] Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf >, acesso 16/01/2017.

> manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Nas decisões que serão analisadas, verifica-se que o respeito aos direitos humanos pelas decisões da justiça indígena é um tema polêmico. No caso La Cocha[47], por exemplo, houve uma grande repercussão sobre um possível desrespeito aos direitos humanos por causa de sanções consuetudinárias, como banho de urtiga.

Estas sanções aplicadas pela justiça indígena, com base em seus costumes, não podem ocorrer sem que haja um limite em relação aos direitos humanos. Essa reflexão foi obtida a partir de Rudnicki e Stock(2012, p.67)em que referem que não pode haver um direito penal que não tenha limites nos direitos humanos. Para os autores, depois das atrocidades cometidas nas sociedades ocidentais do século XX, nenhum penalista ou criminólogo defenderia um direito penal dissociado dos direitos humanos. Porém, os autores demonstraram a preocupação em que não haja apenas um discurso, mas uma efetiva análise das injustiças cometidas pelo sistema penal na busca da proteção da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a aplicação da pena da justiça estatal, que consistia na prisão dos condenados, foi questionada no caso Waorani[48] por ser uma tribo de recente contato e pela falta de entendimento da norma que proíbe o crime de genocídio ao molde da visão ocidental. Assim, conclui-se que é sempre difícil decidir em que ponto as decisões da justiça indígena ultrapassam ou não os limites impostos pelos direitos humanos de forma a preservar a interculturalidade.

---

[47]Caso La Cocha, sentença n 113-14-SEP-CC, Caso 0731-10-EP, decisão constante Anexo B. Um dos questionamentos feitos perante a Corte Constitucional, no item I, determinação dos Problemas Jurídicos, foi que a Corte respondesse se as sanções impostas aos cinco envolvidos constituíam ou não a violação dos direitos humanos fundamentais e se estes são atos de selvageria, barbárie e primitivismo.

[48]Caso Waorani, sentença 004-14-SCN-CC, Caso 0072-14CN, decisão constante no ANEXO C. No item 2, determinação de problemas jurídicos a resolver, uma das questões a ser resolvida pela Corte é se a norma que prevê o genocício poderia ou não ser aplicada aos acusados pertencentes à tribo Waorani sem transgredir ao artigo 57, que trata dos direitos dos povos indígenas.

3.2.4 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e as medidas a respeito do caso Waorani (sentença 004-14-SCN-CC, CASO 0072-14CN)

Em relação aos direitos humanos e à justiça indígena no Equador, não foi localizada nenhuma decisão sobre a matéria na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Porém, em relação a um dos casos analisados, o caso Waorani, há uma Resolução da Corte Interamericana de Direitos.

Antes de tratarmos da referida Resolução, faremos breves esclarecimentos sobre todo o sistema protetivo de direitos humanos que rege a OEA (Organização dos Estados Americanos)[49], da qual faz parte o Equador.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos teve início formal em 1948, com a Declaração Americana dos Direitos do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana em Bogotá. Na mesma, conferência foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA) (JAYME, 2005, p.64).

Em que pese não ter sido a Declaração Americana dos Direitos do Homem aprovada em forma de Convenção, ela foi o ponto de partida da criação da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Também é um instrumento importante porque, através de seu texto, fica evidente que o Estado não cria direitos humanos, que estes existem antes do próprio Estado e são inerentes à condição humana. (JAYME, 2005, p. 65).

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica[50], foi celebrada mais tarde, em 1969, sendo a norma criadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos[51] (JAYME, 2005, p.65).

---

[49]A OEA é, atualmente, formada pelos seguintes países: Antígua e Barbuda, Argentina, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Paraguai, Peru, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Fonte: <http://www.oas.org/pt/>, acesso em 08 jan. 2017.

[50]Pacto de San José da Costa Rica foi celebrado em 22/11/1969 e tem o seguinte objetivo, conforme seu preâmbulo: “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Fonte: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>, acesso em 4 jan. 2016.

[51]O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos impõe os limites e as condições fora dos quais os estados-partes são responsabilizados internacionalmente por violações aos direitos humanos (JAYME, 2005, p. 66).

Para garantia de efetividade dos direitos humanos constantes do Pacto de San José, foram criadas pela OEA a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[52] e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, segundo seu primeiro Estatuto de 1960[53], é um órgão autônomo que representa os estados membros da OEA com a função de atuar em nome da organização. Posteriormente, o Estatuto da comissão foi modificado para incluir mais atribuições e dar força à sua atuação (JAYME, 2005, p.70).

Em 1965, na II Conferência Interamericana Extraordinária[54], foram incluídas funções como dar recomendações solicitar informações aos estados membros no sentido de cumprir as normas de direitos humanos (JAYME, 2005, p.70).

Posteriormente, com a entrada em vigor do Pacto de San José, foi elaborado um novo Estatuto da Comissão[55]. Este novo Estatuto qualificou a comissão como órgão da OEA criado para promover a defesa e observância dos direitos humanos. (JAYME, 2005, p.71).

O papel da Comissão é muito importante, pois recebe as denúncias contra violações dos direitos humanos. Portanto, faz a ligação entre os indivíduos que tiveram seus direitos transgredidos e o sistema interamericano de proteção. Não possui funções jurisdicionais, porém realiza o procedimento prévio obrigatório antes que uma demanda seja destinada à Corte Interamericana (JAYME, 2005, p.72).

Cumpre salientar a possibilidade da Comissão atuar de ofício, apurando fatos visando à reparação de eventual lesão contra os direitos humanos decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) ou da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (JAYME, 2005, p.75).

A petição junto à Comissão Interamericana deve possuir alguns elementos[56] como: a narrativa do fato, a qualificação do peticionante, a indicação

---

[52]A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela Resolução VI do Encontro de Ministros de Relações Exteriores em Santiago do Chile em 1959 (JAYME, 2005, p. 70).

[53]O Estatuto da Comissão foi aprovado pelo Conselho da OEA em 1960(JAYME, 2005, p. 70).

[54]A Conferência Interamericana Extraordinária foi realizada no Rio de Janeiro.

[55]O novo Estatuto da Comissão Interamericana foi aprovado pela Assembleia Geral da OEA em 1979 na cidade de La Paz. (JAYME, 2005, p. 70).

[56]Os requisitos da petição apresentada perante à Comissão Interamericana estão no artigo do Estatuto da Comissão Interamericana em

do Estado que teria violado os direitos humanos e a informação se houve ou não o uso de recursos internos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a responsabilidade de garantir a efetividade do Pacto de San José, sendo órgão soberano no controle de compromissos e princípios assumidos pelos Estados-parte da Convenção (JAYME, 2005, p.66).

O quadro abaixo, elaborado a partir da obra de Jayme (2005, p.66) e de dados do site da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017) traz algumas informações relevantes sobre a Corte:

Quadro 7-Pontos Relevantes sobre a corte Interamericana de Direitos Humanos:

Funções e características:	**Requisito para que possa ter jurisdição:**	**Países que reconhecem sua competência:**	**Formação da Corte:**
-tem função consultiva jurisdicional (Art.2º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos). -pode proferir decisões com força coercitiva. -possui soberania em suas decisões, sendo que atua após o esgotamento de recursos jurisdicionais internos e por isso pode proferir - decisões definitivas e com força de coisa julgada.	Para que a Corte possa atuar é condição obrigatória que os Estados reconheçam sua competência contenciosa.	Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México,Nicarágua,Panamá, Paraguai, Peru República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai Venezuela.	7(sete) juízes dentre os países membros da OEA para um mandato de 6(seis) anos permitida uma reeleição. (arts. 4 e 5 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>.

-faz a interação entre o direito interno e o direito internacional.			
-tem a função de criar jurisprudência e de interpretar os direitos humanos no continente americano.			
Tem força supranormativa, impondo as normas do Pacto de San José, acima das normas internas estatais, mesmo áquelas contidas nas constituições.			

Fonte:elaborado pela autora

Constatamos, portanto, que é necessário não só seja o país membro da OEA, mas que reconheça a jurisdição da Corte para resolução de conflitos. Uma vez existindo tal reconhecimento, as decisões da Corte prevalecem sobre as normas estatais. O Equador reconhece a jurisdição da Corte[57], portanto deve se submeter às suas decisões.

Como é papel da Corte julgar o respeito ou não dos estados aos direitos humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, o Equador está sujeito às decisões da Corte. A Resolução da Corte de 31 de março de 2014, sobre o Equador, trata de medidas provisionais postuladas contra o Estado do Equador em favor de meninas indígenas da comunidade Taromenane.

Essas medidas têm relação com os fatos ocorridos na comunidade Waorani, que é o caso que comentamos no capítulo terceiro da obra e a íntegra da sua decisão está no Anexo C.

O Caso Waorani constituiu na morte de membros da tribo Taromenane e

[57] O Equador reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte em 24 de julho de 1984. Fonte: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>, acesso em 08 jan. 2017.

no sequestro, por parte dos Waorani, de duas meninas de três e seis anos, por motivo de vingança. No referido caso é analisada a aplicação da pena de genocídio à essa tribo, tendo em vista que a Constituição do Equador reconhece a interculturalidade do Estado. Já a Resolução da Corte Interamericana, supra referida, teve como motivo a garantia, pelo Estado do Equador, dos direitos humanos dessas duas meninas sequestradas.

A Comissão Interamericana solicitou que fossem deferidas medidas provisionais em favor das meninas da tribo Taronename para garantir sua integridade física, seu direito à família e à identidade. As medidas provisórias ou provisionais[58] poderão ser ordenadas pela Corte a requerimento da parte, de ofício ou a pedido da comissão sempre que houver extrema gravidade e urgência.

No caso em tela, não havia demanda em julgamento pela Corte ou petição apresentada. A comissão interamericana fez o pedido à Corte relatando a situação das menores que foram separadas e retiradas da sua comunidade e levadas para a comunidade Waorani. A comissão relatou que uma psicóloga havia visitado a menina mais velha em setembro de 2013 e que durante a conversa com a mesma ela demonstrava sofrimento psicológico e medo, evitando o contato físico e não parecia adaptada à família em que estava convivendo.

A Corte solicitou informações ao Estado do Equador, que as prestou por duas oportunidades, sendo que em ambas afirmou a impossibilidade do retorno ao convívio das menores à comunidade originária.

Os motivos alegados pelo Estado do Equador foram vários. Dentre eles, o fato de que as meninas tinham sido vacinadas e poderiam oferecer risco de morte à sua tribo de origem. Também foi relatado que elas já estavam integradas nas novas famílias, junto aos Waorani. O Estado apresentou laudos físicos e psicológicos das menores.

A Corte não concedeu as medidas provisórias, pois considerou que o Estado Equatoriano já havia tomado medidas eficientes. Porém, lembrou que o Estado é obrigado a garantir os direitos das pessoas em situação de risco e deve investigar os fatos e punir os responsáveis. Ordenou-se, então, que se continuassem com as medidas que haviam sido tomadas e que se reunissem as

---

[58]O artigo 25 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos regula as medidas provisórias, segundo o Regulamento da Corte Internamericana de Direitos Humanos, em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>.

duas irmãs na maior brevidade possível.

Na análise da presente Resolução, verifica-se que a Corte não entrou no mérito sobre a atuação da justiça indígena. A decisão apenas se refere à conduta do Estado do Equador perante a “suposta” violação dos direitos humanos das duas meninas.

A referida Resolução, uma vez que não entra no mérito de limites dos costumes indígenas perante os direitos humanos, nem da justiça indígena, não acrescenta no sentido de uma decisão que possa estabelecer parâmetros para uma atuação da justiça indígena que respeite os direitos humanos.

Entretanto, o fato já existirem decisões na Corte Internamericana é importante para repensarmos a justiça indígena e seus limites no contexto latino-americano e não só no Estado Equatoriano.

3.3 Corte Constitucional do Equador

Como foram trazidos para os estudos de caso decisões da Corte Constitucional do Equador, elaborou-se um quadro a respeito da sua organização e funcionamento a partir dos artigos 429 a 436 da Constituição do Equador de 2008.

Quadro 8-Organização e Funcionamento da Corte Constitucional do Equador

Corte Constitucional	
Previsão:	Artigo 428 da Constituição do Equador de 2008.
Número de juízes:	9
Sede:	Quito
Forma de eleição:	Através de uma comissão qualificadora integrada por membros do executivo, legislativo e de transparência e controle social. As candidaturas são apresentadas pelos membros da comissão e é feito um concurso entre os candidatos.
Prazo do Mandato:	9 anos. Renovação de três terços, um terço a cada três anos.
Atribuições da Corte:	As contidas no artigo 436 da Constituição do Equador e as atribuídas, também, por lei.

Fonte: elaborado pela autora

Na Corte Constitucional do Equador, conforme a Constituição desse País, no artigo 434, deve haver paridade entre homens e mulheres. Os membros da Corte devem ter ensino superior em Direito, 10 anos de exercício da advocacia ou do magistério superior, demonstrar probidade e ética, não ter pertencido nos últimos dez anos a partidos ou movimentos políticos.

A composição atual da Corte do Equador é de cinco mulheres e quatro homens. São integrantes da Corte os juízes: Emma Roxana Silva Chicaiza, Pamela Martínez Loayza, Víctor Francisco Butiñá Martínez, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Marien Segura Reascos; Ruth Seni Pinoargote, Alfredo Ruiz Guzmán, Manuel Viteri Olvera. Segundo as informações obtidas através do site da Corte Constitucional do Equador, não há na sua composição indígenas, sendo a juíza Marien Segura Reascos a única negra da Corte.

No Equador, os cidadãos de forma individual ou coletiva poderão ingressar com ação extraordinária de proteção contra sentenças que violem à Constituição. Conforme podemos constatar no texto dos artigos 437 da Constituição do Equador[59]:

> Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
> 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
> 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución

Além da ação extraordinária de proteção, quando houver dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição ou os tratados internacionais o juiz, de ofício ou a pedido da parte, poderá propor uma consulta de constitucionalidade à Corte. O que tem subsídio no artigo 428 da Constituição

---

[59] Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

do Equador[60]:

> Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

4 OS CASOS LA COCHA E WAORANI: APRESENTAÇÃO DAS DECISÕES

Na revisão bibliográfica, encontramos duas decisões relevantes que podem responder ao problema da pesquisa: se há ou não autonomia da justiça indígena perante a justiça estatal equatoriana. Para Frixone (2015, p.223), a decisão do caso La Cocha constituiu o primeiro precedente da Corte que refere um limite material para a justiça indígena. Já Ugsha (2013), considera o caso La Cocha como emblemático, em que foi possível observar o procedimento adotado na justiça indígena e promover um debate sobre ele.

Em relação ao caso Waorani, García (2015), outro dos autores que a comentou, ressaltou a importância do seu debate, tanto para a questão da autonomia da justiça indígena, como para discutir a interculturalidade e a tolerância.

Para fins de descrição das decisões analisadas, elaborou-se o seguinte quadro a partir das decisões analisadas, constantes dos anexos II e III.

Quadro 9-Decisões da Corte Constitucional do Equador:

Número da decisão:	**Data do julgamento:**	**Relator:**	**Juízes componentes: oito**	**Órgão Julgador:**
Sentencia n 113-14-SEP-CC Caso n 0731-10-EP (CASO LA	30/07/14	Juiza Ruth Seni Pinoargote	Antônio Gagliardo Loor, María Del Carmen Maldonado, Wendy Molina Andrade,	Pleno da Corte Constitucional.

[60] Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

COCHA)			Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán,, Manuel Viteri Olvera, Patrício Pazmiño Freire, Marcelo Jaramillo Villa.	
Sentencia n 004-14-SCN-CC; Caso n 0072-14-CN (CASO WAORANI)	06/08/14	Manuel Viteri Olvera	Antônio Gagliardo Loor, María Del Carmen Maldonado, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Patrício Pazmiño Freire.	Pleno da Corte Constitucional do Equador.

Fonte: elaborado pela autora

Para fins de melhor entendimento sobre os povos indígenas envolvidos nas duas decisões, foram trazidos breves esclarecimentos.

O Povo Waorani é reconhecido como a nacionalidade Wao e teve contato com a civilização ocidental em 1956. Eles habitam o bosque tropical entre os rios Napo e Curaray e se dedicam à horticultura, caça e pesca (GARCÍA, 2015, p.141).

Segundo García (2015, p.141), a literatura antropológica faz referência aos Waoranis como um povo violento, que pratica a vingança através de mortes.

A comunidade de La Cocha está situada na Freguesia Zimbahua, pertencente ao Cantão Pujili, Provincia de Cotopaxi, numa das regiões mais altas dos Andes (UGSHA, 2013, p.61).

Os membros da Comunidade de La Cocha cultivam cevada e batatas e têm poucos animais de criação. Uma parte da população tem água e energia elétrica, mas não possuem sinal de televisão e costumam escutar rádio. A comunidade possui escola, mas muitos jovens emigram para Quito e arredores. (LIÁSAG, 2012, p.324).

4.1 Caso La Cocha: sentença 113-14-SEP-CC, caso 0731-10-EP

A sentença é dividida em partes, sendo o item I – antecedentes – dividido em: (a) resumo de admissibilidade, (b) da solicitação e seus argumentos, (c) pretensão concreta, (d) decisões da justiça que se impugnam, (e) da contestação e seus argumentos, (f) terceiros interessados, (g) Amicus Curiae, (h) audiência pública, (i) peritos e (j) diligências incorporadas ao processo. O item II – considerações e fundamentos da Corte Constitucional – é dividido em: (a)competência da Corte Constitucional, (b) determinação dos problemas jurídicos, (c) resolução dos problemas jurídicos, (d) Considerações adicionais da Corte Constitucional. O item III – apenas o dispositivo da sentença.

No item I, subitem "resumo de admissibilidade", foi relatado que o irmão da vítima de assassinato moveu uma ação extraordinária de proteção e foi justificada a sua admissibilidade perante a Corte.

A ação extraordinária de proteção está prevista no artigo 88 da Constituição do Equador de 2008:

> Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
> 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
> 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución

No caso em tela, a ação foi movida por Victor Manuel Olivo Pallo, irmão do indígena assassinado, Marco Antonio Olivo Pallo, questionando as decisões da justiça ordinária e indígena relativas ao assassinato do seu irmão.

Em primeiro lugar, cabe esclarecer os antecedentes da ação que foi objeto de julgamento pelo Pleno da Corte Constitucional do Equador. Em junho de 2010, a secretaria geral da Corte certificou que não existia outra demanda com mesmo objeto e ação. Em julho de 2010 a sala de admissão da Corte Constitucional, formada pelos doutores Edgar Zárate Zárate, Hernando Morales Vinueza e Patrício Pazmiño Freire, ordenou que o autor da ação esclarecesse a sua petição indicando qual decisão com que ele não concordava. Em 12 de

agosto de 2010, a Sala de Admissão da Corte Constitucional admitiu a tramitação da ação movida por Victor Manuel Olivo Pallo. A relatoria do processo coube, na sessão de 19 de agosto de 2010, ao juiz Manuel Viteri Olvera que solicitou que as autoridades indígenas demandadas emitissem um relatório e, também, convocou audiência pública.

Nas sessões extraordinárias do Pleno da Corte, realizadas em 29 de maio, em 11 de junho e 2 de julho de 2014, discutiu-se a causa. No debate de 2 de julho de 2014, o juiz constitucional Patricio Pazmiño Freire apresentou suas observações ao projeto apresentado pelo juiz relator Marcelo Jaramilo Villa. Após o debate foi à votação o projeto de sentença do caso 0731-10-EP e o resultado foi de um voto favorável ao juiz relator e oito contrários. Em consequência, o Pleno não aprovou o projeto de sentença e o presidente da Corte Constitucional redistribuiu a causa para relatoria da juíza constitucional Ruth Seni Pinoargote.

No item I, subitem “solicitação e argumentos” foi descrito o pedido feito à Corte Constitucional do Equador. O peticionante relatou que, em 9 de maio de 2010, ocorreu o assassinato de seu irmão Marco Antônio Olivo Pallo. Com base nos artigos 171 da Constituição e 343 do Código Orgânico de Função Judicial, as autoridades indígenas de La Cocha e Guantopolo conheceram o caso e estabeleceram a culpabilidade dos indiciados e impuseram as sanções que consideraram adequadas ao caso.

O artigo 171 da Constituição do Equador[61] reconhece a justiça indígena com base no direito consuetudinário. O referido artigo preceitua que deve haver respeito às decisões da justiça indígena, desde que as mesmas não sejam contrárias à constituição e aos direitos humanos. Também, o artigo estabelece que há uma coordenação e cooperação entre a justiça indígena e a justiça ordinária.

O artigo 343 do Código Orgânico de Função Judicial[62] repete o texto do

---

[61] Ver art, 171 da Constituição do Equador de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016.

[62] O Código Orgânico de Função Judicial regula a autuação do Poder Judiciário, que no Equador corresponde à Função Judicial e sua organização. Assim, disciplina a atuação de juízes, servidores, fiscais, defensores e defensoras. Sobre o assunto ver Código Orgânico de Função Judicial. Disponível em:<http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_funcion.pdf> , acesso me 6 jan.2016.

artigo 171 da Constituição, referindo que as autoridades indígenas possuem funções jurisdicionais. Porém, coloca uma importante limitação aos costumes em relação à violação de direitos das mulheres.

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

O autor da ação esclareceu que a decisão da justiça indígena gerou reações nos meios de comunicação e na sociedade equatoriana especialmente por conta da interferência na justiça indígena por parte do fiscal geral do Estado[63] que, no dia 19 de maio de 2010, pretendeu ingressar, arbitrariamente, na comunidade indígena de La Cocha com o fim de resgatar um dos principais acusados do assassinato. O Ministro de Governo e a Polícia, também, pretenderam usar a força pública para resgatar os acusados. Posteriormente, o Ministro da Justiça solicitou que se iniciassem as ações legais contra os dirigentes indígenas que foram presos em 4 de junho de 2010 e, após, liberados pela Corte de Justiça de Latacunga[64].

Em relação à repercussão nos meios de comunicação, Ávila(2013, p. 27) coloca que há uma visão equivocada nos meios de comunicação sobre a justiça indígena, pois é considerada sinônimo de linchamento. A imprensa tem noticiado linchamentos ocorridos em Zona Rural, sem a presença de população indígena, como sendo feitos pela justiça indígena.

---

63 A Fiscalia General do Estado é um órgão autônomo da função judicial com autonomia financeira, econômica e administrativa, conforme artigo 281 do Código Orgânico de Função Judicial. Em comparação ao direito brasileiro, poderíamos dizer que é um órgão semelhante ao Ministério Público. O Fiscal Geral do Estado é a autoridade máxima dentro do órgão. Sobre as funções da Fiscalia: ver artigo 281, p. 64 e sobre as atribuições do Fiscal Geral do Estado: ver art. 284, p. 65, ambos do Código Orgânico de Função Judicial em <ww.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_funcion.pdf>.

64 As Cortes de Justiça são o segundo grau de jurisdição no Equador, conforme o art. 208 do Código Orgânico de Função Judicial. Sobre o assunto ver art. 208, p. 46, do Código Orgânico de Função Judicial em <ww.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_funcion.pdf>.

Outro argumento, apresentado pelo autor da ação, é que em casos anteriores os juízes e fiscais atuaram dentro do marco de respeito, coordenação, cooperação e apego às normas constitucionais e legais, aceitando o resultado da justiça indígena.

Neste ponto o peticionante defende a autonomia da justiça indígena fazendo referência a julgamentos anteriores, embora não traga as decisões que embasam sua alegação. O que impossibilita a verificação se, realmente, em decisões anteriores ocorreu ou não o respeito às decisões da justiça indígena.

O requerente cita que, segundo o artigo 10, numeral 2, do Convênio 169 da OIT, é possível aplicar as sanções próprias da cultura indígena. Os banhos com água fria e o de urtiga representam a cosmovisão da justiça indígena e não representariam violação aos direitos humanos fundamentais.

Porém, o que diz o texto da Convenção 169 da OIT é que as penas impostas pela legislação estatal aos indígenas devem levar em conta suas características culturais e que deve ser evitada, sempre que possível, a pena de prisão. Segue o texto da Convenção[65]:

> Artigo 10: Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
> 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Já o artigo 9º da Convenção 169 da OIT, dispõe que os métodos adotados pelos povos indígenas devem respeitar os direitos humanos, ao mesmo tempo em que os juízes e tribunais devem respeitar os costumes dos povos indígenas sobre a matéria penal.

> Artigo 9º -
> 1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.
> 2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.

Através da análise desses dois artigos, vimos que a Convenção não

---

[65]Convenção 169 da OIT em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf, acesso em 09/01/2017.

exclui os métodos adotados pela justiça indígena para lidar com os delitos praticados por seus membros, porém coloca limites nesses métodos. Pela análise do texto do artigo 9º, entende-se que deve haver respeito aos direitos humanos estabelecidos em tratados internacionais e, também, aos direitos estabelecidos na legislação de cada país.

Em relação ao artigo 10, podemos retomar o que trouxemos no segundo capítulo, referente ao quadro Diferenças entre a Justiça Indígena e a Estatal, constante na p. 45 do presente trabalho. A pena na justiça indígena não tem um caráter de retribuição pelo que foi cometido, mas a restituição da paz na comunidade. Logo, a prisão não é a pena que para justiça indígena atende essa retribuição, dando-se preferência a outras sanções.

O peticionante referiu, também, que os cinco responsáveis pelo assassinato se submeteram à justiça indígena por sua própria vontade e aceitaram sua jurisdição Porém, agora, pretendem acolher-se na jurisdição ordinária. Alegou, também, que a prisão dos acusados pela justiça ordinária consistiu em duplo julgamento.

No item I, subitem pretensão concreta, foram apresentadas as pretensões do peticionante para que a Corte Constitucional respondesse:

> a) Se as autoridade indígenas de La Cocha, ao momento de exercer funções jurisdicionais, no caso concreto, podiam ou não solucionar o assassinato e morte de Marco Anônio Olivo Pallo, ocorrido no território indígena da “parroquia” de Zumbahua.
> b)Se a resolução das autoridades da comunidade de La Cocha se apegam ou não ao mandato constitucional do artigo 171 e artigo 343 do Código Orgânico da Função judicial.
> c)se as sanções impostas aos cinco envolvidos constituem ou não a violação dos direitos humanos fundamentais e se estes são atos de selvageria, barbárie e primitivismo, como várias autoridades do Estado têm sustentado.
> d)Se as autoridades indígenas que atuaram exercendo jurisdição e competência indígena, no apego ao devido processo, cometeram o delito de sequestro ou “plágio”.
> e)Os membros das comunidades indígenas devem ou não submeter-se à jurisdição indígena ou à vontade das partes.
> f)Uma vez que o caso estava em conhecimento da jurisdição e a competência das autoridades indígenas, devia ou não ser pelas autoridades da justiça ordinária. Que se disponha quais são formas de coordenação e cooperação que devem ter entre as autoridades dos sistemas jurídicos, para conseguir a eficácia e harmonia entre si.
> g)Se é procedente ou não que os jovens indígenas envolvidos na morte do senhor Marco Antono Olivo Pallo, que já foram julgados pela justiça indígena, estão encarcerados e com processos de duplo julgamento, abaixo das ordens da justiça ordinária.

> h)No caso de observar excessos na aplicação da jurisdição indígena, quais são os mínimos jurídicos que as autoridades indígenas devem observar.
> i) Que se resolva se as autoridades da Corte Nacional de Justiça podem interpretar e limitar o direito da jurisdição indígena e o direito ao devido processo estatuído na Constituição (p.5 da sentença).
> Solicita as medidas cautelares:
> a)Que se disponha a suspensão imediata de todos os processos judiciais iniciados contra os dirigentes indígenas de La Cocha por parte da "Fiscalía" e julgados de Garantias Penais de Cotopaxi;
> b)Que se ordene a imediata liberdade dos cinco jovens indígenas "que estão sendo processados duas vezes", conforme o artigo 76, numeral 7, *i,* da Constituição da República.
> c)Que se disponha a suspensão de qualquer resolução interpretativa sobre jurisdição indígena por parte da Corte Nacional de Justiça.

Em análise aos questionamentos feitos pelo autor da ação, verificamos que o mesmo quer que a Corte responda de quem é a competência para julgar o fato, se a justiça indígena é autônoma ou não e se há mínimos jurídicos a ser aplicados por ela. Ainda provoca a Corte no sentido que se estabeleça qual a formas de cooperação entre os sistemas da justiça indígena e da justiça ordinária.

No segundo capítulo desta pesquisa, Santos (2012), ao falar sobre as dificuldades da autonomia da justiça indígena, menciona que a tradição europeia monista foi alicerçada num sistema único de justiça. Essa tradição traz, também, a ideia de hegemonia do sistema de justiça estatal sobre qualquer outro. Logo, os questionamentos feitos à Corte refletem essa preocupação de prevalência ou não de uma justiça sobre a outra. O que se questiona é qual a decisão que prevalece a que foi aplicada pela justiça indígena ou a prisão aplicada pela justiça comum?

O requerente coloca um questionamento interessante, se a Corte pode ou não a limitar e interpretar o direito indígena? A Constituição do Equador de 2008, no artigo 171, apenas reconhece a jurisdição indígena e coloca como limite os direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais.

O Código de Função Judicial [66], no artigo 7 º, reconhece a justiça indígena e a legalidade de sua existência, com competência estabelecida de acordo com a lei e com a constituição. Porém, não examina a questão da interpretação do direito consuetudinário ou não pela Corte Nacional de Justiça.

> Art.7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y

[66] Código Orgânico da Função Judicial do Equador em <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_funcion.pdf>. acesso 16/01/2017.

> COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.
> Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

O item 1, “terceiros interessados”, trouxe a posição dos acusados. Os acusados afirmaram que os procedimentos jurisdicionais não devem ser contrários à Constituição e nem poderão violar os direitos inerentes às pessoas. Alegaram que foram violados os artigos 66, numeral 3, alíneas “a”, “c” e “g”, o artigo 77, o artigo 83, numeral 2 e o 425 da Constituição da Equatoriana. Também, teriam sido violados os artigos 5º e 8 º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em razão de que o Direito à legítima defesa teria sido suprimido no procedimento indígena. Em seu relato, disseram que nunca contaram com um advogado ou um terceiro imparcial que defendesse seus direitos, já que foram submetidos à tortura permanente por vários dias. Conforme, ainda, a alegação dos réus não existiu prazo razoável e nem meios adequados para preparar a legítima defesa, tampouco um juiz imparcial e presunção de inocência. Um dos réus afirmou que foi obrigado a declarar-se culpado.

Conforme, o quadro apresentado no segundo capítulo, na terceira fase do procedimento indígena ou audiência oral, o acusado pode promover a sua defesa, são feitas acareações, toda comunidade participa refletindo sobre o problema antes de ser aplicada qualquer sanção. A Corte informou que houve esta audiência, com a devida defesa dos acusados.

O artigo 8 º ° da Convenção Americana[67] trata das garantias judiciais, dentre elas a do juiz imparcial:

> Artigo 8.º Garantias judiciais
> 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

---

[67] Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível: em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acesso em 16/01/2017.

No segundo capítulo desta obra, através dos ensinamentos de Ugsha (2013) e Licta (2001), verificou-se que as autoridades indígenas são eleitas e representam a função de um juiz imparcial.

Em relação ao devido processo legal, que os acusados alegam que não existiu, verificou-se no segundo capítulo desta dissertação, que o procedimento da justiça indígena tem cinco etapas que vão da denúncia até a execução da pena, sendo que todas as etapas garantem a possibilidade de defesa do acusado e o devido processo legal.

Todo procedimento da justiça indígena é registrado em ata. A ata é manuscrita pela secretária da comunidade. A primeira assembleia comunitária para discutir os fatos ocorridos em La Cocha, datada de 16/05/2010, reuniu 6(seis) mil pessoas e dirigentes de 12 comunidades. Na segunda assembleia, em 23/05/2010, compareceram 4(quatro mil)pessoas e dirigentes de 24(vinte e quatro) comunidades(ÁVILA, 2013, p.20).

Os fatos são debatidos, os acusados são ouvidos e foi realizada uma reflexão com a comunidade, pois o que se busca não é a punição dos acusados, mas a restituição da paz comunitária. O cumprimento das sanções aplicadas é garantido pelos próprios acusados e por seus familiares (ÁVILA, 2013, p.21).

A ata em que foi decidido as sanções aplicadas aos acusados do Caso La Cocha teve 23(vinte) páginas e estimou-se 10(dez) horas de duração da Assembleia(ÁVILA, 2013, p. 21).

Segundo Ávila(2013, p. 22), os acusados concordaram com a decisão da justiça indígena, porém o Fiscal Geral do Estado abriu um inquérito de mais de 2504(duas mil quinhentos e quatro) páginas, que resultou num pedido de prisão provisória e os acusados foram presos.

Logo, segundo o supra referido autor, embora não seja o que o advogado do acusado alega em juízo, houve o devido processo de acordo com os procedimentos indígenas.

Já qualquer tortura que tenha sido cometida contra os acusados, é vedada pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 5°[68] da Convenção

---

[68] Ver art. 5° da Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>, acesso em 8 de jan..2016.

Americana de Direitos Humanos, que foi invocado pela defesa, veda a tortura. Os instrumentos internacionais sobre direitos humanos devem ser respeitados pela justiça indígena, segundo o artigo 171 da Constituição do Equador de 2008.

No Item 1, "*Amicus Curiae"*, o defensor público geral do Equador, Jorge Paladines Rodríguez e o advogado Luis Ávilla Linzán, funcionários da Defensoria Pública, questionam a corte sobre sua competência para limitar o artigo 171 da Constituição vigente, envolvendo matéria de conhecimento sobre os sistemas de justiça indígena.

Argumentam que o artigo 171 impõe limites constitucionais ao exercício dos sistemas de justiça indígena e que qualquer regulação, ainda que jurisprudencial, seria uma limitação regressiva e, portanto, inconstitucional. Porém, sem que isso signifique que os sistemas de justiça devam funcionar sem nenhum controle. Referem que o texto constitucional é um limite material ao exercício do poder, pois impede que este exceda, mediante o sistema de garantias e fecha a possibilidade de que as reformas civilizatórias e decididas pelo legislador constituinte sejam burladas. Consideraram, também, que a Corte Constitucional não é, a *priori,* competente, quanto ao aspecto formal, para limitar o que já está estabelecido no artigo 171 da Constituição. Para a defensoria, a Corte deve em cada caso dar uma interpretação intercultural aos limites adequados ao exercício da jurisdição indígena.

A defensoria pública suscitou, ainda, que frente ao que dispõe o artigo 171 da Constituição, poderia haver ou não uma limitação da justiça indígena pela Corte e se essa limitação não seria um retrocesso.

A proibição de retrocesso está prevista na Constituição do Equador, no artigo11, numeral 8[69]:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
> 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule

---

[69] Constituição do Equador de 2008: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

injustificadamente el ejercicio de los derechos

Segundo esse dispositivo, é ilegal qualquer ato e omissão que diminuía direitos já adquiridos, inclusive mencionando que a jurisprudência deve ser progressiva. Logo, pela análise do referido artigo constitucional, não pode haver uma decisão da Corte limitando a atuação da justiça indígena. Só um reforma constitucional poderia fazé-lo.

Conclui-se que a defensoria defendeu a autonomia da justiça indígena dentro de limites estabelecidos pela própria Constituição e não concorda com a criação de limites jurisprudenciais pré-estabelecidos.

No item 1, “audiência pública”, são apresentadas as alegações do irmão do falecido, das autoridades indígenas de La Cocha e dos acusados da morte. A audiência foi realizada em 14 de outubro de 2010, sendo que o peticionante defendeu as sanções aplicadas pela justiça indígena e que a intromissão da justiça ocidental evitou a execução da sanção imposta. As autoridades da justiça indígena de La Cocha disseram que a atuação da justiça indígena obedeceu à Constituição e à Convenção 169 da OIT. Os acusados alegaram que foi violado o processo do devido processo legal, a defesa, a liberdade e a sua integridade pessoal. Logo, não poderiam ser julgados pela justiça comum, pois já teriam sido julgados pela justiça indígena.

Em relação à audiência, verifica-se que o autor da ação defende a atuação da justiça indígena, pois ela estaria obedecendo à Constituição e a Convenção 169 da OIT. Já os acusados, embora não queiram ser julgados pela justiça comum, alegam a falta do devido processo legal. Como já se verificou, em todas as etapas do procedimento da justiça indígena é garantida a possibilidade de defesa do acusado. Apenas a forma que estão sendo realizadas estas garantias é diferente da justiça estatal, conforme podemos constatar no quadro funcionamento da justiça indígena, no segundo capítulo, da presente obra .

Ugsha (2013, p.72) concluiu, ao analisar o Caso La Cocha, que foi respeitado o devido processo legal em todas as etapas de julgamento dos acusados no referido caso.

No item I, “peritos”, foi requisitado pelo Juiz Patricio Pazmiño Freire a colaboração dos peritos Esther Sánchez e Pedro Torres sobre o direito próprio do povo Kichwa Panzaleo.

O item II, “considerações e fundamentos da Corte Constitucional”, foi dividido nos subitens (a) competência da Corte Constitucional, (b) determinação dos problemas jurídicos, (c) resolução dos problemas jurídicos e (d) considerações adicionais da Corte Constitucional.

No item II, “competência”, a Corte Constitucional decidiu se tem a competência para julgar a ação extraordinária de proteção interposta. A corte declarou-se competente, sob o amparo do artigo 171 da Constituição do Equador, que como já mencionado reconhece a jurisdição indígena, desde que não contrária aos dispositivos constitucionais e aos direitos humanos.

No item II, “determinação dos problemas jurídicos”, a Corte decide que os problemas a serem decididos são os seguintes:

> 1) Se as autoridades indígenas adotaram decisões sobre competências habilitadas, aplicando procedimentos próprios, dentro dos parâmetros constitucionais e da proteção dos direitos humanos reconhecidos pelas convenções internacionais.
> 2) Se as autoridades indígenas adotaram decisões abaixo de competências habilitadas aplicando procedimentos próprios, dentro dos parâmetros constitucionais e da proteção de direitos humanos reconhecidos por convenções internacionais?

A Corte refere que para responder a tais perguntas devem ser feitas algumas considerações pontuais sobre os efeitos do reconhecimento pelo Estado Equatoriano da interculturalidade, plurinacionalidade e unidade. Para a Corte, a plurinacionalidade comporta um conceito de nação que reconhece o Direito das pessoas a se identificar não só com certo âmbito geográfico, mas com uma cultura determinada. Por outro lado, a interculturalidade, mais que uma categoria relacionada com o Estado, está vinculada diretamente à sociedade, na medida em que a interculturalidade não aponta o reconhecimento de grupos étnicos-culturais, sem as relações e as articulações entre os povos heterogêneos e com outros grupos sociais e entidades que coexistem na nação cívica. Dessa forma, para que a plurinacionalidade se desenvolva positivamente, necessita da interculturalidade. Assim esses conceitos guardariam entre si uma relação de complementaridade. Por outro lado, o princípio de unidade do Estado significa uma nação dirigida por um governo central, com poderes plenos sobre o território nacional e com uma democracia sustentada na cidadania única, sem que implique restrições aos direitos coletivos de cada grupo étnico e ao sentimento de

pertencimento das pessoas a uma comunidade étnico-cultural determinada. Em tal virtude, as características da plurinacionalidade e interculturalidade não constituem uma antinomia ao estado unitário e nem à democracia.

A afirmação da Corte remete às noções desenvolvidas no primeiro capítulo desta dissertação, de plurinacionalidade e interculturalidade. A perspectiva da interculturalidade a que se refere a Corte é a relacional, pois justificada no intercâmbio dos povos e grupos existentes na Nação. Pois, a Corte não discutiu neste tópico a interculturalidade como forma de superação do pensamento colonial que coloca o indígena em posição de inferioridade. Segundo Walsh (2009), a interculturalidade relacional é a mais elementar, referindo-se ao intercâmbio em condições de igualdade ou desigualdade, de pessoas, saberes e tradições culturais diferentes. O intercâmbio, conforme referido pela Corte, segundo Walsh (2009), sempre existiu na América Latina entre brancos e índios. Contudo, essa perspectiva oculta os contextos de poder, dominação e colonialidade.

Em relação à plurinacionalidade, a Corte aborda apenas o reconhecimento da diversidade cultural pelo Estado. Porém, como já vimos no primeiro capítulo, a plurinacionalidade é um projeto político de refundação do Estado a partir dos povos que o originaram, não constituindo apenas no reconhecimento da diversidade cultural[70]. Retomando os ensinamentos de Clavero (2015, p.125), a plurinacionalidade existe desde o início na sociedade e é o Estado que se deve reconfigurar para atender a essa demanda da sociedade por um Estado Plurinacional.

A plurinacionalidade, como já referido no primeiro capítulo, reconhece o direito dos indígenas a ter seu próprio direito e a sua jurisdição própria(CLAVERO, 2015). Logo, a Corte não enfrenta um aspecto fundamental que vai além do reconhecimento da diversidade cultural, o da autonomia dos povos indigenas.

Finalmente, a Corte ressalta que as características da plurinacionalidade e interculturalidade não contradizem o conceito de Estado Unitário, mas reconhece um Estado não homogêneo, heterogêneo, que aceita as minorias historicamente discriminadas.

---

[70]O trecho remete a uma das conclusões do item Plurinacionalidade no Primeiro Capítulo do presente trabalho.

Esta afirmação da Corte de um Estado Unitário remete ao segundo capítulo em que tratamos das dificuldades da autonomia da justiça indígena. A ideia de um estado soberano que tem o monopólio da produção jurídica de um direito único e monocultural ameaça a possibilidade de uma autonomia da justiça indígena, pois ela acaba sendo vista como uma transgressão ao monopólio estatal (SANTOS, 2012, p.18).

A Corte menciona, ainda, invocando o pluralismo jurídico, que as autoridades indígenas não são autoridades comuns do Estado e que a sua existência precedeu a criação do próprio Estado republicano. As autoridades indígenas são aquelas nomeadas pela sua própria comunidade como seu órgão representativo. No caso em tela, o pedido de investigação e julgamento por parte dos afetados, inicia-se com o procedimento sendo submetido à Assembleia Comunitária. Não há um juiz ou uma autoridade singular, mas um órgão julgador coletivo. Logo, segundo a Corte, a justiça indígena, como um órgão distinto da justiça comum, pode ter suas decisões sujeitas ao controle de constitucionalidade da Corte.

A questão do pluralismo jurídico, também, foi abordada na primeira parte do trabalho. Quando a corte refere que as autoridades indígenas já existiam antes mesmo do Estado reconhece que havia uma prática jurídica não oficial, que convivia com a justiça estatal. Cabe relembrarmos o conceito de que o pluralismo jurídico consiste numa multiplicidade de práticas jurídicas, oficiais ou não, que convivem na sociedade e se justifica por necessidades culturais, materiais e existenciais diversas (WOLKMER, 2001, p.219).

Posteriormente, a Corte refere que a justiça indígena é essencialmente conciliatória ou reparatória, não atuando de ofício, sendo a denúncia obrigatória e vinculando denunciante e denunciados. Há um procedimento perante a justiça indígena que começa na denúncia. Posteriormente, há a convocação da Assembleia Geral onde são ouvidas testemunhas e são examinados os indícios e produzidas as provas. Nessa etapa, participam os envolvidos, as vítimas, seus familiares e pessoas de relevância na comunidade. Todos os argumentos, provas e testemunhos podem ser impugnados. Posteriormente, é decidido sobre a culpabilidade ou inocência do acusado e sobre a adoção de medidas de solução ou conciliação entre as partes e as medidas para sanar a infração. Um

aconselhador ou a família do acusado serão responsáveis por fazê-lo entender o sentido da acusação e que se deve resguardar o *Sumak Kausay*, o bem viver da comunidade.

O colegiado refere que para as comunidades indígenas Kichwa Panzaleo, quando se comete uma infração que afete as relações sociais, pessoais, familiares, econômicas e de convivência comunitária, é necessário conseguir a restituição da ordem para devolver o equilíbrio à comunidade. As sanções, dentre elas os castigos corporais, têm como finalidade a restituição do equilíbrio e a cura dos envolvidos. De modo que a sanção, reprimenda ou conselho aplicado dentro da comunidade indígena de La Cocha, no presente caso, constitui uma prática que toda comunidade conhece e reconhece.

Segundo a Corte, a Assembleia Geral da comunidade, que exerce a administração da justiça indígena de La Cocha, somente nos casos relacionados com a ofensa à vida, isto é, a morte de um dos seus membros e que gravemente afete a integridade e coesão comunitária, pode impor sanções mais drásticas. Apenas nos casos de morte é que se aplica o banho com água fria, a urtiga, ou outros castigos como carregar pedras em praça pública e trabalhos comunitários.

A corte refere o que trouxemos no segundo capítulo, no que compara a justiça indígena com a estatal. A justiça estatal tem como o fim da pena a retribuição e na justiça indígena se busca a restauração da vida em comunidade.

A perita Esther Sánchez sustenta a dimensão coletiva, não só do processo de resolução de conflitos internos, como do bem jurídico que é protegido e da sanção que se resolve.

Segundo o perito Pedro Torres, o bem protegido é a vida em comunidade, o que se pode constatar a partir de conceitos como *Kausay*, *allipi*, *causana* e outras palavras indígenas. A classificação da natureza das ações tem relação com o que é considerado valioso do ponto de vista comunitário: a família, o coletivo, a vida em comunidade. O caráter público e comunitário do processo faz com que diversos membros da comunidade participem do processo em todas as fases: averiguação, deliberação, aconselhamento, sanção, execução da sanção, rito de reconciliação ou agradecimento, assim como a decisão final adotada pela assembleia comunitária e não por juiz ou autoridade em particular.

A noção da responsabilidade que, na justiça estatal, é individual ou subjetiva, na justiça indígena adquire uma dimensão coletiva. Em tal sentido, a responsabilidade não é imputável somente a quem realiza diretamente a ação, mas se estende à família do ofensor.

A justiça indígena, segundo a Corte, não julga nem sanciona a transgressão do direito à vida, individualmente considerado, mas como um direito coletivo da comunidade de ter sua harmonia restaurada. Não é o direito à vida em si que está sendo julgado, mas o que causa sua transgressão na vida comunitária.

O que a Corte refere são as etapas do procedimento da justiça indígena que vimos no segundo capítulo. Também a Corte faz referência às características da justiça indígena que trouxemos no quadro comparativo entre as justiças indígena e estatal.

A perícia apontou que não é o direito à vida individual que é protegido, mas o impacto que sua violação tem para a vida comunitária. No quadro, apresentado no segundo capítulo, contendo as diferenças entre a justiça ordinária e estatal, verificamos que a concepção do conflito para a justiça estatal é a do delito e para a justiça indígena é a de dor, de desgraça. Na justiça estatal, o conflito é visto como uma falha individual e na justiça indígena como a harmonia comunitária rompida. Assim, são visões muito diferentes e que devem ser consideradas de acordo com parâmetros interculturais.

Apesar das características do processo, a Corte Constitucional vê-se na obrigação de desenvolver alguns questionamentos adicionais a partir da formulação das seguintes perguntas: qual a obrigação do Estado frente a bens jurídicos de especial relevância para a Constituição Equatoriana, para o Direito Internacional e para o Direito Penal Internacional? Sobre quais horizontes normativos deve-se examinar a vulnerabilidade dos bens jurídicos de especial importância quando são ofendidos por cidadãos indígenas dentro ou fora da comunidade?

Segundo a Corte, para responder às perguntas formuladas, é necessário fazer referência aos artigos 57, numeral 10 e ao artigo 171, ambos da Constituição de 2008[71].

O artigo 57, numeral 10, é o que prevê o direito dos indígenas a terem seus próprios costumes:

> Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

O artigo 171 já foi diversas vezes abordado no presente trabalho, e é o artigo constitucional que reconhece a jurisdição indígena.

A Corte menciona que o direito consuetudinário não pode ser equiparado ou comparado ao direito ordinário, pois opera e funciona com princípios e regras distintas deste.

Posteriormente, o Colegiado passou a responder à seguinte pergunta: as instituições ou autoridades públicas teriam respeitado a comunidade indígena implicada no processo de julgamento em exame, em especial as decisões da justiça indígena?

Para responder, a Corte refere o artigo 66, número 1, da Constituição da República que garante a inviolabilidade do direito à vida. O texto do referido artigo dispõe:

> Art. 66.- Se reconhecerá e se garantirá às pessoas:
> 1. O direito à inviolabilidade da vida. Não haverá pena de morte.

Em relação ao direito à vida, a Corte diz que é protegido constitucionalmente, sendo obrigação da sociedade e do Estado protegê-lo de ameaças. Do mesmo modo, a Declaração Universal de Direitos Humanos[72], no artigo 3º, reafirma o direito à vida para todos os seres humanos. No que se refere ao Direito Internacional, a proteção da vida tem duas dimensões: a primeira,

---

[71] Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

[72] Artigo 3º-Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Fonte: Declaração dos direitos do Homem < http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>, acesso em 16 outubro 2016.

negativa, e a segunda, positiva.

Na dimensão negativa, a proibição de atentar contra a vida das pessoas, e a segunda, que obriga os poderes públicos a estabelecer um sistema de proteção que sancione qualquer agressão à vida sem distinção de raça, sexo, cor ou o pertencimento ou não a uma nacionalidade indígena.

A Corte suscita uma questão que foi tratada no segundo capítulo: a universalidade dos direitos humanos e sua obrigatoriedade. Em relação a este caráter de obrigatoriedade, mesmo que não positivados os direitos no ordenamento estatal como fundamentais, eles devem ser observados (COMPARATO, 2013, p.71-72). Não se trata de uma faculdade da justiça indígena submeter-se aos direitos humanos, mas uma obrigatoriedade, conforme o artigo 171, da Constituição do Equador.

No caso em tela, discute-se que, embora os indígenas desconheçam o conceito direitos humanos, eles possuem valores comuns à humanidade. Verifica-se que a vida tem um valor nas comunidades indígenas, tanto que no caso em tela os acusados foram julgados e receberam sanções.

A Corte argumenta que as autoridades indígenas gozam de autonomia jurisdicional, mas esta se encontra submetida à Constituição e, portanto, devem proteger o direito à vida. As comunidades, povos e nacionalidades indígenas, ao formarem parte da sociedade equatoriana têm, também, a responsabilidade de garantir o direito à vida de acordo com a Constituição e os convênios internacionais.

Além disso, o colegiado refere que é dever das autoridades indígenas e de seus membros colaborar com o Estado e suas instituições no processo judicial de determinação de responsabilidades e de punição do delito, no marco de processos objetivos de coordenação ordenados pela Constituição.

Por consequência, sem que se possa falar em interferência de diminuição do direito de autonomia jurisdicional das comunidades, povos e nacionalidades indígenas, no caso de ocorrer um delito contra a vida dentro da comunidade ou território indígena, o Estado garantirá que o mesmo seja julgado ou sancionado, em conformidade com as leis próprias do Direito Penal Ordinário.

Para a Corte, segundo o artigo 66, 1, da Constituição, o conhecimento de todos os casos de morte sempre é de responsabilidade do Estado. Em

consequência disso, compete à justiça penal ordinária indagar e realizar as respectivas investigações, seja de oficio ou a pedido da parte e julgar e sancionar em conformidade com a Constituição, os instrumentos internacionais e as leis incidentes. Não obstante deve preocupar-se em aplicar os devidos, oportunos e prévios mecanismos de coordenação com as autoridades indígenas envolvidas no respectivo caso, a fim de determinar os responsáveis pelos atos atentatórios à vida.

Da mesma forma, a Corte entende que nada afeta a ordem jurídico-legal penal e os princípios e regras constitucionais em reconhecer o direito que tem todo o cidadão indígena de que seja submetido à justiça penal ordinária, desde que sejam respeitados os ditames do Direito Internacional dos Direito Humanos e do Direito Interno, bem como respeitada a sua condição econômica, social e cultural.

Assim, a Corte conclui que a justiça penal comum, no caso de cidadãos indígenas, deve respeitar a Constituição, os Direitos Humanos, e, particularmente, o Convênio 169 da OIT, de maneira obrigatória em todas as fases processuais. No momento de sancionar a conduta, o juiz ou juízes deverão dar preferência a sanções distintas do encarceramento em coordenação com as principais autoridades indígenas envolvidas no caso.

Num primeiro momento, a Corte reconhece às autoridades indígenas a competência para julgamento mesmo em matéria penal, mandando apenas qiue julguem conforme o Direito Penal Ordinário. Posteriormente, assume uma posição contrária e afasta a justiça indígena, dizendo que compete a justiça comum, e que levará em consideração a condição de ser indígena, evitando o encarceramento.

A justificativa legal adotada pela Corte para que a justiça ordinária tenha competência exclusiva para julgamento em matéria penal é equivocada. O artigo 66 da Constituição do Equador de 2008 não exclui da justiça indígena a competência penal.

Embora pela interpretação do artigo 66, conclui-se que ele não retire a competência penal da justiça indígena, outro dispositivo legal pretender reduzir a competência penal da justiça indígena. O Projeto de Lei Orgânica de Coordenação e Cooperação entre a Justiça Indígena e a Justiça Ordinária pretende limitar a atuação da justiça indígena em matéria penal. O artigo 9° do

projeto [73] limita a expressão “conflitos Internos” [74]. Esse dispositivo pretende excluirda apreciação da justiça indígena crimes de genocídio, crimes contra humanidade, delitos contra a vida e a liberdade sexual, dentre outras. (FRIXONE, sem data, p.225)

Portanto, verificou-se que a tão esperada autonomia, advinda do reconhecimento da Plurinacionalidade na Constituição do Equador de 2008, pode estar ameaçada não só pelo entendimento da Corte, mas pela legislação que regulamentará a relação entre os dois sistemas de justiça.

A corte fez referência à perícia realizada por Esther Sánchez. A perita prescreveu que o julgador, antes de sua decisão, para orientar a aplicação de penas, sanções ou medidas alternativas, deverá considerar (a) uma valoração crítica da cultura envolvida, (b) o grau de isolamento ou integração da comunidade indígena a respeito da cultura mestiça majoritária; (c) o grau de afetação que gere o fim na estrutura social e comunitária nos membros da comunidade; (e) considerações sociais e culturais, assim como o grau de impacto, comoção e alarme social que a conduta ou ato cometido possa provocar na sociedade nacional ou em seu conjunto.

Por fim, a Corte destacou que os efeitos da presente decisão serão para o caso concreto, mas os critérios interpretativos e regras se estendem a casos que apresentem fins similares.

A sentença da Corte Constitucional do Equador, aprovada pela sua composição plena, com seis votos a favor e um voto contra, invocando a Constituição de 2008, determinou o seguinte:

> 1. Declarar que não houve vulneração aos direitos constitucionais, tanto no exercício da administração da justiça indígena por parte da Assembleia Geral Comunitária de La Cocha, como tampouco por parte do Ministério Público e da justiça penal ordinária.
> 2. Que a Assembleia Geral Comunitária do povo Kichwa Panzaleo é a autoridade indígena habilitada e competente para resolver os conflitos internos em seus territórios.
> 3. Que a Assembleia Geral Comunitária do povo Kichwa Panzaleo, quando conheceu este caso de morte, não resolveu a respeito da proteção do bem jurídico vida como um fim em si mesmo, senão em função dos efeitos sociais e culturais que essa morte provoca na comunidade, estabelecendo diversos níveis de responsabilidade que são

[73]Projeto de Lei Orgânica de Coordenação e Cooperação entre a Justiça Indígena e a Justiça Ordinária em FRIXONE (sem data, p.225).

[74]A expressão conflitos internos está presente no texto do artigo 171 da Constituição do Equador que reconhece a justiça indígena.

> distribuídas, em graus diferentes, entre os, diretamente, responsáveis e suas respectivas famílias, entretanto por outro lado, o ministério público e a justiça penal ordinária atuaram sobre a obrigação constitucional e legal de investigar e julgar, respectivamente, a responsabilidade individual dos envolvidos na morte, porque a Corte declara que não se configurou o "bis in idem", ou duplo julgamento.
> 4. Em conformidade com os artigos 11, numeral 8 e 436, numerais 1 e 6 da Constituição da República, a Corte Constitucional estabelece as seguintes regras de aplicação obrigatória, a partir da publicação da sentença, sob os seguintes termos:
> a) a jurisdição e competência para conhecer, resolver e sancionar os casos que atentem contra a vida de toda pessoa, é faculdade exclusiva e excludente do sistema de Direito Penal Ordinário, ainda que nos casos em que os envolvidos sejam cidadãos pertencentes a comunidades, povos e nacionalidades indígenas, assim os atos ocorrerem dentro de uma comunidade, povo ou nacionalidade indígena. A administração da justiça indígena conserva a sua jurisdição para conhecer e dar solução aos conflitos internos que se produzem entre seus membros dentro do âmbito territorial e que afetem seus valores comunitários.
> b) as autoridades da justiça penal ordinária, no processamento e na resolução de casos penais que envolvam cidadãos indígenas, aplicarão o estabelecido no Convênio 169 da OIT.
> c) É obrigação de todo meio de comunicação, público, privado ou comunitário, que para a difusão dos casos de justiça indígena, previamente, se obtenha autorização das autoridades indígenas correspondentes e comunicar os atos assegurando a veracidade e contextualização, reportando de maneira integral os processos de resolução de conflitos internos e não só atos de sanção, conforme o teor dos fundamentos desenvolvidos na parte de fundamentação desta sentença. Da mesma forma, se aplicará aos funcionários públicos judiciais ou não e particulares que deverão levar em consideração estes aspectos próprios.
> 5. Que o conselho da Judicatura organize um processo sistemático de difusão desta sentença com todos os operadores de justiça relacionados, devendo desenhar uma política internacional apropriada para lograr uma eficaz e generalizada implementação administrativa e financeira das instâncias de cooperação e coordenação intercultural a nível nacional tanto no âmbito do Ministério Público como nas instâncias pertinentes.
> 6. Que o Ministério da Justiça e Direito Humanos, em conjunto com a Defensoria do Povo, Defensoria Pública e a Secretaria Nacional de Gestão da Política, organizem com a maior brevidade possível um processo nacional de difusão desta sentença em nível local, provincial e nacional com as pessoas, comunidades e nacionalidades indígenas, em sua própria língua.
> 7. Notifique-se a presente sentença as partes interessadas e as autoridades referidas na parte resolutiva da mesma, em conformidade com o estabelecido na Constituição e na lei, devendo traduzir-se a parte resolutiva no idioma Kichwa, para ser divulgado entre as comunidades do povo Kichwa Panzaleo da Provincia de Cotopaxi.
> 8. Publique-se uma gazeta exclusiva em espanhol e Kichwa e parte resolutiva publique-se em espanhol e Kichwa em um jornal de circulação nacional. (p. 36 da sentença).

Na decisão, constatou-se que a Corte entendeu que os acusados poderiam ser julgados novamente pela justiça estatal, pois não haveria *bis in idem* porque não foi julgada a transgressão do direito à vida, mas seus efeitos. Nessa parte da sentença, a corte demonstra estar decidindo sobre o modo que o direito

à vida deve ser punido, interferindo na autonomia da justiça indígena. Não houve uma preocupação, mesmo ouvindo os peritos, em respeitar a visão dos indígenas e sua decisão sobre a punição adequada.

O entendimento da Corte se afasta de uma política emancipatória de direitos humanos. Como já referido no segundo capítulo, os direitos humanos devem ser afirmados dentro de uma política emancipatória e progressista, com alcance global, com legitimidade local e que respeite as diversidades culturais (SANTOS, 1997, p.13).

Frixone (sem data, p.225), refere que, mesmo diante do Convênio 169 da OIT, há uma tendência da justiça estatal em limitar a competência das autoridades jurisdicionais indígenas em razão da matéria. E acrescenta que se não houver uma integração com a cosmovisão indígena, a justiça ordinária sempre buscará uma forma de interferir na justiça indígena sob o argumento de interpretar a Constituição, buscando diminuir a sua autonomia.

A referida autora, também argumenta que limitar a competência da justiça indígena em matéria penal consiste numa conduta contrária à interpretação intercultural do Direito. Além disso, essa limitação revela que, mesmo com os avanços constitucionais e com o reconhecimento do pluralismo e da interculturalidade jurídicas, ainda perdura a imposição da perspectiva ocidental sobre a justiça indígena (FRIXONE, sem data, p.226).

Uma importante consideração é que os acusados do Caso La Cocha foram entrevistados por Ávila (2013, p.17) e referiram que a justiça indígena maltrata, não investiga de forma adequada, mas que a dor física que sentiram passa mais rápido que uma pena de prisão. Já a justiça penal, para eles é considerada autoritária e muito pior que a indígena. Uma pena de prisão, segundo os entrevistados, priva-os de sua liberdade e de seu convívio na comunidade.

Ávila (2013, p.31) aponta a justiça indígena como uma justiça restaurativa e uma alternativa para prisão.

Por sua vez, Grijalva (2012, p.562) realizou entrevistas com as autoridades indígenas de La Cocha, que entenderam que a partir dos fatos ocorridos na comunidade intensificou-se a subordinação da justiça indígena à justiça estatal. Os entrevistados relataram que as autoridades estatais como policiais e juízes estão decidindo conflitos que antes eram da comunidade.

A conclusão a que o referido autor chegou a partir das entrevistas realizadas na comunidade de La Cocha e em outras comunidades indígenas, foi que a relação entre a justiça indígena e a justiça ordinária é assimétrica. As autoridades estatais tendem a desconhecer as autoridades indígenas, negam ou demoram a declinar a competência quando a autoridade indígena já havia conhecido o conflito. Às vezes há a criminalização do exercício da justiça indígena, inclusive prendendo-se as autoridades indígenas (GRIJALVA, 2012, p.572).

Especificamente, em relação à decisão da Corte no caso La Cocha, Grijava (2012, p.573) entendeu que não houve uma análise constitucional sobre o conflito de jurisdições. Para o autor, há uma criminalização da justiça indígena e uma desconstrução do Estado Plurinacional, fazendo da autonomia uma tábua rasa.

Sobre o Caso La Cocha, conclui-se que a Corte entendeu que não há autonomia da justiça indígena, que esta não é capaz de determinar as sanções a serem aplicadas e nem julgar seus jurisdicionados em casos de delitos contra a vida. Se houvesse uma igualdade entre os dois sistemas, a justiça indígena não teria sua autonomia retirada. A Corte demonstrou uma visão colonial e monista, embora a todo tempo invoque conceitos como interculturalidade e plurinacionalidade. Não só a autonomia da justiça indígena é comprometida, mas todo um projeto de plurinacionalidade, representando um retrocesso ao texto da Constituição de 2008.

4.2 Caso Waorani: sentença 004-14-SCN-CC, caso 0072-14CN

O presente julgamento, sentença 004-14-SCN-CC, CASO OO72-14CN, julgado em 06 de agosto de 2014, da Corte Constitucional do Equador, trata de uma consulta de constitucionalidade de norma. A sentença divide-se em: item I, “antecedentes”, compreendendo (a) resumo de admissibilidade, (b) norma cuja constitucionalidade se consulta, (c) descrição dos fatos relevantes na tramitação da causa, (d) petição de consulta da norma, (e) audiência pública; item II, “Considerações e fundamentos da Corte Constitucional”, compreendendo (a) competência da corte, (b) legitimação ativa, (c) natureza e alcance da consulta de

norma de um caso concreto, (d) determinação dos problemas jurídicos a resolver, (e) argumentação sobre os problemas jurídicos; item III, “Decisão”.

No resumo de admissibilidade, consta ter sido suscitada uma consulta sobre a constitucionalidade da norma contida no artigo primeiro da Lei sem número, Registro Oficial 578-S, de 27 de abril de 2009, inserida antes da promulgação do artigo 441 do Código Penal do Equador.

A consulta foi proposta pelo juiz Álvaro Guerrero, titular de garantias penais de Orellana[75], no processo criminal 223/2013, suscitando a dúvida se há ou não aplicação da pena de genocício a membros do povo Waorani pela morte de indígenas de outra tribo, os Taromenane.

Em 02 de maio de 2014, foi admitida a consulta na Corte Constitucional do Equador. Já em 15 de maio de 2014, o processo foi remetido ao juiz relator Manuel Viteri Olvera, do pleno da Corte Constitucional. Uma audiência pública foi convocada para 10 de junho de 2014. O projeto de sentença foi remetido em 16 de julho de 2014 à Secretaria Geral para conhecimento do Pleno da Corte.

A Consulta de constitucionalidade de norma à Corte Constitucional está prevista no artigo 428 da Constituição do Equador de 2008. Pode ser feita por um juiz, de oficio ou a pedido da parte interessada.

> Art. 428. Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto, la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

No item I, subitem “norma cuja constitucionalidade se consulta”, é apresentado o artigo cuja constitucionalidade está sendo questionada à Corte:

> Art...Quién, com propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racional ou religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:
> 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado com pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Cumpre salientar que, em pesquisa à Lei sem número, Registro Oficial 578-S, de 27 de abril de 2009, constatou-se que a mesma altera o Código Penal

[75] Juiz Criminal da Província de Orellana,

do Equador incluindo antes do seu artigo 441, Título VI, Livro II, um capítulo que trata dos delitos de genocídio e etnocídio[76].

O artigo 1°, da Lei Registro Oficial 578-S, de 27 de abril de 2009, tem o seguinte conteúdo: “Art.1-Agréguese antes del articulo 441 del Codigo Penal, dentro del Título VI del Libro II, el seguinte Capítulo innumerado.”

No item I, subitem descrição dos fatos relevantes na tramitação da causa, o juiz que propôs a consulta, manifesta que, no dia 27 de novembro de 2013, se iniciou um inquérito para apuração da morte dos anciãos Waoranis, Ompore Omehuay e Buganey Caiga. O crime ocorreu na comunidade de Yarentaro, supostamente por um grupo denominado Taromenane, tribo que vive em isolamento.

Um grupo de Waoranis foi à selva com armas de fogo e lanças tradicionais para buscar rastros, localizar as famílias dos Taromenane com o propósito de matá-los. Na ocasião, sequestraram duas meninas de três e seis anos de idade, separando-as de suas famílias. Mataram vários membros dessa comunidade e retornaram à sua comunidade de origem de Dikaro e Yanterano, com as meninas sequestradas. Os acusados são em número de 17, de nacionalidade indígena Waorani. Um inquérito foi instaurado contra os acusados e foi solicitada a sua prisão preventiva.

Ainda no subitem I, descrição dos pontos relevantes na tramitação da causa. O juiz que formulou a consulta informou que o fiscal[77], em audiência pública, baseado no artigo 428 da Constituição, solicitou que se fizesse uma indagação à Corte, por conta da existência de motivos suficientes para gerar uma dúvida razoável e motivada a respeito da constitucionalidade da aplicação do artigo 1º da Lei sem número, Registro Oficial 578-S, de 27 de abril de 2009, que prevê a pena de genocídio.

Para o juiz há uma dúvida sobre a aplicação deste artigo diante de outros artigos da Constituição do Equador como o artigo 11, numeral 3 e os artigo 424 e 426. Também, refere que a aplicação da pena de prisão por genocídio, sem

---

[76]Ver Lei Reformatoria ao Código Penal do Equador, que tipifica o crime de genocídio e etnocídio, registro oficial número 578 de 27 de abril de 2009 em <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registrosficiales/2009/abril/code/19245/registro-oficial-no-578---lunes-27-de-abril-de-2009-o-suplemento#LEYORGANICA ELECTORAL>, acesso em 16/012017.

[77] O juiz se refere ao Fiscal, que é a figura similar ao promotor no direito brasileiro.

considerar a cosmovisão de seu povo, ofenderia o Convênio 169 da OIT, especialmente aos artigos 8, 9, numeral 2, artigo 10, numeral 1.

O artigo 11, numeral 3, da Constituição do Equador, assim dispõe:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
> 3- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Já os artigos 424 e 426, afirmam a prevalência da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos:

> Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.
>
> Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

No item I, subitem “audiência pública”, foram expostos os argumentos da promotoria geral do Estado e da Defensoria Pública.

A promotoria Geral do Estado manifestou-se pelo entendimento de que por se tratar de um delito contra a vida, os fatos não podem ficar impunes. Assim, argumentou que os Waorani devem fazer um esforço para entender nossa cultura e nossos valores de respeito à vida e convivência pacífica.

A posição da Promotoria Geral do Estado pode ser resumida, segundo

Garcia(2015, p. 144), nos seguintes argumentos:

> a)No Equador existe multiplicidade de povos e nacionalidades.
> b)Todos os povos e nacionalidades estão submetidos à Constituição da República.
> c)O marco jurídico estatal prevalece sobre as diversas culturas.
> d)Se pode reconhecer particularidades de outras culturas desde que todas as culturas respeitem a cultura mestiça.

A visão de tolerância para a Promotoria é a baseada na permissão. A cultura hegemônica (a cultura mestiça) que dá reconhecimento a outras culturas, como a indígena. As demais culturas para Promotoria são periféricas e o interesse prevalente é o do Estado(GARCÍA, 2015, p.144).

A visão da promotoria ainda demonstra a cultura jurídica arraigada, de preponderância da tradição europeia e de um único sistema de justiça, o estatal, conforme foi referido no primeiro capítulo (SANTOS, 2012, p.18).

.A defensoria pública, na audiência referida, interveio a pedido dos processados e entendeu que a Corte pode ter três caminhos para resolver a consulta de constitucionalidade:

> (a) o primeiro, declinar da competência para dar cumprimento ao que diz à constituição de que os povos indígenas têm direito a exercer jurisdição dentro de seu território para resolver conflitos próprios, porque, no caso em tela, o conflito seria interno a nacionalidades indígenas;
> (b) o segundo, a Corte estabeleceria uma pena atenuada no caso de que se diga que existe genocídio ou outro delito contra a vida, pois seria forçado, segundo a defensoria, aplicar uma pena de genocídio ao presente caso concreto e uma pena atenuada seria fruto de uma interpretação intercultural;
> (c) o terceiro, seria uma solução negociada em que a Corte e as autoridades indígenas Waoranis encontrassem uma saída intercultural e consensual para o conflito.

Em relação à posição da defensoria, segundo Garcia(2013, p.144) ele resume seus principais argumentos:

> a)O Equador é um estado pluricultural e reconhece a justiça indígena
> b)A Justiça indígena pode lidar com conflitos, que são considerados internos, ou seja que estão fora do ordenamento jurídico estatal e da cultura hegemônica;
> c)È possível dar a ordem jurídica estatal uma interpretação cultural;
> d)A nacionalidade Waorani é uma parte importante para um processo que seja dirigido a solução do conflito de forma consensual e sob uma perspectiva intercultural.

Para o autor a defensoria pública propõe a tolerância baseada no respeito mútuo pelas diferenças. Sendo que não há prevalência do ordenamento jurídico estatal sobre a justiça indígena, poderá haver uma solução negociada que

possibilite essa convivência (GARCIA, 2015, p.144).

A defesa dos acusados refere que os Waorani não tem o entendimento sobre os fatos ocorridos como entende a visão ocidental. Para a defesa, não vão deixar de repetir os mesmos atos, através de uma lei, como a do genocídio, que desconhecem.

A posição da defensoria, segundo Garcia(2015, p.145), pode ser resumida nos seguintes argumentos:

> a)A existência de uma cosmovisão própria por parte do povo Waorani.
> b)A validade, em condições de igualdade dessa cosmovisão;
> c)A impossibilidade de impor noções estranhas à cultura Waorani.
> d)A inutilidade do sistema frente aos fatos ocorridos e a outros semelhantes a que se pretende evitar.

Garcia(2015, p. 145) acredita que essa é uma posição de tolerância denominada estima. Por esse tipo de tolerância, as ideias da cultura alheia são consideradas valiosas, independente da cultura hegemônica do Estado e de suas conveniências.

Conclui-se pelos argumentos apresentados, que os defensores entendem que os indígenas devem ser julgados de acordo com seus costumes e não pela justiça estatal. Logo, pela interpretação dos argumentos da defesa, há autonomia da justiça indígena.

A Corte Constitucional no item II, considerações e fundamentos da Corte Constitucional, traz o subitem competência da corte. O pleno da Corte julgou-se competente para conhecer a ação.

No item II, subitem legitimação ativa, a Corte entendeu que existe legitimidade do juiz que propõe a consulta.

No subitem, natureza e alcance da consulta dentro de um caso concreto, a Corte refere que a consulta ocorre de acordo com o artigo 428 da Constituição, que busca garantir a coerência constitucional do ordenamento jurídico na aplicação normativa aos casos concretos. Refere, ainda, que a consulta de constitucionalidade tem efeitos concretos e abstratos e uma vez que a Corte tenha se pronunciado na sentença, não caberia nova consulta sobre fatos semelhantes em que já tenha se pronunciado. Também, destaca o papel de exercício hermenêutico realizado para a aplicação das normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico e ressalta seu papel em determinar se as normas obedecem aos instrumentos internacionais de direitos humanos. Salientou que,

através do exercício hermenêutico, realizará uma interpretação dos efeitos constitucionais que gera uma norma jurídica, emanada pelo Estado, sobre povos indígenas de recente contato com a civilização como os Waorani.

A Corte trouxe dois aspectos relevantes: a interpretação de normas jurídicas estatais em relação aos povos indígenas e a questão da averiguar se a norma jurídica obedece aos direitos humanos previstos nas convenções internacionais. No caso La Cocha, que foi analisado anteriormente, a preocupação era verificar se as penas do direito consuetudinário não representavam uma ofensa aos direitos humanos. Porém, no presente caso vemos uma preocupação com a interpretação intercultural da lei que se insere numa procura por uma interculturalidade crítica e não, meramente, funcional.

A perspectiva crítica da interculturalidade é a que busca uma mudança de baixo para cima, com modificação de estruturas, instituições e relações sociais para uma sociedade de todos. Essa perspectiva reconhece a inferioridade indígena perante o branco, decorrente do processo de colonização, e busca superá-la. (WALSH, 2009, p.4).

No item II, "determinação dos problemas jurídicos a resolver", a Corte entendeu serem os seguintes:

> 1) Se o artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal dentro do caso concreto vulnera os direitos coletivos consagrados no artigo 57 da Constituição da República em relação às comunidades, povos e nacionalidades indígenas, dos povos indígena de recente contato.
> 2) Se a aplicação do referido artigo vulnera as normas contidas no Convênio 169 da OIT.
> 3) Se a aplicação do mesmo artigo vulnera o princípio da igualdade material em relação às comunidades, povos e nacionalidades indígenas, e, em especial os de recente contato.

Para Garcia (2015, p.145), a Corte determinou os problemas jurídicos a partir de uma concepção jurídica dominante, que põe no seu centro a cultura dominante.

Porém, não se conclui dessa forma, pois como já foi mencionado, há uma grande preocupação da Corte com que a lei seja interpretada de forma a resguardar os direitos dos povos indígenas e sua visão.

No item II, subitem "argumentação sobre os problemas jurídicos", foram tecidas considerações sobre os problemas jurídicos. Sobre o primeiro problema, a

Corte alegou que deveria ser determinado o marco constitucional em que se desenvolve o constitucionalismo equatoriano vigente e que, para tanto, deveria realizar-se uma interpretação sistemática da Constituição, especificamente em relação à norma constitucional com relação aos direitos dos povos e nacionalidades indígenas.

Esclareceu que o artigo 1° da Constituição Equatoriana reconheceu o Estado Equatoriano como intercultural e plurinacional, existindo diferentes culturas e grupos étnicos que permitiram uma configuração do modelo estatal de forma que se reconheça a diversidade cultural que existe no País, afastando práticas de exclusão. Assim os povos indígenas têm os mesmos direitos dos demais cidadãos equatorianos, sem qualquer discriminação, e, ainda, direitos próprios na forma de sujeitos coletivos de direitos. A Constituição Equatoriana estabeleceu parâmetros para uma nova visão de Direito em que se respeite e incorpore na da vida jurídica do País esta cosmovisão de povos ancestrais, que tende a diferir da cultura hegemônica.

Ainda em relação ao primeiro problema jurídico, referiu-se que há uma proteção aos povos indígenas de recente contato, prevista no artigo 57 da Constituição do Equador[78].

Em relação aos direitos dos povos em isolamento, o artigo 57 da Constituição, referido pela Corte, dá o direito aos povos indígenas em isolamento voluntário de continuarem vivendo em isolamento e a proteção contra o etnocício, ou seja, o aniquilamento de sua cultura.

Assim dispõe o artigo 57:

> **Art. 57.-** Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
>
> *Los* territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer enaislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

[78]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

Já em relação ao crime de genocídio, previsto no artigo 441 do Código Penal do Equador[79], a corte considera que o transgressor deve ter consciência e vontade do dano que pretende fazer contra um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

O artigo 441 tem a seguinte redação:

> Artigo 441- Quien con propósito de destruir total o parcialmente a um grupo nacional, étnico, racional o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1.Quien ocasionar la muerte de sus miembros, será sancionado com pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Conforme a Corte, para aplicar-se a Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio deve haver dois elementos: a *mens rea* e o actus reus. *A mens rea* consiste no dolo específico de cometer genocídio. Já o *dolus specialis* é a realização de um dos cinco atos do artigo 2° da Convenção[80]. Como por exemplo, o assassinato de membros de um grupo. Porém, segundo a corte há a necessidade, também, da presença do dolo especial.

O artigo 2 da Convenção tem a seguinte redação:

> Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional. étnico, racial ou religioso, como tal:
> a) matar membros do grupo;
> b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
> c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
> d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
> e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Refere a Corte que para configuração do crime de genocídio deve existir alguns indícios previstos na Convenção para Prevenção e Repressão do crime de Genocídio, sendo um deles, a escala das atrocidades cometidas. Os motivos, como por exemplo, a vingança, não são elementos do tipo penal e a responsabilidade de partícipes deve ser provada pessoalmente.

No caso concreto, o Colegiado entende que os indícios devem ser

---

[79] Constituição do Equador de 2008, disponível em: Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

[80] Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf>, acesso em 16/01/2016.

considerados e interpretados numa perspectiva intercultural, considerando as práticas culturais e os recursos dos envolvidos. Toda esta análise deve ser considerada dentro de uma perspectiva intercultural para verificar que tipo de repercussão causaria aos direitos coletivos dos povos envolvidos, visto que desconhecem o contexto da norma por ser alheia à sua cosmovisão.

Posteriormente, a Corte cita uma decisão anterior, sentença 008-009-SAN-CC, caso 0027-09-NA, em que se estabeleceram princípios para resolver os problemas relacionados com os povos ancestrais como (a) a continuidade histórica, (b) a diversidade cultural, (c) a interculturalidade e (d) a interpretação intercultural (p.19 da sentença).

A corte parece que pretende estabelecer critérios para tratar questões relativas aos direitos dos povos indígenas.

Não nos deteremos a analisar todos os princípios, mas em relação a questão indígena importante a análise do princípio de interpretação cultural. O princípio da interpretação intercultural busca uma releitura dos fatos à luz do reconhecimento da diversidade de culturas. Diante dessa reinterpretação, pode ser verificada se o condicionamento cultural justificaria ou não a transgressão de uma determinada norma jurídica (GARCIA, 2015, p.146).

Também, foi invocado pela Corte o “princípio pro comunitas” sendo que aplicar a pena de genocídio aos indígenas que cometeram os delitos sem uma análise prévia sobre critérios de interculturalidade que o caso exige poderia gerar uma vulneração ao princípio da diversidade étnica e cultural e, portanto, aos direitos coletivos reconhecidos pela Constituição do Equador aos povos e nacionalidades indígenas. Na medida em que fosse a norma aplicada, afetaria a sua identidade como povo originário. A norma penal deve ser aplicada pelo juiz em atenção às circunstâncias sociológicas dos povos que se encontram em conflito penal, pois a Corte tem a competência apenas da análise da constitucionalidade e não sobre a determinação da responsabilidade penal.

Nesta parte da sentença, a Corte diz que não tem competência para análise da responsabilidade penal, porém não faz referência se a justiça indígena poderia ou não julgar os fatos ocorridos na comunidade indígena.

O segundo problema jurídico, consiste em indagar se a aplicação do artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal, no caso concreto, vulnera as

normas contidas no Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes. Nesse item, a Corte invocou o artigo 424 da Constituição do Equador[81], que trata da prevalência dos tratados internacionais sobre os direitos humanos ratificados pelo Estado e sobre as normas jurídicas ou atos do Poder Público. Refere, ainda, o artigo 3° da Constituição que preceitua a aplicação imediata dos direitos e garantias constitucionais e todos tratados internacionais sobre os direitos humanos.

O artigo 424 da Constituição tem a seguinte redação:

> Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Segundo a Corte, o autor da consulta manifestou que a norma contida no artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal poderia entrar em colisão com as normas do Convênio 169 da OIT, principalmente, os artigos 8, 9 e 10.

Porém, o Colegiado argumentou que o artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal contém um tipo penal aberto, logo não estaria em contradição ao Convênio 169 da OIT. A norma deve receber uma interpretação intercultural que inclui os pressupostos de continuidade histórica, diversidade cultural e interculturalidade que devem ser observados no processo penal em que se vejam imersos os povos ancestrais.

Em relação ao artigo 9°, número 2 do Convênio 169 da OIT a Corte manifestou que, no caso concreto, as autoridades jurisdicionais assim como a promotoria, devem considerar os costumes próprios dos povos indígenas antes de praticar qualquer ato, com o fim de resguardar os direitos ancestrais e os direitos internacionais reconhecidos constitucionalmente. Para que isto ocorra, deve-se contar com peritos sociológicos e antropológicos, para identificar, claramente, as práticas consuetudinárias dos povos com o objetivo de determinar

---

[81]Constituição do Equador em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

a natureza e o sentido das ações investigadas .

Nesse ponto da sentença, a Corte refere os costumes indígenas reconhecendo-os, porém mais uma vez não entrenta a questão da possibilidade de que o fato seja de competência da justiça indígena.

Também, é necessário verificar se as medidas cautelares de caráter pessoal praticadas contra os infratores, membros do povo Waorani, transgrediram oo artigo 10, números 1 e 2 do Convênio 169 da OIT. A sanção de privação de liberdade, no entendimento da Corte, seria a última saída dentro da configuração do Direito Penal, aplicada aos povos ancestrais dentro de uma visão intercultural. O aprisionamento implicaria em segregá-los da sua comunidade e da sua coletividade. Porém, a Corte entendeu que o processo se encontra em fase de instrução e caberia à justiça penal determinar, de imediato, a análise das circunstâncias do caso e fazer a interpretação intercultural.

Nesse ponto, a sentença deixa a critério da justiça estatal a análise dessa visão, ignorando, totalmente, o sistema de justiça próprio indígena.

Em relação ao terceiro problema, ou seja, se a aplicação do artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal, no caso concreto, vulneraria o princípio de igualdade material em relação às comunidades, povos e nacionalidades indígenas.

Sob este cenário, a Constituição da República, sendo a norma principal que guia a estrutura do Estado Equatoriano, consagra-o como um estado unitário, intercultural, plurinacional, situação que comporta um compromisso mediante o qual se reconhece a existência de outras culturas e nacionalidades dentro de seu território. A igualdade material na aplicação da lei exige este respeito às diferenças culturais existentes entre os diversos grupos sociais que formam a Sociedade Equatoriana. Este princípio exige o trato igual em situações idênticas, e diferente em situações distintas.

Para verificação do princípio da igualdade material, segundo a Corte, devem ser observados quatro mandamentos: 1) o mandamento de trato idêntico a destinatários cujas situações são idênticas; 2) o mandamento de trato inteiramente diferenciado a destinatários cujas situações não comportam nenhum elemento comum; 3) o mandamento de trato paritário a destinatários cujas situações apresentam semelhanças e diferenças, mas as semelhanças são

maiores que as diferenças (tratamento igual apesar da diferença); 4) o mandamento de tratamento diferenciado a destinatários que se encontram em uma posição de semelhanças e diferenças, mas as diferenças são mais relevantes que as similitudes. Logo, o tratamento deve ser diferente, apesar de existirem semelhanças.

A Corte concluiu que, em relação à norma objeto da consulta incidindo sobre o caso concreto, não pode ser aplicada de forma idêntica aos Waorani, do mesmo modo que ao restante da população hegemônica do Equador, uma vez que suas realidades histórica, cultural, assim como sua cosmovisão, são diferentes. O primeiro e o segundo mandamentos não estão presentes. O problema, em relação ao terceiro mandamento, é que as diferenças culturais e a cosmovisão dos membros dos Waorani e da população hegemônica são, manifestamente diversas. A situação do caso concreto enquadra-se no quarto mandamento – mais diferenças que semelhanças – e deve contar com peritos sociológicos, antropológicos para amparar o juiz competente ao julgar a causa. A finalidade é a de identificar se o tratamento deve ser inteiramente diferenciado no caso de não haver nenhum elemento comum, ou adotar-se um tratamento apenas diferente, apesar das similitudes, em face das diferenças, serem maiores.

García (2015, p.146), ao comentar esta parte da decisão da Corte, avalia que não há uma situação paritária dos povos indígenas frente à cultura hegemônica.

Por último, a Corte Constitucional manifestou-se no sentido de que se deve estabelecer mecanismos de coordenação e cooperação da jurisdição ordinária com a jurisdição indígena, contando com peritos sociológicos e antropológicos que permitam demonstrar em que medida a aplicação de uma norma geral pode atentar contra direitos coletivos e culturais de um povo ancestral. Nessa parte da sentença, a Corte refere a possibilidade de participação da justiça indígena, mas em nenhum um momento diz que ela tem autonomia para decidir sobre a questão.

O item III da decisão contém dispositivos da sentença que tem com o seguinte conteúdo:

> 1) Aceitar a consulta de norma remetida pelo juiz de garantias penais de Orellana,

> 2) Declarar que no caso concreto a aplicação do artigo inserido antes do artigo 441 do Código Penal merece uma interpretação intercultural, com o fim de evitar vulnerações a direitos constitucionais.
> 3) De conformidade com artigo 143, numeral 2 da Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional, a figura penal do genocídio só poderá ser aplicada no caso concreto pelo juiz consultante, sempre que se verifique de maneira fundamentada o cumprimento de todos e cada um dos pressupostos convencionais determinados na "Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio", todos eles em observância dos parâmetros da interculturalidade, nos termos previstos na decisão.
> 4) Para proceder a uma interpretação intercultural no caso concreto se dispõe:
> 4.1) Que o juiz dê garantias penais de Orellana que conhece o caso, antes da aplicação da norma consultada, implemente as medidas urgentes necessárias, entre outros, peritos sociológicos, antropológicos, com o fim de assegurar que o processo penal seja amparado desde uma perspectiva intercultural, com observância dos parâmetros assinalados na parte dos motivos da sentença*(ratio decidendi).*
> 4.2) Todo o resultado se implementará de maneira célere, sem prejuízo das medidas e ações processuais imediatas que deverá adotar o juiz de garantias penais de Orellana, no conhecimento do caso, para sanar as atuações e omissões estabelecidas.
> 4.3) As normas penais que forem aplicáveis no presente caso, em conformidade com o critério do juiz, deverão observar os princípios constitucionais analisados e deverão ser interpretadas de uma perspectiva intercultural.
> 5) Que a defensoria do povo, em conformidade com a Constituição, realize a vigilância do devido processo e informe à Corte Constitucional, periodicamente, sobre o cumprimento desta decisão, durante todo o desenvolvimento do processo penal até sua culminação.

Nessa decisão podemos verificar que houve uma preocupação da Corte com uma interpretação intercultural, mas em nenhum momento houve uma inclinação no sentido que a justiça indígena decidisse o caso.

Se a Corte considerasse a justiça indígena como autônoma, teria suspendido o processo penal e as autoridades indígenas iriam julgar conforme seus costumes. Logo, a autonomia da justiça indígena não foi contemplada pela Corte nessa decisão.

4.3 Decisões da Corte Nacional de Justiça sobre a autonomia da justiça indígena:

Além das decisões da Corte Constitucional do Equador, algumas decisões proferidas pela Corte Nacional de justiça abordam a questão da autonomia ou não da justiça indígena.

Em pesquisa ao Site da Corte Nacional de Justiça, com o indexador" Justiça indígena" foram obtidas 3(três) decisões que iremos analisar com o intuito

de ampliar a pesquisa e melhor responder ao problema de pesquisa. Abaixo seguem os dados das decisões:

a)Sentença 0248-2010-2SP, Origem: Segunda Sala Penal da Corte Nacional de Justiça(2008) julgado: 22/04/2010, tipo: sentença, recurso: Recurso de Revisão Criminal Assunto: usurpação. Recorrente: CAIZAN ALVAREZ DOLORES **/** ZHININ PINGUIL MELCHOR Recorrido: MUÑOZ IGLESIAS JOSE HUMBERTO.

b)Sentença 0153-2013, Procedência: Sala de Família, Infância e Adolescência da Corte Naciona de Justiça, julgado: 10/10/2013, tipo: sentença, recurso: Apelação, Assunto: Violação, Recorrente: WARUSH GUARUSHA ESTALYN IVAN, Recorrido: FREDY NARANJO NARANJO **/** WISUMA MISATAK MIGUEL.

c)Sentença: 0025-2010-2SP, Origem: Segunda Sala Penal da Corte Nacional de Justiça(2008), Julgado: 15/02/2013, tipo: sentença, recurso: Recurso de Cassação Assunto: Assassinato Recorrente: TOCAGON COBACANGO JOSE ROGELIO Recorrido: CUASCOTA PUJOTA JOSE MARCO.

4.3.1 Sentença 0248-2010-2SP

Os apelantes Melchor e Dolores interpuseram recurso de revisão criminal contra sentença proferida pelo juiz Terceiro de Penal e Trânsito da cidade de Cañar. A sentença declarou os apelantes culpados condenando-os a um mês de prisão correcional e perdas e danos.

Houve um conflito de terras entre os apelantes e o apelado. Sendo que os apelantes são cidadãos de nacionalidade Kicha Canari, membros da Comunidade San Rafael, sector denominado Mangacusana, pertencente à jurisdição indígena de Cantón Cañar. O conflito ocorreu com José Humberto Munhoz Iglesias.

A jurisdição indígena avocou o conhecimento dos fatos em 12 de agosto de 2008, abrindo expediente e citando os envolvidos nos fatos para acareação. Posteriormente, decidiu que era legítima a reclamação de Melchor e Maria e que eles são os donos dos lotes que reclama o Sr. José Humberto Munhoz.

A sessão de direito penal, ao apreciar o pedido de revisão, menciona que em decisões anteriores, deu amplo reconhecimento à jurisdição indígena para

resolver problema interno de suas comunidades. Embasa sua decisão no Convênio 169 da OIT, que segundo a Corte estabelece a prevalência dos direitos indígenas sobre a justiça comum. Refere os artigos 9°, numeral 2 e artigo 10, 1, da referida Convenção.

A Corte, ainda, faz referência ao artigo 35 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas[82] e ao artigo 171 da Constituição do Equador de 2008.

O artigo 35 da Declaração tem a seguinte redação: “Artigo 35 Os povos indígenas têm o direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades”.

Os juízes do colegiado entenderam que o juiz terceiro de Garantia Penal e Trânsito de Canar, ao proferir a sentença contra os apelantes, não tinha jurisdição nem competência para apreciar o fato, pois é juiz da jurisdição ordinária e não indígena.

A Corte julgou procedente a revisão criminal e absolveu os acusados, ressalvando as ações que possam ser tomadas pelo recorrido na justiça indígena e advertiu o juiz que proferiu a sentença sobre o seu descumprimento das normas constitucionais.

No caso em tela, verifica-se a autonomia da justiça indígena em sua forma plena, pois foi afastada a jurisdição ordinária, prevalecendo á decisão da justiça indígena.

Porém, cumpre observar que essa decisão se refere a fatos de menor gravidade em relação aos ocorridos no Caso La Cocha e Waorani. Logo, não tem como determinar se é uma decisão que irá se repetir e criar repercussão de modo que a Corte Constitucional do Equador possa modificar seu posicionamento.

4.3.2 Sentença 153-2013:

O recorrente Estalyn ingressou com recurso de cassação da sentença proferida pela Sessão única da Corte Provincial de Justiça de Sucumbios, que

---

[82] Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, 13 de setembro de 2007, disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf, acesso em 16/01/2017:
.

negou seu recurso de apelação e ordenou sua internação compulsória por 4(quatro) anos.

O apelante é indígena e menor de idade.

Em suas alegações, o defensor do acusado disse que houve transgressão aos artigos 343 e 344 do Código Orgânico de Função Judicial. E ainda afirma vulneração do artigo 345 e 171 da Constituição e dos tratados internacionais. Pretende que seja afastada a jurisdição estatal e que o julgamento seja efetuado pela justiça indígena, declinando-se a competência ao Presidente da Comunidade Shuar-Taruka.

A promotoria reconhece que a justiça indígena tem base constitucional e em tratados internacionais e que as decisões das autoridades indígenas devem ser respeitadas. Porém refere que não há uma lei de coordenação entre o sistema de justiça indígena e do da justiça estatal. E, que na omissão da lei, a justiça ordinária não pode deixar de administrar a justiça. Para a promotoria o recurso é equivocado, tecnicamente, pois pretende alegar a questão da competência, que deveria ser suscitada através de um pedido específico à Corte.

O tribunal fez as seguintes considerações:

> 1)Quanto à competência: Entenderam que a Sessão especializada em crianças, famílias, adolescentes é competente para julgar o recurso interposto, de acordo com o Código Orgânico de Função Judicial.
> 2)Sobre o recurso de cassação: Argumentam que o recurso de cassação, conforme o Código de Processo Penal, é um recurso extraordinário, que só tem cabimento quando há violação da lei ou ela é interpretada erroneamente.

A Corte determinou que os problemas jurídicos a resolver são os seguintes:

> a)se o julgamento em análise corresponde a jurisdição indígena ou ordinária especializada em adolescentes infratores, desde a ótica do disposto nos artigos 171 da Constituição e 343 do Código Orgânico de Função Judicial.
> b)sobre a falta de aplicação do artigo 344 do Código Orgânico de Função Judicial , que fixa os princípios da justiça intercultural, a serem aplicados pelos juízes e juízas da justiça ordinária.
> c)se procede no caso em análise a declinação de competência à jurisdição indígena, ao teor do artigo 345 do Código Orgânico de Função Judicial.
> d)O Tribunal deve ademais controlar que na sentença se houve a vulneração às garantias básicas do devido processo, consagradas no art. 76 e 77 da Constituiçao e se foram aplicados os princípios que inspiram a justiça especializada em adolescentes infratores, fixada no artigo 256 do Código de Infância, Adolescência e Adolescentes infratores.

No item, critérios sobre os quais o Tribunal realizará sua análise, são estabelecidos os seguintes parâmetros para a decisão:

> a)Que o artigo 171 da Constituição do Equador e o artigo 343 do Código Orgânico de Função Judicial, que reconhecem a justiça indígena, devem ser interpretados de acordo com o artigo 426 da Constituiçao do Equador, no sentido que se favoreça a vítima e o processado, já que não existe um catálogo específico de direitos indígenas.
> b)Que o delito de estrupro constitui uma violação ao artigo 66, parágrafo 3, que inclui o direito a integridade física, psíquica, moral e sexual e que constitui uma violação aos direitos humanos e as liberdades fundamentais.
> c)Que o delito de estupro vulnera os direitos à segurança pessoal e a proteção do Estado contra a violência.
> d)Que o estupro é tipificada no artigo 512 do Código Penal.
> e)Que é dever do Estado prevenir a violência contra a mulher.

A Corte, ao analisar o recurso, referiu que a lei e a Constituição reconhecem a jurisdição indígena para conflitos internos. E que conflitos internos e a violação dos direitos humanos das mulheres não são a mesma coisa.

A afirmação da Corte relembra o que Karla Encalada (2012, p.206) referiu sobre a existência de um racismo estrutural dentro do Estado Equatoriano e da falta de um equilíbrio na distribuição de recursos que faz com que não haja um diálogo horizontal entre justiça indígena e justiça estatal. No caso em tela, a Corte demonstra essa ideia na medida em que dependendo da gravidade dos fatos não poderia a justiça indígena atuar, reduzindo a autonomia da justiça indígena.

Também, acrescenta o Colegiado que o crime cometido pelo recorrente é previsto no artigo 512 do Código Penal[83], instrumento da jurisdição ordinária. Logo, o julgamento do fato cabe à justiça comum.

A redação do artigo 512 do Código Penal é a seguinte:

> Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:
> 1o.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
> 2o.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
> 3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

[83]Código Penal do Equador. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf>,acesso em 16/01/2017.

Em relação à necessidade de uma interpretação intercultural, a Corte relata que o juiz não fez tal interpretação, quando da imposição da medida sócio educativa ignorando a condição de indígena do apelante.

Para a Corte não há duplo julgamento no caso, pois a função da autoridade indígena se limitou a convocar a Assembleia Comunitária ao pedido do pai do adolescente.

Também, entende o colegiado que não há procedência da petição de declinação de competência, mantendo a justiça ordinária.

Porém, a Corte refere que a medida educativa, de 4(quatro) anos de internação, não obedece a interculturalidade, o princípio de inocência, o direito do menor continuar seus estudos. Ao analisar a prova a Corte concluiu que o adolescente e a menor mantiveram relações de namoro e que as relações sexuais são comuns nas comunidades indígenas, conforme o dirigente de assuntos jurídicos da comunidade.

A Corte decidiu cassar, em 01/10/2013, a sentença determinando que o menor permanesse internado de acordo com o tempo que já havia cumprido e que se providencie auxílio psicológico e social à vítima em local próximo a sua comunidade.

A decisão não foi unânime, houve o voto contrário da juíza Maria Del Carmem Espinoza Valdiviezo que declinou a competência para justiça indígena. A juíza argumentou que a justiça indígena tem autonomia, de acordo com o artigo 1°, da Constituição do Equador que define o Estado como plurinacional e intercultural. Também, faz referência aos instrumentos internacionais como o Convênio 169 da OIT.

No caso em tela, verificou-se que mais uma vez foi retirada a autonomia da justiça indígena. A justiça estatal é que tem decidido o que pode ou não ser julgado pela justiça indígena. Entretanto, houve uma interpretação intercultural do fato em consideração a condição de indígena do recorrente, pois sua pena foi reduzidada pela Corte.

4.3.3 Sentença 0025-2010-2SP

A segunda sala penal da Corte Nacional de Justiça recebeu o recurso de cassação interposto Rogelio contra sentença do juiz segundo Penal de Pichincha, que foi proferida no dia 3 de abril de 2008.

A sentença declarou o recorrente culpado por assassinato e lhe impôs uma pena de 16(dezesseis) anos de prisão.

No recurso, o recorrente alega que o juiz que o julgou não era competente para fazer seu julgamento. Pois, como indígena teria que ser julgado pela justiça indígena. O autor é pertencente à comunidade indígena Lona Gorda, Parroquia Tupigachi, Cantão Pedro Moncayo, Província de Pichincha.

Invoca o artigo 191 da Constituição de 1998, que trata do pluralismo jurídico.

A sala penal entende que está comprovada a autoria e a materialidade do assassinato.

Entendeu que o pluralismo jurídico, cede diante de fatos graves como o assassinato no caso em tela. Pois a justiça indígena só pode atuar em conflitos em que não haja vulneração dos direitos fundamentais.

Em 15/10/2010, a Corte negou o recurso, mantendo a sentença.

Em primeiro lugar, a decisão trata de fatos ocorridos ainda na Constituição de 1998. Porém, o julgamento ocorreu já na vigência da Constituição de 2008. Já em 1998 era reconhecida a jurisdição indígena, posteriormente, em 2008 houve o reconhecimento da plurinacionalidade no texto constitucional.

O texto do artigo 191 da Constituição do Equador de 1998[84] tinha a seguinte redação:

> Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

[84] Constituição do Equador de 1998. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf>, acesso em 16/01/2017.

Já o artigo 171 da Constituição do Equador de 2008[85], não limita a atuação da jurisdição indígena às leis, mas aos direitos constitucionais:

> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Sem adentrarmos na matéria penal, importante fazer referência que não havia nem na Constituição antiga, 1998, e nem na atual qualquer limitação à justiça indígena.

O que há na constituição atual é a expressão “conflitos internos”, sem uma definição legal para seu significado e alcance. Como já referimos, há um projeto de lei visando delimitar essa expressão.

Porém, conclui-se a partir da presente decisão, que não importa a alteração de uma norma constitucional ou de uma lei se ela não vier acompanhada de uma mudança de mentalidade tanto da sociedade como dos operadores do direito. Justificamos nossa conclusão relembrando as ideias de Santos(2012) .

Para Santos(2012, p.18) o reconhecimento da justiça indígena encontra resistência de uma tradição europeia, monista e que tem sido alicerçada em um sistema único de justiça vinculado ao Estado.

O autor coloca que são os princípios fundamentais do direito moderno: soberania, a unidade e a autonomia que representam um desafio a um sistema de justiça plural (SANTOS, 2012, p.18).

---

[85] Constituição do Equador. Disponível: em <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>, acessado em 06 jan. 2016

4.4 Comparações entre as decisões judiciais:

Em relação aos casos analisados podemos chegar a algumas conclusões:

- No Caso La Cocha não foram afastadas as penas já aplicadas pela justiça indígena, mas ficou decidido que a competência para julgar os indígenas é da justiça comum. Entende-se que, embora tenha sido invocada a plurinacionalidade e interculturalidade, a Corte defende a Supremacia da Justiça Estatal.
- No Caso Waorani não houve julgamento por nenhum dos dois sistemas judiciais, mas a Corte ao responder a Consulta não afasta a competência da justiça Estatal. Porém, a corte avança na questão intercultural, uma vez que recomenda que a lei de genocídio seja analisada conforme a visão dos povos indígenas.
- Na Sentença 0428-2010-SP da Corte Nacional de Justiça, que trata do crime de usurpação, foi cassada a decisão da justiça comum é ficou decidido que a competência é da justiça indígena. Logo, essa decisão é a que se inclina no sentido de uma autonomia plena da justiça indígena.
- Na Sentença 0153-2013 da Corte Nacional de Justiça, que trata do crime de estupro, foi afastada a competência da justiça indígena, pois a Corte Nacional de Justiça entendeu que esse tipo de crime não está abrangido na expressão “Conflitos Internos”, prevista no artigo 171 da Constituição do Equador. Porém, o voto divergente de um dos juízes era favorável que a competência fosse da justiça indígena. Também, foi diminuída a pena do acusado, dando uma interpretação intercultural ao fato.
- Na sentença 0025-2010-2SP da Corte Nacional de Justiça, que trata do crime de assassinato, o fato ocorreu na vigência da Constituição de 1998. Porém foi julgado em 2010 depois da promulgação da Constituição de 2008 e do reconhecimento da plurinacionalidade. Esta decisão demonstra que não houve mudança na mentalidade das autoridades judiciais que ainda tem o pensamento que a justiça indígena é inferior a estatal e que deve se resumir a julgar conflitos de menor importância.

Em relação aos casos analisados, apenas o recurso sobre o crime de usurpação defende a autonomia da justiça indígena. Em todos os demais, a defe-

sa é por uma autonomia mitigada, ou seja, a justiça indígena seria autônoma para julgar conflitos menores, sendo que os fatos mais graves ou ficarão a cargo da justiça estatal ou serão julgados pela justiça indígena sob certas condições e fiscalização da justiça estatal.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou se há ou não autonomia da justiça indígena através de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial consistente na análise do conteúdo de decisões da Corte Constitucional do Equador.

A partir do primeiro capítulo, constatou-se a dificuldade de garantir uma interculturalidade crítica e a plurinacionalidade, devido a toda uma relação de colonialidade que perdura até os dias atuais. Muitos países sequer adotaram a plurinacionalidade, permanecendo nos ciclos de constitucionalismo multiculturalista e pluriculturalista. Apenas com uma reforma das instituições, nas estruturas do Estado e na própria mentalidade da sociedade é que um projeto plurinacional poderá, realmente, ser efetivado no Equador.

No segundo capítulo, verificou-se que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano trouxe um novo catálogo de direitos, como os direitos da natureza e, também, ampliou direitos dos povos indígenas. O Equador foi declarado como um Estado Plurinacional e Intercultural pela Constituição de 2008. Ademais, ao analisar-se a justiça indígena, constatou-se que seus procedimentos divergem daqueles da justiça comum e é difícil estabelecer uma cooperação ou mesmo uma coordenação entre os dois sistemas. A proposta de Boaventura Santos, envolvendo a ecologia dos saberes, é de uma coordenação judicial e não legal. Por outro lado, a Constituição preceitua que haverá uma coordenação legal, o que dificulta ainda mais a autonomia da justiça indígena.

O segundo capítulo discutiu algumas dificuldades para a autonomia da justiça indígena, como a soberania estatal e a unidade do Direito. Essas dificuldades puderam ser comprovadas no terceiro capítulo a partir da análise das decisões.

Também no segundo capítulo, verificou-se que nem sempre é fácil conjugar a autonomia com os limites dos direitos humanos. Sanções como o banho de urtiga podem ser entendidas como violação aos direitos humanos que

se destinam a todos e são obrigatórios. No entanto, é necessário buscar uma visão intercultural que dialogue com a cosmovisão indígena. A Corte Interamericana de Justiça, na Resolução que foi analisada, demonstrou preocupação com os direitos das meninas Taromenane, porém não foram deferidas as medidas cautelares em favor das mesmas, julgando que os procedimentos do Estado do Equador estavam corretos. A Corte, nesse caso, transmitiu a ideia de que não teve interesse em envolver-se numa situação que ainda demandará muita discussão: a dos limites de certos costumes indígenas.

No terceiro capítulo, foi analisado primeiro o Caso La Cocha, em que mesmo após os acusados já terem recebido as sanções da justiça indígena, a Corte manifestou que a competência de julgamento de crimes contra a vida é da justiça comum. Nessa decisão, é evidente que a justiça indígena não foi considerada autônoma porque, além de limitar a competência da justiça, a Corte procedeu a várias recomendações que, inclusive, podem limitar a atuação da justiça indígena em outras oportunidades.

Já com relação ao caso Waorani, também analisado no terceiro capítulo, verificou-se que a Corte não teve uma preocupação em se manifestar se os fatos deveriam ser julgados pela justiça comum ou indígena. Demonstrou uma preocupação em garantir uma interpretação intercultural das normas emanadas pelo Estado, mas não em relação a autonomia para que a justiça indígena julgasse de acordo com seu próprio costume.

Por último, trouxemos decisões da Corte Nacional de Justiça que demonstram que há discussões no segundo grau de jurisdição sobre a autonomia ou não da justiça indígena. Uma das decisões deu autonomia à justiça indígena, o que significa já um avanço e poderá abrir precedente para novas decisões semelhantes.

Pela análise das decisões, conclui-se que neste momento não há autonomia da justiça indígena no Equador no sentido de uma proposta intercultural e plurinacional. O que há é uma autonomia mitigada, que não coloque em xeque a supremacia da justiça estatal. Há falta de parâmetros de coordenação entre as duas justiças e mesmo os limites de atuação de ambas as justiças tem causado problema aos indígenas que, muitas vezes, respondem duas vezes pelo mesmo delito.

Não há uma resposta definitiva para questão da autonomia da justiça indígena, hoje, as decisões são dadas em caso a caso. Logo, só quando houver uma decisão mais clara da Corte poderá se comprovar se a proposta de plurinacionalidade está ou não sendo efetiva no Equador.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras**: entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica. Volume 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ASSIES, Willem, **El multiculturalismo latinoamericano al inicio del siglo XXI**. Programa de Cooperação Internacional Jornadas "Pueblos indígenas de América Latina": Barcelona, 2005. Disponível em:< http://chakana.nl/files/pub/_MulticulturalismoLatino Americano_2005.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2015.

ÁVILA, Ramiro Santamaría. **La prisión como problema global e a justiça indígena como alternativa local**: Estudio de Caso. Equador: Quito, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10644/3826>. Acesso em 08 jan. 2017.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington**: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos. São Paulo: FAU USP, 1994. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf>**.** Acesso em: 11 jan. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.

BURCKHART, Thiago Rafael. O Novo constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. **Revista Eletrônica Direito e Política**. v.8. n.2. set./dez.2013. p.1005-1022. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5469>. Acesso em 05 nov. 2016.

BURCKHART, Thiago Rafael; PETTERS, Milena Melo. Direito Indígena e Inovações Constitucionais na América Latina: Um leitura a partir da teoria crítica do Direito. **Revista Jurídica ICC**. v.17. n.34. jul./dez.2013. p.97-120.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. Da tradição ocidental de constitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: análise das garantias constitucionais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 19. n.13. p. 1014-1044. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6677>. Acesso em: 22 jan. 2017.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Garantias de Direitos Fundamentais no Novo Constitucionalismo Latino**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=449ef87e4d3fa1f1>**.** Acesso em: 28 nov. 2016.

CLAVERO, Bartolomé. Estado Plurinacional, Aproximação a um novo paradigma constitucional americano. *in:* **Aprender desde o Sul**: novas constitucionalidades,

pluralismo jurídico e plurinacionalidade**.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONDORI, Carlos Mamani. Plurinacionalidade y Descolonización: Los Caminos de La Indianidad. *in:* **Aprender desde o Sul**: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos Humanos.** 8.Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ECUADOR. **Constituición de la República del Ecuador**. Disponível: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf.> Acesso em: 28 jul 2015.

ECUADOR. **Codigo Penal**. Disponível em: <http://www.desarrolloamazonico.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2014/05/CODIGO-ORGANICO-INTEGRAL-PENAL-act.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2015.

ECUADOR. **Corte Constitucional de Justiça.** Sentença 004-14-SCN-CC, Caso 0072-14CN, Òrgão julgador: Pleno da Corte Constitucional. Data 06/08/2014. Disponível em. <http://www.corteconstitucional.gob.ec> Acesso em: 11 jan. 2017

ECUADOR. **Corte Constitucional de Justiça.** Sentença 113-14-SEP-CC**,** caso 0731-10-EP, data 30/07/2014. Disponível em**:** <http**://**www.corteconstitucional.gob.ec>. Acesso em 11 jan.2017

ECUADOR. **Corte Nacional de Justiça.** Sentença 0248-2010-2SP, Origem: Segunda Penal da Corte Nacional de Justiça, Data:22/04/2010, Disponível em: <http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=10096>.Acesso em 11 jan.2017

ECUADOR**. Corte Nacional de Justiça.** Sentença 0153-2013, Origem:Sala de Família, Infância e Adolescência. Data: 10/10/2013 Disponível em:<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=6148>.Acesso em 11 jan.2017

ECUADOR**. Corte Nacional de Justiça.** Sentença 0025-2010-2SP, Origem: Segunda Sala Penal da Corte Nacional de Justiça Data: 15/022013 Disponível em:<.http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=2849> Acesso em 11 jan.2017

DE ALMEIDA, Eliene Amorim; DA SILVA, Janssen Felipe. Abya Yala Como Território Epistêmico: Pensamento Decolonial Como Perspectiva Teórica. **Revista Interritórios**. v.1. n.1. 2016.

ENCALADA, Karla. Racismo em la justicia ordinaria. *in:* JIMÉNEZ, Augustín Grijalva; SANTOS, Boaventura de Souza. **Justiça indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. 1.ed. Quito: Fundação Rosa Luxemburg, 2012.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e

desafios da Implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. *in:* VERDUM, Ricardo. **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Sócio Econômicos**,** 2009**.**

_____.Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Indígena en El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista in: Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. **RIFP**. n.17. 2001, p. 31-45. Disponível em:<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf >Acesso em: 22 jan. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Las Garantías Constitucionales de Los Derechos Fundamentales. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n.29. Alicante: Doxa, 2006. p. 15-31. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. **XVIII Congresso nacional do Ministério Público.** Florianópolis, 26. nov. 2009. Disponível em: <https://www.fmp.com.br/.../Prof%20Ferra joli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20>. Acesso em: 19 jul. 2016.

FERREIRA, Bruno; PAVI, Carmelice Faitão Balbinot; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Os novos movimentos sociais na América Latina do Século XXI: Um novo paradigma. *in:* CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca; WOLKMER, Antonio Carlos [orgs.]. **Temas Atuais sobre o Constitucionalismo Latino-Americano**. São Leopoldo: Karywa, 2015. p. 11-30.

FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos Humanos em el Contexto de La Globalización: Três Precisiones Conceptuales. *in:* RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos Humanos e Globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.65-101.

FRIXONE, María Bernarda Carpio. Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?. **USFQ Law Review**. v.2. n.1. Set.2015. Disponível em: <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/ law_review_011.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

GALLARDO, Hélio. Derechos Discriminados y Olvidados. *in:* RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos Humanos e Globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.49-64.

GARCÍA, Carlos Eduardo Torres. Tolerancia Cultural em la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: el caso de los pueblos Waorani e Taromenane.

Revista de La Universidad de Cuenca. v.58. Cuenca: dez.2015. p. 141-147. Disponível em: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/ bitstream/123456789/23357/1/11.pdf>. Acesso em 9 dez. 2017.

GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. *in:* VERDUM, Ricardo. **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Sócio Econômicos**,** 2009**.**

GRIJALVA, Agustín. Conclusiones de todos los estudios. Experiencias diversas y convergentes. *in:* SANTOS, Boaventura de Souza; GRIJALVA, Augustín. **Justicia Indígena, plurinacionalidad, e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 551- 576.

GRIJALVA, Augustín. Principales Innovaciones em La Constitución de Ecuador de 2008 Pluralista *in:* **Aprender desde o Sul**: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LLÁSAG, Raul Fernández. Justicia Indigena ¿Delito o construcción de La Plurinacionalidad?: La Cocha**.** . *in:* SANTOS, Boaventura de Souza; GRIJALVA, Augustín. **Justicia Indígena, plurinacionalidad, e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 321-372.

LICTA, Raúl. Administración de Justicia Indígena en la ciudad: estudio de un caso. **Revista Yachaikuna**, v. 6, mar.2001. Disponível em: http://icci.nativeweb.org/yachaikuna /1/illaquiche.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

MALDONADO, Ana María Larrea. El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistência**.** *in:* **Observatório Social da América Latina**, v. 5. n.13. Buenos Aires: CLACSO, abr.2004. p.67-76

MENON, Gustavo. Os indígenas e a Revolução Cidadã: lutas do movimento indigena no Equador contemporâneo**.** *in:* XXIX Congreso Latinoamericano de Sociologia. Disponível em: <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT20/GT20_MenonGustavo.pdf.> Acesso em: 15 dez. 2015.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. *in:* SIDEKUM, Antonio. **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/conven%C3%A7%C3%B5es/ WCMS_236247/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção dos Direitos Humanos um conceito ocidental?. *in:* BALDI, César Augusto [org.]. **Direitos Humanos na Sociedade**

Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205-237

PETTERS, Milena Melo. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo. *in:* WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Miletna Petters [orgs.]. **Constitucionalismo Latino Americano-Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-87.

PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista: um novo olhar sobre os conceitos de cultura e identidade. *in:* FERNÁNDEZ, Albert; SCHWARTZ, Germano. [orgs.]. **Cultura e Identidade em Tempo de Transformações**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-40.

PINHEIRO, Anderson Tadeu; BRAUN, Helenice; FRANCESCHI, Ligiane. O novo constitucionalismo latino-americano: cidadania e justiça comunitária. *in:* WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. [orgs.] **Temas Atuais sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. São Leopoldo: Kariva, 2015. Disponível em: <https://constitucionalismodemocratico.direito.ufg.br/up/332/o/novoconstitucionalismo2.pdf#page=47>. Acesso em: 08 jan. 2017.

RUDNICKI, Dani. STOLCKE, Bárbara. Formas de Percepção do Direito penal na sociedade contemporânea in Sistema penal e direitos humanos: (im)possíveis interlocuções. 1. ed. Porto Alegre: Editora UniRitter, 2012., organizadores RUDNICKI, D. , STOCK, B. S. ; CAFFARENA, B. M. ; ANZILIERO, D. L. ; AVILA, G. N. ; NEVES, L. S.; WEIGERT, M. A. B. E. ; SCHROEDER, S., p.42-49, Disponível em <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40880670/Dir_Inimigo_e_Crim_Crit_com_Barbara.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1486306351&Signature=BizMTpQ5L1l0TOzSQCIp7trc%2Fak%3D&response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DFormas_de_percepcao_do_direito_penal_na.pdf>. Acesso em 20 jan.2017

SALAZAR, Pedro Ugarte, El nuevo constitucionalismo latino americano: una perspectiva crítica. Ciudad de México: UNAM, ano: 2013. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e Plurinacionais. *in:* VERDUM, Ricardo. **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Sócio Econômicos**,** 2009**.**

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n.48. Coimbra: CES, 1997. p. 11-31.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. São Paulo: Civilização Brasileira, ano 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza**.** Cuando los excluidos tienen Derecho: justiça

indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *in:* JIMÉNEZ, Augustín Grijalva; SANTOS, Boaventura de Souza. **Justiça indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. 1.ed. Quito: Fundação Rosa Luxemburg, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. La refundación del Estado y los falsos positivos. *in:* **Aprender desde o Sul**: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TAPIA, LUIS. Consideraciones sobre el Estado Plurinacional. *in:* **Aprender desde o Sul**: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

TAYLOR, Charles. **The Politics of Recognition**. **New Contexts of Canadian of criticismo**, [1997?] Disponível em: <http://elplandehiram.org/documentos/JoustingNYC/Politics_of_Recognition.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2015.

UGSHA CUYO, Rodrigo. Caso La Cocha 2 y la garantía del debido proceso (Actualidad). **Aportes Andinos**. n.32. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013. p.58-73. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10644/4408>.Acesso em: 11 jan. 2017.

VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubem Dalmau. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano:Fundamentos para Una Construcción Doctrinal. Revista Geral de Direito Público Comparado.n.9. Cidade:Lustel, 2011. p.1-24
VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubem Dalmau. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?. *in:* VICIANO, Roberto Pastor; MARTÍNEZ, Rubem Dalmau [orgs.]. **Estudios Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. Disponível em: **<**http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em 14 ago. 2015.

WALSH, Catherine. Interculturalidad crítica y educación intercultural. *in:* VIAÑA, Jorge; TAPIA, Luis; WALSH, Catherine. **Construyendo Interculturalidad Crítica**. La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2009. Disponível em: <http://aulaintercultural.org/2010/12/14/interculturalidad-critica-y-educacion-intercultural/>. Acesso em: 21 dez. 2015.

WALSH, Catherine. Interculturalidad Crítica Y Pedagogia DE-Colonial: Apostas(DES)de El Insurgir, Re-existir y Re-viver. **Revista Entre Palavras**. n.3-4. La Paz: UMSA, 2010. Disponível em: <http://es.slideshare.net/IsaacAngelesContreras/catherinewalshintercultural idadcrticaypedagogadecolonial1/>. Acesso em: 21 dez. 2015.

WALSH, Catherine. (De)Construir la Inteculturalidad: consideraciones críticas desde la política, la colonialidad y los movimientos indígenas y negros en el Ecuador. *in:* FULLER, Norma. **Interculturalidad y Politica**. Quito: Universidad

Andina Simón Bolivar, 2001. Disponível em: <http://aulaintercultural.org/2001/11/02/deconstruir-la-interculturalidad-consideraciones-criticasdesde-la-politica-y-los-movimientos-indigenas-y-negros-en-el-ecuador/>. Acesso em: 21 dez. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos. *in:* RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. [orgs.]. **Direitos Humanos e Globalização**: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.3-19.

ZUAZO, Moira. ARGATZ,. Democracias en transformación:¿ Qué hay de nuevo en los nuevos Estados andinos. La Paz: 2012, p. 1-22. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bolivien/09176.pdf>, acesso em 15/01/2017.

ANEXO A

RESOLUCIÓN DE LA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

DE 31 DE MARZO DE 2014

MEDIDAS PROVISIONALES RESPECTO DE ECUADOR

ASUNTO RESPECTO A DOS NIÑAS DEL PUEBLO INDÍGENA TAROMENANE EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO[1]

VISTO:

1. El escrito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") de 19 de enero de 2014 y sus anexos, mediante los cuales sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y 27 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), con el propósito de que el Tribunal requiera a la República del Ecuador (en adelante "Ecuador" o "el Estado") "proteger la vida, la integridad personal, el derecho a la familia y el derecho a la identidad de dos niñas de aproximadamente 2 y 6 años de edad, pertenecientes al pueblo indígena Taromenane, en situación de aislamiento voluntario en la selva amazónica ecuatoriana". Asimismo, la Comisión solicitó "la creación de un mecanismo inmediato para la determinación de las medidas especiales de protección que son necesarias, culturalmente apropiadas y en interés superior de ambas niñas, en las circunstancias en que se encuentra cada una actualmente". Finalmente, manifestó que dicho "mecanismo deb[ía] asegurar que se tome en consideración adecuada la opinión de las niñas y explorar de manera prioritaria los medios de concertación con el pueblo Waorani, dando respuestas que no profundicen las afectaciones que ya están ocurriendo en perjuicio de las dos niñas".

2. La Comisión informó a la Corte que desde el 10 de mayo de 2006 otorgó unas medidas cautelares a favor "de los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane, quienes se encuentran en situación de aislamiento voluntario en la selva amazónica ecuatoriana". Dichas medidas cautelares fueron otorgadas teniendo como "fundamento la información recibida sobre una masacre que habría ocurrido el 26 de abril de 2006 y en la cual habrían resultado asesinados miembros del pueblo indígena Taromenane". El objetivo principal de dichas medidas cautelares es que se adoptaran las "medidas efectivas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos Tagaeri y Taromenane, en especial, [...] las medidas necesarias para proteger el territorio en el que habitan, incluyendo las acciones requeridas para impedir el ingreso a terceros". En el marco de la supervisión de estas medidas cautelares, la Comisión recibió la información sobre la situación de dos niñas

[1] A solicitud de la Comisión Interamericana, se hará referencia a las propuestas beneficiarias como "niña mayor" y "niña menor".

Taromenane. Los antecedentes presentados por la Comisión relacionados con la solicitud de medidas provisionales, a saber:

i) "[e]l 9 de abril de 2013 la Comisión [habría] recibi[do] información sobre la ocurrencia de una presunta masacre el 30 de marzo de 2013, en la cual habrían resultado asesinados decenas de beneficiarios, es decir, miembros del pueblo Taromenane en aislamiento voluntario, incluidos niños y niñas";
ii) al respecto, la Comisión indicó que había sido informada respecto a que "en el marco de la masacre supuestamente ocurrida el 30 de marzo de 2013 en perjuicio de beneficiarios de las medidas cautelares por parte de miembros de comunidades del pueblo indígena Waorani, las dos niñas, hermanas entre sí, y aparentemente pertenecientes al pueblo Taromenane, habrían quedado retenidas al interior del Bloque Petrolero 16, bajo control de miembros del pueblo Waorani quienes, de conformidad con lo descrito anteriormente, habrían asesinado a sus padres y miembros de su comunidad", y
iii) el 26 de noviembre de 2013 miembros de la Policía y de la Fiscalía habrían realizado un operativo, mediante el cual "personal encapuchado [habría] ingresado a la escuela a la que asistía la mayor de las niñas Taromenane quien [habría sido] sacada a la fuerza de las instalaciones de la escuela". Después de esto, la niña mayor habría sido trasladada a un hospital y la niña menor permanecería con la comunidad Waorani.

3. Hasta el momento el procedimiento seguido por la Comisión en lo referente a la situación de las dos niñas, fue el siguiente:

i) "el 18 de abril de 2013 la Comisión solicitó información al Estado sobre la supuesta masacre[, e] incorporó una solicitud específica sobre la situación de las dos niñas";
ii) "[e]l 24 de abril de 2013 el Estado dio respuesta a la solicitud de información, reiterando información de carácter general sobre las medidas adoptadas en el marco de la implementación de las medidas cautelares";
iii) "[e]l 30 de abril de 2013 miembros de la Comisión Interamericana sostuvieron una reunión con el Estado de Ecuador";
iv) el "28 de mayo de 2013 los solicitantes presentaron mayor información" sobre la situación de las dos niñas;
v) "el 21 de agosto de 2013 la Comisión solicitó nuevamente información incorporando un requerimiento expreso respecto de las niñas";
vi) la Comisión manifestó que "[e]l 11 de septiembre de 2013 el Estado de Ecuador envió una comunicación mediante la cual desconoció, por primera vez en el presente trámite, la naturaleza de las medidas cautelares y señaló expresamente que no aportará respuesta sobre las mismas";
vii) "[e]l 25 de octubre de 2013 la Comisión reiteró las medidas cautelares 91/06 vigentes y requirió nuevamente al Estado la información solicitada el 21 de agosto de 2013, que incluía una solicitud respecto de la situación de las niñas", y
viii) la Comisión informó que "el Estado ecuatoriano no ha dado respuesta a esta comunicación [...] y, consecuentemente, no se cuenta con la información solicitada respecto de la situación de las dos niñas pertenecientes al pueblo Taromenane en aislamiento voluntario".

4. Los argumentos de la Comisión para fundamentar su solicitud de medidas provisionales son, *inter alia*, los siguientes:

i) "a partir de esa fecha y al día de hoy, la niña mayor y la niña menor, se encuentran separadas de su familia, de su pueblo y entre sí, sin posibilidad de vínculo alguno. Ambas permanecen, en distintas circunstancias, expuestas a una situación de extrema gravedad, urgencia y riesgo de daño irreparable";

ii) "ambas niñas quedaron expuestas a múltiples enfermedades y contagios bajo el control de un pueblo indígena ajeno al cual pertenecían, con patrones de culturales, sociales, de alimentación y, en general, de vida, distintos a los que habían regido toda su vida";
iii) "ambas propuestas beneficiarias se enc[ontrarían] en riesgo extremo de afectación irreparable a los derechos a la integridad psíquica, moral y cultural, a la identidad y a la familia", y
iv) "[a]mbas se enc[ontrarían] al día de hoy, en situación de contacto forzado, sin que se tenga conocimiento de medida estatal alguna para efectuar con diligencia excepcional una determinación seria y culturalmente apropiada del interés superior de las propuestas beneficiarias, ya no sólo en cuanto a su seguridad [...] sino en cuanto a su situación familiar, comunitaria y a su identidad cultural".

5. La nota de Secretaría de la Corte Interamericana de 20 de enero de 2014, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte Interamericana, se solicitó al Estado que, en un plazo improrrogable hasta el 24 de enero de 2014, presentara las observaciones que estimara pertinentes en relación con la solicitud de medidas provisionales.

6. El escrito de 25 de enero de 2014, mediante el cual el Estado contestó al requerimiento realizado por la Corte Interamericana y solicitó que se declare "improcedente el pedido de medidas provisionales en virtud de no reunir los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Convención Americana".

7. La nota de Secretaría de la Corte Interamericana de 27 de enero de 2014, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Pleno de la Corte Interamericana, se solicitó la Comisión Interamericana que, en un plazo improrrogable de tres días hábiles, presentara las observaciones que estimara pertinentes en relación con el informe presentado por el Estado, en particular, sobre la subsistencia de los requisitos establecidos en el artículo 63.2 de la Convención Americana para la procedencia de medidas provisionales en el presente asunto.

8. El escrito de 31 enero de 2014, mediante el cual la Comisión Interamericana remitió sus observaciones a la información remitida por el Estado.

9. La nota de Secretaría de la Corte Interamericana de 6 de febrero de 2014, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Pleno de la Corte Interamericana, se solicitó al Estado ecuatoriano que, a más tardar el 18 de febrero de 2014, presentara las observaciones que estimara pertinentes en relación con la información suministrada por la Comisión Interamericana, así como la información adicional que considerara pertinente sobre la situación de las dos niñas. Asimismo, se requirió al Estado que remitiera documentación que permitiera sustentar la información que hasta el momento había presentado o que decidiera enviar con posterioridad.

10. El escrito de 18 de febrero de 2014, mediante el cual el Estado presentó información en relación con lo requerido por la Corte.

11. La nota de Secretaría de la Corte de 19 de febrero de 2014, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, se otorgó a la Comisión Interamericana un plazo hasta el 27 de febrero de 2014 para presentar observaciones a la información suministrada por el Estado.

12. El escrito de 5 de marzo de 2014, mediante el cual la Comisión Interamericana, luego de una prórroga concedida hasta el 2 de marzo de 2014, presentó sus observaciones a la información suministrada por el Estado.

CONSIDERANDO QUE:

1. Ecuador es Estado Parte en la Convención desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte el 24 de julio de 1984.

2. El artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que, "[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

3. En los términos del artículo 27 del Reglamento de la Corte[2]:

> 1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.
> 2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión. [...]
> 5. La Corte o, si ésta no estuviere reunida, la Presidencia, podrá requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios, cuando lo considere posible e indispensable, la presentación de información sobre una solicitud de medidas provisionales, antes de resolver sobre la medida solicitada. [...]
> 8. En las circunstancias que estime pertinente, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto, que permitan apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para los mismos efectos, podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos

4. La presente solicitud de medidas provisionales no se origina en un caso en conocimiento de la Corte, ni tampoco se ha presentado una petición inicial ante la Comisión Interamericana por los hechos que sustentan la solicitud de medidas provisionales. Sin embargo, este Tribunal ya ha establecido en casos anteriores que "en vista del carácter tutelar de las medidas provisionales, excepcionalmente, es posible que las ordene, aún cuando no exista propiamente un caso contencioso en el Sistema Interamericano, en situaciones que, *prima facie*, puedan tener como resultado una afectación grave e inminente de derechos humanos[3]. Al respecto, la Corte ha indicado que en este tipo de situaciones se deben tener en cuenta, además de los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Convención, el problema planteado, la efectividad de las acciones estatales frente a la situación descrita y el grado de desprotección en que quedarían las personas sobre quienes se solicitan medidas en caso de que éstas no sean adoptadas. En este sentido, la Corte reitera que en estos casos la Comisión debe presentar "una motivación suficiente que abarque los criterios señalados y que el Estado no demuestre en forma clara y suficiente la efectividad de determinadas medidas que haya adoptado en el fuero interno[4].

5. Esta Corte ha establecido que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen

---

[2] Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

[3] *Cfr. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*, Medidas Provisionales respecto de Brasil, resolución de la Corte de 25 de febrero de 2001, Considerando sexto y *Asunto Guerrero Larez* respecto de Venezuela, resolución de la Corte de 17 de noviembre de 2009, Considerando octavo.

[4] *Cfr. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*, Medidas Provisionales respecto de Brasil, resolución de la Corte de 25 de febrero de 2001, Considerando sexto y *Asunto Guerrero Larez* respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009, Considerando octavo.

derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas[5]. El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas[6]. En cuanto al carácter tutelar, esta Corte ha señalado que, siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas[7].

6. Las tres condiciones exigidas por el artículo 63.2 de la Convención para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir en toda situación en la que se soliciten[8]. En razón de su competencia, en el marco de medidas provisionales corresponde a la Corte considerar única y estrictamente aquellos argumentos que se relacionan directamente con la extrema gravedad, urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a personas. Cualquier otro hecho o argumento sólo puede ser analizado y resuelto durante la consideración del fondo de un caso contencioso[9].

7. En lo que se refiere al requisito de "gravedad", para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Convención requiere que aquélla sea "extrema", es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter "urgente" implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata. Finalmente, en cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables[10].

8. Este Tribunal constata la siguiente información suministrada por la Comisión, y no controvertida por el Estado, en cuanto a los hechos y antecedentes de este asunto (*supra* Visto 2):

---

[5] *Cfr. Caso del Periódico la "La Nación".* Medidas Provisionales respecto de Costa Rica. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2001, Considerando cuarto, y *Asunto Wong Ho Wing.* Medidas provisionales respecto del Perú. Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte de 6 de diciembre de 2012, Considerando quinto.

[6] *Cfr. Asunto del Internado Judicial El Rodeo II.* Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte de 8 de febrero de 2008, Considerando séptimo, y *Caso Familia Barrios*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte de 30 de mayo de 2013, Considerando segundo.

[7] *Cfr. Caso del Periódico la "La Nación".* Medidas Provisionales respecto de Costa Rica. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2001, Considerando cuarto, y *Caso Wong Ho Wing*, Medidas Provisionales respecto de la República del Perú. Resolución de la Corte de 29 de enero de 2014, Considerando octavo.

[8] *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros*, Medidas Provisionales respecto de Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2009, Considerando décimo cuarto, y *Caso Wong Ho Wing*, Medidas Provisionales respecto de la República del Perú. Resolución de la Corte de 29 de enero de 2014, Considerando tercero.

[9] *Cfr. Asunto James y Otros.* Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1998, Considerando sexto, y *Asunto Flores y Otra en Relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina*, Medidas Provisionales respecto de la República Argentina. Resolución de la Corte de 26 de noviembre de 2013, Considerando cuarto.

[10] *Cfr. Asuntos Internado Judicial de Monagas ("La Pica"), Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare), Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana), e Internado Judicial Capital El Rodeo I y el Rodeo II.* Medidas Provisionales respecto de Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando tercero, y *Asunto Flores y Otra en Relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina*, Medidas Provisionales respecto de la República Argentina. Resolución de la Corte de 26 de noviembre de 2013, Considerando undécimo.

a) El 30 de marzo de 2013 ocurrió un enfrentamiento entre los pueblos Waorani y Taromenane, en el cual habrían muerto todos los miembros del clan de las dos niñas incluyendo a sus padres[11]. Además, la Comisión señaló que las niñas habrían presenciado el asesinato de su madre.

b) La Comisión manifestó que dicha "masacre habría sido planificada con anticipación y que habría tenido lugar con lanzas y armas de fuego por parte de aproximadamente 12 miembros pertenecientes a comunidades del pueblo indígena Waorani, en supuesta venganza por el asesinato con lanzas de Ompore y Buganey, una pareja de adultos del pueblo indígena Waorani, de manos de miembros del pueblo indígena Taromenane en aislamiento voluntario el 5 de marzo de 2013".

c) El mismo día de la masacre, las dos niñas fueron separadas de su comunidad y llevadas a la comunidad más cercana al lugar donde presuntamente ocurrió la masacre.

d) Las dos niñas habrían permanecido en dicha comunidad y, de acuerdo con información que fue presentada ante la Comisión, las primeras semanas habrían sido muy difíciles para ellas. En efecto, una psicóloga que visitó a las niñas en el mes de septiembre de 2013 reportó que la niña mayor presentaría síntomas de "estrés pos-traumático" tales como "embotamiento emocional, aplanamiento en la expresión facial, falta de capacidad de respuesta al medio, anhedonia, abulia, evitación, no busca refugio en su cuidadora, temor al contacto corporal, movimientos repetitivos de manos, mutismo (no contesta a preguntas de su cuidadora, no habla con nadie), hipervigilancia, hiperactividad vegetativa (frecuencia respiratoria 28/minuto, piel fría, reflejo pilomotor al contacto, contracción muscular)"[12].

e) El 26 de noviembre de 2013, miembros de la Policía y de la Fiscalía realizaron un operativo en el cual ingresaron a la comunidad donde se encontraban las dos niñas, habrían ingresado a la escuela donde se encontraba la niña mayor y la habrían trasladado, posteriormente, en helicóptero a un hospital cercano a la zona.

9. Cabe resaltar que en términos generales esta era la totalidad de la información con la cual contaba la Comisión Interamericana al momento de presentar la solicitud de medidas provisionales, pues a pesar de haber requerido en varias oportunidades (*supra* Vistos tercero) al Estado información específica sobre la situación de las dos niñas, éste no la proporcionó. Es por ello que la Comisión manifestó ante esta Corte que "[a]nte la falta de respuesta por parte del Estado a las reiteradas solicitudes de la Comisión, no se c[ontaba] con mayores detalles sobre la situación en la que estuvieron y – en el caso de la niña menor, continúa estando – las propuestas beneficiarias bajo control del pueblo Waorani". Al respecto, la Comisión manifestó su preocupación, respecto a que no contaba con información sobre: i) "la situación actual de las dos niñas, o que explique la efectividad e idoneidad de[l mecanismo adoptado por el Estado] para abordar la situación particular de" las niñas, y ii) "la situación de la niña Taromenane mayor, que fue retirada de la escuela mediante el operativo de 26 de noviembre de 2013, ni sobre la niña Taromenane menor, de aproximadamente dos años de edad, que permanece bajo control del pueblo Waorani y separada de su hermana".

10. Con posterioridad a la solicitud de medidas provisionales, el Estado informó a esta Corte lo siguiente:

A. Antecedentes y situación de general de las dos niñas:

---

11 Informe del Estado de 25 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 397).

12 Informe del Estado de 25 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 399).

i) El Estado creo la "Comisión para la investigación de las disputas existentes entre los pueblos indigenas Huaorani y Taromenane"[13]. Esta Comisión ha concluido:

a) "la imposibilidad de que las niñas puedan ser devueltas a su grupo familiar", teniendo en cuenta "[l]a escala de adaptación temporal de diez meses de separación de su clan familiar; que las "niñas han sido inmunizadas y el regreso a su grupo de origen puede implicar una amenaza de muerte para todos sus miembros, por cuanto las menores [de edad] pueden ser ahora portadoras de múltiples enfermedades, y que "las niñas no tienen las capacidades de orientación y ubicación a la zona de selva de donde fueron separadas de su familia".
b) "el pueblo Woarani es el único que puede garantizar que se preserven los derechos culturales e identidad de las niñas".
c) "[e]s deseable que a la mayor brevedad posible las niñas puedan reunirse en una sola comunidad, siendo la más adecuada Bameno".
d) "[pa]ara realizar de una forma adecuada la unificación de las niñas, es recomendable que haya un proceso de negociación con los waorani que tienen en custodia a [la niña menor]".

ii) "[L]as niñas fueron ingresadas al *Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y* otros *Participantes del Proceso Penal de la Fiscalía General del Estado* [...], situación en la que se privilegió la coordinación con miembros del pueblo indígena Waorani, para generar la posibilidad de ingresos al territorio y estrategias de protección precautelando que no se generen reacciones adversas sobre las [presuntas] víctimas". En el marco de este sistema, el Estado manifestó que se han implementado y acordado, *inter alia*, las siguientes medidas:

a) "[l]a Coordinación Provincial del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos de Orellana en estrecha relación con el fiscal a cargo de la causa, establece todas las medidas necesarias para garantizar que la relación del Sistema de Salud con las niñas en situación de protección especial se brinde constantemente a través de un Único Equipo de Atención Integral de Salud (EAIS) mismo que actuara limitando la entrada, visita y salida de personal múltiple".
b) "[l]as visitas del sistema se realizarán bajo protocolos de atención y registro especifico a fin de garantizar que no se produzca ningún efecto revictimizante para las niñas".
c) "[e]l Ministerio de Salud deberá informar al fiscal de la investigación y la coordinación de víctimas provincial respecto del estado de salud de las niñas de manera permanente al menos una vez cada quince días".

iii) "El Ministerio de Salud Pública dispuso que su personal presente en la zona donde se encontraban las niñas, es decir, en las comunidades waorani de Dikaro y Yarentaro, se encargara del monitoreo permanente de su salud física y sicológica". El Estado presentó un informe expedido por el Ministerio de Salud, en el cual manifestó que se habían implementado las siguientes medidas:

a) "en el marco del PLAN PARA LA IMPLEMENTACION DE MEDIDAS CAUTELARES A FAVOR DE LOS PUEBLOS TAROMENANI Y TAGAERI, se conform[ó] un equipo de salud multidisciplinario conformado por: Médico, Antropóloga, Enfermero, Psicólogo, Técnico en Atención Primaria de Salud (de la Nacionalidad Waorani y Traductores de la Nacionalidad Waorani), con la finalidad

[13] Decreto expedido por el Presidente Rafael Correa de 20 de julio de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 419).

de lograr un acercamiento y consensuar una visita a la niñas para constatar su presencia física y proceder conforme lo establece la normativa"[14].

b) "[a]decuar las prestaciones a la realidad de la población de las Comunidades de Dicaro y Bameno y por ende de las niñas [...]: por ejemplo, acompañamiento sistemático de la salud psicológica y el bienestar general de las niñas para monitorear el proceso de adaptación e inclusión en la comunidad, y poder acompañar en posibles efectos adversos de esta intervención, acciones de salud con énfasis en la promoción y prevención, atención por ciclos de vida con abordaje individual, familiar, comunitario e intercultural, (uso de ficha familiar), implementación de elementos de la etnomedicina"[15].

c) "[d]esde la fecha de traslado de la niña [mayor] a la comunidad de Bameno (29 de noviembre de 2013), las visitas del Ministerio de Salud Pública a la comunidad, han sido 5, algunas para el seguimiento a las condiciones de salud tanto de la niña como de la comunidad de acogida".

iv) "Las niñas fueron inmunizadas y han recibido atención medica de acuerdo a un protocolo medico diseñado para la atención a pueblos en situación de contacto inicial, conforme lo señalan las recomendaciones de las Naciones Unidas para estos casos".

v) "[L]a Fiscalía General del Estado señaló que el rescate de [la niña mayor] producido el 26 de noviembre del año 2013 se efectuó teniendo en cuenta una ruta trabajada con los líderes tradicionales Woarani, documentos de soporte, consultas a especialistas y el trabajo de inteligencia que ratificó la operación".

vi) "[C]on posterioridad a los hechos del 30 de marzo de 2013 las menores [de edad] fueron trasladadas por sus captores de nacionalidad Waorani a diferentes lugares; [la niña] mayor, fue llevada a la comunidad Yarentaro, quien luego del operativo organizado por la Fiscalía General del Estado, se encuentra en la comunidad de Bameno. Mientras que, [la niña] menor, permaneció por pocas semanas al cuidado de una familia Waorani (captores) en un lugar indeterminado de la selva amazónica, para luego ser conducida hasta la comunidad de Dikaro y entregada a otra familia waorani, que es donde permanece hasta la actualidad".

vii) "Actualmente la salud física y sicológica de las dos niñas, es buena, se encuentran integradas en las comunidades donde viven y presentan un buen nivel de socialización con el entorno familiar".

B. Sobre la situación actual de la niña mayor[16]:

- Ubicación: Comunidad de Bameno
- Familia que la acoge: Bahigua Miipo
- Conformación de la familia: familia ampliada con varios niños de su misma edad y con dos personas que brindan cuidado directo a la niña mayor.
- Condición Física: la niña mayor se encuentra en buena condición física sin sintomatología ni signos que evidencien enfermedad alguna. El diagnostico es Niña Sana.

---

[14] Informe de la situación de salud de las niñas taromenane de 22 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 489).

[15] Informe de la situación de salud de las niñas taromenane de 22 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 490).

[16] Informe de la situación de salud de las niñas taromenane de 22 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 491).

- Condición psicológica: la niña se encuentra en un proceso de adaptación a su nueva familia y no evidencia signos ni síntomas que demuestren en la actualidad afección psicología. Muestra empatía con la familia que lo acoge. Participa de manera proactiva de los juegos infantiles y las actividades comunitarias.
- Equipo EAIS que hace seguimiento: dos médicas, un odontólogo, una licenciada en enfermería, un promotor de salud

C. Sobre la situación actual de la niña menor[17]:

- Ubicación: Comunidad de Dicaro
- Familia que la acoge: Omeway Oguinea
- Conformación de la familia: familia ampliada con varios niños de su misma edad y con la señora que brinda cuidado directo a la niña.
- Condición Física: la niña menor se encuentra en buena condición física sin sintomatología ni signos que evidencien enfermedad alguna. El diagnostico es Niña Sana.
- Condición psicológica: la niña se encuentra en un proceso de adaptación a la familia que lo acoge y no evidencia signos ni síntomas que demuestren en la actualidad afección psicología. Muestra empatía con los miembros de la familia y participa de manera proactiva de los juegos infantiles.
- Equipo EAIS que hace seguimiento: dos médicas, un odontólogo, un Técnico en Atención Primaria de Salud y un licenciado en enfermería.

11. Con base en la información presentada, el Estado alegó que "ha precautelado la vida e integridad personal de las niñas como lo confirman los esfuerzos desarrollados por el Ministerio de Salud que para mitigar cualquier tipo de riesgo a la vida tomó las medidas necesarias para monitorear e inmunizar la salud de las menores" de edad. Agregó que "de los documentos que [fueron anexados] se observa claramente que al no existir los elementos de 'extrema gravedad' ni urgencia, menos podría concurrir la materialización de un daño". Por ello, el Estado concluyó que "la solicitud desarrollada por la [Comisión] no cumple con los requisitos establecidos por la Convenci6n Americana [...] en cuanto a los requisitos de las medidas provisionales, por tanto es innecesario que la [...] Corte conozca este pedido".

12. Sobre la información y alegatos presentados por el Estado, la Comisión manifestó que "dicha información no fue puesta en conocimiento de la Comisión a pesar de los múltiples requerimientos efectuados durante el 2013". Argumentó que la información brindada por el Estado "si bien comprende algunos datos sobre la situación actual de las niñas, no resulta suficiente para entender los detalles de la manera en que cada uno de los factores de riesgo ha sido abordada por el Estado". Por otra parte, la Comisión indicó que los solicitantes de las medidas habrían informado que la Fiscalía estaría planeando un operativo policial para recuperar a la niña menor. Además, agregó que los elementos de riesgo que presentó en la solicitud de medidas provisionales se mantenían. Por todo lo anterior, la Comisión consideró necesario que "tomando en cuenta la complejidad del asunto, la edad de las niñas y el Estado de vulnerabilidad al que estarían expuestas [...] que la [...] Corte requiera información adicional al Estado de Ecuador sobre estos aspectos".

13. Tal como fue señalado (*supra* Visto noveno), la Corte requirió información adicional al Estado. El 18 de febrero de 2014 el Estado señaló lo siguiente:

i) Sobre un potencial operativo policial donde se encuentra la niña menor, según un informe de la Fiscalía General del Estado de 17 de febrero "del año en

[17] Informe de la situación de salud de las niñas taromenane de 22 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folio 491)

curso", se produjo un ataque perpetrado contra miembros de una familia en aislamiento voluntario que fue organizado y ejecutado por diecisiete (17) personas pertenecientes a las comunidades waorani de Yarentaro y Dikaro.

ii) "Al tratarse de un asunto de carácter cultural y jurídico la Fiscalía General del Estado integró al expediente judicial un peritaje antropológico para sustentar la fase de investigación pre procesal y al procedimiento de instrucción fiscal. Dentro de estas diligencias la Fiscalía tomó en consideración los principios de justicia intercultural".

iii) El retorno a un nanicabo (grupo familiar) en aislamiento donde residían previamente las niñas, "actualmente resulta inaplicable por motivos físicos y epidemiológicos que podrían amenazar gravemente a la vida de los pueblos en aislamiento voluntario, en virtud de que las menores [de edad] han recibido inmunizaciones periódicas, y por su contacto con las comunidades indígenas waorani, como se desprende de la información aportada por el Ministerio de Salud Pública".

iv) "La Fiscalía señaló que en base al interés superior de las niñas, no existe duda alguna de la actual situación de bienestar de [la niña mayor] y de la conveniencia de que [la niña menor] se vuelva a reunir con su hermana", quien se encuentra en el núcleo familiar Waorani de Dikaro. El jefe tradicional de Dikaro "se había comprometido en una entrega pacífica de la niña [menor], situación que no se produjo". "Actualmente la Fiscalía General del Estado sigue agotando procesos de negociación con los líderes indígenas de Dikaro para lograr este objetivo". "Al momento no se ha dispuesto ningún otro operativo policial en el lugar donde se encuentra" la niña menor.

v) Sobre el supuesto riesgo a la vida e integridad física de ambas niñas derivado de la situación de eventual violencia en la zona, según el Informe de la Fiscalía General del Estado, "se verificó que el 11 de febrero del 2014 la situación de acogimiento y paz de la niña [mayor] en el poblado de Bameno fue verificado y se reconocen condiciones óptimas que aseguran la vida e integridad personal de la niña". "La Fiscalía General del Estado y Ome Gompote (Asociación Waorani del Cononaco Yasuni) diseñó e implementó en conjunto un Protocolo Específico de Protección para la vida, integridad y otros derechos de las niñas y de la población indígena en la localidad de Bameno. El objetivo principal de este Protocolo es generar un cerco de custodia y actuaciones sobre posibles incursiones de otros grupos indígenas al lugar".

vi) Respecto al supuesto riesgo a la vida e integridad derivado de los riesgos propios a la salud por su situación de aislamiento voluntario, el Ministerio de Salud Pública ha informado que el trabajo previo desplegado a partir del conocimiento de potencial vulnerabilidad de las niñas "ha generado confianza en las familias que se encuentran cercanas a ellas, lo que ha permitido la aplicación de vacunas, evaluación y monitoreo permanente de su estado de salud". En el caso de la niña mayor "su integración es cada vez mayor, y las dificultades lingüísticas no son mayores para su comunicación". El Estado adjuntó diversas actas e informes sobre visitas realizadas a las niñas y acciones adoptadas en relación con su situación de salud[18].

---

[18] Informe de acciones implementadas por el Ministerio de Salud Pública ante la presencia de dos ñiñas presumiblemente taromenane acogidas en la comunidad de Yarentaro de 26 de abril de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 466 a 471); Informe de las acciones implementadas por el Ministerio de Salud Pública para garantizar la salud de las dos niñas presumiblemente taromenane acogidas en las comunidades Waorani de Yarentaro y Dicaro de 7 de agosto de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 472 a 480); Informe sobre la situación de salud de las niñas [mayor y menor] presumiblemente taromenanes de 22 de enero de 2014; Informe de la visita de salud a las comunidades de Dicaro y Yarentaro de la nacionalidad waorani de 4 de abril de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 504 a 507); Informe de la visita de salud a la comunidad de Yarentaro de la comunidad waorani de 6 de abril de 2013 (expediente de

vii) En torno a la supuesta afectación irreparable a la integridad psíquica, moral y cultural, identidad y familiar de las niñas derivado de los efectos traumáticos de la muerte de sus padres y miembros de su pueblo, el Ministerio de justicia, Derechos Humanos y Cultos informó el 17 de febrero de 2014 que la niña menor "se encuentra bajo el cuidado de la familia waorani Omeway Oguinea, que es una familia que agrupa a varios niños y niñas de edad similar; la madre de estos menores es la señora Obe Oguinea de 55 años de edad, quien brinda cuidado directo" a la niña menor. En cuanto a la niña mayor, "se encuentra también acogida por una familia waorani denominada Bahigua Miippo donde se encuentra rodeada de varios niños y niñas y dos mujeres waorani" de "aproximadamente 45 años, quienes atienden directamente" a la niña mayor.

viii) Respecto a los supuestos efectos traumáticos generados por la separación de su familia original, el informe de 7 de agosto de 2013 del Ministerio de Salud Pública aborda "los episodios de conflictividad de las niñas como parte de su orden social, que incluye las nociones de guerra y paz que responden a códigos culturales diferentes a los que mantiene la sociedad occidental".

ix) "Según el informe psicológico que anexa el Ministerio de Salud la metodología empleada para la aproximación psicológica a las dos niñas por parte de la brigada especialista [...] fue la observación y la lúdica por cuanto los test psicológicos no pueden ser aplicados en este contexto cultural". De acuerdo a este informe "el grupo familiar donde se han asentado las niñas es extenso (no nuclear) y comparten un espacio con otros niños que tienen relación sanguínea como hijos y nietos con lo cual existen varias generaciones compartiendo el espacio vital". Asimismo, los "niños de las comunidades waorani tanto para el caso de [la niña menor] como de [la niña mayor] socializan y enseñan el lenguaje Wao a las niñas por lo cual su comunicación cada día es más fluida". "La concepción cultural occidental sobre el trauma no es aplicable a la situación cultural de las niñas".

14. En relación con esta información, el 5 de marzo de 2014 la Comisión Interamericana reiteró que "dicha información no fue puesta en conocimiento de la Comisión a pesar de los múltiples requerimientos efectuados" durante 2013. Agregó que "tomando en cuenta la secuencia de eventos traumáticos a los que las niñas estuvieron sometidas y la situación de aislamiento en que estuvieron la mayor parte de su vida", "más allá de las inmunizaciones y los "chequeos descritos", el Estado debe disponer de "todos los medios a su alcance para asegurar que el seguimiento en materia de salud física y psicológica de las niñas sea continuo, integral y culturalmente adecuado". Expresó que existiría "cierto acuerdo" entre el Estado y los peticionarios sobre "la pertinencia de que la niña mayor se mantenga bajo el cuidado de la familia y comunidad donde se encuentra actualmente". "Sin embargo, respecto de la niña menor, la situación presentada con la solicitud de medidas provisionales no ha variado sustantivamente", dado que "no existe claridad" sobre "las medidas concretas

---

medidas provisionales, tomo II, folios 508 y 509); Visita del equipo de salud del Ministerio de Salud Pública a la comunidad de Yarentaro de la nacionalidad waorani de 27 y 28 de abril de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 512 a 514); Seguimiento del estado de salud de las dos niñas de 8 y 11 de mayo de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo 2, folios 515 a 517); Seguimiento del estado de salud de las dos niñas, 18 y 26 de mayo de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 518 a 520); Seguimiento del estado de salud de las dos niñas de 3 y 15 de junio de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 521 a 523); Seguimiento del estado de salud de la niña menor de 20 de junio de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 524 a 526); Seguimiento del estado de salud de la niña menor de 11 de julio de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 527 y 528); Seguimiento del estado de salud de las dos niñas, emitidos el 22 y 23 de julio, 15 de junio, 12 y 21 de agosto, 9, 19 y 23 de septiembre, 7 y 19 de octubre, 1, 13 y 17 de noviembre de 2013 (expediente de medidas provisionales, tomo 2, folios 559 a 562); Seguimiento del estado de salud de las dos niñas, 25 y 31 de diciembre de 2013, y 12, 15, 20 a 26 de enero de 2014 (expediente de medidas provisionales, tomo II, folios 562 a 570).

adoptadas por el Estado para abordar el riesgo al que podría estar expuesta la niña menor en la familia y comunidad donde se encuentra actualmente". Adicionalmente, expresó su "preocupación por los indicios de continuidad de la situación de conflictividad en la zona entre miembros del pueblo indígena Waorani", y "los pueblos indígenas en aislamiento voluntario". "Así por ejemplo, el informe del Estado da cuenta de que el 17 de febrero de 2014 se habría dado un nuevo "ataque" por parte de miembros de los pueblos Waorani, a los pueblos en aislamiento voluntario, sin mayor explicación". "En ese sentido, la presencia de la niña menor -proveniente de un pueblo en aislamiento voluntario y que habría sido tomada inicialmente como una suerte de botín de guerra -en una comunidad del pueblo Waorani en la cual no existe claridad sobre su vínculo o no con las comunidades en conflicto, constituye un indicador de la persistencia del riesgo a su vida e integridad personal".

15. Como primer punto previo, la Corte recuerda que la adopción de providencias urgentes o de medidas provisionales no presupone ni implica una eventual decisión sobre el fondo del asunto si el caso llegara a conocimiento de la Corte, ni prejuzga la responsabilidad estatal por los hechos denunciados[19].

16. La Corte hace notar que la información con la cual cuenta para realizar el análisis de la solicitud de medidas provisionales es sustancialmente distinta a la que tenía la Comisión Interamericana para fundamentar su requerimiento. Es más, parte del fundamento de la solicitud de la Comisión se originaba en la necesidad de tomar medidas ante la incertidumbre producida por no conocer el paradero de la niña mayor (*supra* Considerando noveno) o la situación de salud y de adaptación de ninguna de las dos niñas (*supra* Considerando noveno). Dicha incertidumbre se generó por la negación del Estado de presentar a la Comisión información completa respecto de las dos niñas.

17. Tomando en cuenta la información presentada por el Estado, la Corte considera que el Estado ha tomado medidas concretas que han mitigado la situación de extrema gravedad, urgencia y posibilidad de la consumación de un daño irreparable que inicialmente fuera presentada por la Comisión en su solicitud. En particular, el Tribunal resalta que un aspecto fundamental de la solicitud inicial lo constituía determinar el paradero preciso de la niña mayor y la situación general de las dos niñas, lo cual ha sido determinado. Asimismo, el Tribunal encuentra acreditado que las instituciones estatales pertinentes están conscientes de la compleja situación que atraviesan las niñas y han adoptado medidas especiales tales como la creación de un un equipo de salud multidisciplinario encargado de hacer seguimiento a su situación de salud (*supra* Considerando décimo), el desarrollo de un protocolo para la inmunización de las niñas (*supra* Considerando décimo), los protocolos y procesos creados por el Ministerio de Salud y la Fiscalía General para realizar monitoreo a su estado de salud y adaptación (*supra* Considerando décimo), entre otros.

18. Además, la Corte toma nota de la información brindada por el Estado, según la cual, a pesar de la difícil situación de las dos niñas, en términos generales se encontrarían en buen estado de salud y en proceso de adaptación en las familias y comunidades que las acogen (*supra* Considerando undécimo). Si bien es cierto que se alega que la situación de conflicto entre las comunidades continúa en la zona y que la situación de las dos niñas es especialmente compleja respecto a sus procesos de adaptación a su nuevo entorno, el Tribunal ha constatado que el Estado viene adoptando medidas especiales de seguimiento y protección en relación con sus derechos. Teniendo en cuenta lo anterior, así como el monitoreo constante que vienen desarrollando algunas instituciones estatales, no se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 63.2 de la Convención Americana,

---

[19] *Cfr. Asunto James y otros.* Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de julio de 1998, Considerando sexto, y *Asunto L.M.*, Medidas Provisiones respecto de Paraguay, Resolución de la Corte de 1 de julio de 2001, Considerando vigésimo segundo.

razón por la cual no procede la adopción de medidas provisionales en el presente asunto. Sin perjuicio de ello, la Corte considera que es indispensable que el Estado continúe adoptando las medidas necesarias para asegurar que, en el menor tiempo posible, la niña menor vuelva a estar junto a la niña mayor.

19. Finalmente, la Corte recuerda que los Estados tienen el deber constante y permanente de cumplir con las obligaciones generales que le corresponden bajo el artículo 1.1 de la Convención, de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción[20]. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos y, en su caso, sancionar a los responsables[21]. En el presente asunto, la Corte exhorta al Estado ecuatoriano para que continúe con la implementación y seguimiento de las medidas que han sido tomadas hasta el momento y, en particular, para que se concrete la reunificación de las dos niñas a la mayor brevedad posible.

POR TANTO:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

en uso de las atribuciones que le confieren el artículo 63.2 de la Convención Americana y el artículo 27 del Reglamento,

RESUELVE:

1. Desestimar la solicitud de medidas provisionales interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de las dos niñas taromenane en aislamiento voluntario.

2. Archivar el expediente referido a la solicitud de medidas provisionales de 19 de enero de 2014 presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. Disponer que la Secretaría notifique la presente Resolución al Estado y a la Comisión Interamericana.

---

[20] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez.* Medidas Provisionales respecto de Honduras. Resolución de la Corte de 15 de enero de 1988, considerando tercero, y *Caso de La Cruz Flores Vs. Perú*, considerando trigésimo.

[21] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez,* Medidas Provisionales respecto de Honduras. Resolución de la Corte de 15 de enero de 1988, considerando tercero, y *Asunto Guerrero Galluci.* Medidas Provisionales respecto Venezuela. Resolución de la Corte de 21 de noviembre de 2011, considerando vigésimo octavo.

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García Sayán

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

ANEXO B

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Quito, D. M., 30 de julio de 2014

SENTENCIA N.º 113-14-SEP-CC

CASO N.º 0731-10-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

El 8 de junio de 2010 la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, certificó que respecto de la causa N.º 0731-10-EP no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El 7 de julio de 2010 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los doctores Edgar Zárate Zárate, Hernando Morales Vinueza y Patricio Pazmiño Freire, ordenó que se aclare la petición, determinando la decisión de autoridad indígena contra la cual están en desacuerdo.

EL 20 de julio de 2010, el legitimado activo, Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó escrito de aclaración de su demanda, solicitado por la Sala de Admisión.

El 12 de agosto de 2010 a las 16:58, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, admitió a trámite la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo. El escrito de aclaración presentado por los señores Flavio Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga y Manuel Orlando Quishpe Ante, fue rechazado por haberse presentado fuera del término dispuesto por la Sala de Admisión.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en sesión del 19 de agosto de 2010, le correspondió al juez Manuel Viteri Olvera actuar como ponente en la causa N.º 0731-10-EP, quien avocó conocimiento mediante auto del 30 de septiembre de 2010 a las 09:00, y dispuso que las autoridades indígenas demandadas emitan un informe para una mejor ilustración de los hechos ocurridos y la convocatoria a audiencia pública.

De conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 27 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012, ante la Asamblea Nacional, fueron posesionados los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 3 de enero de 2013, le correspondió al juez Fabian Marcelo Jaramillo Villa actuar como juez ponente de la causa. El 4 de febrero de 2014, el juez ponente avocó conocimiento de la misma.

En sesiones extraordinarias del Pleno del Organismo, realizadas el 29 de mayo, 11 de junio y 02 de julio del 2014, se debatió la causa. Durante el debate del 02 de julio del 2014, el juez constitucional Patricio Pazmiño Freire, en ejercicio de sus facultades, presentó sus observaciones por escrito al proyecto presentado por el entonces juez ponente, Marcelo Jaramillo Villa. Dichas observaciones fueron incorporadas al expediente constitucional. Posteriormente, luego del debate correspondiente, se sometió a votación el proyecto de sentencia del caso N.º 0731-10-EP, del juez sustanciador Marcelo Jaramillo Villa, en el cual se obtuvo 1 voto a favor del juez constitucional Marcelo Jaramillo Villa y 8 votos salvados de los jueces constitucionales Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire. En consecuencia, el Pleno no aprobó el proyecto de sentencia, por lo que el presidente de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Sustaciación de Procesos en la Corte Constitucional, dispuso el sorteo de la causa N.º 0731-10-EP, recayendo su conocimiento en la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote.

De la solicitud y sus argumentos

El legitimado activo manifiesta que conforme el acta de resolución realizada por las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha, el domingo 9 de mayo

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

de 2010 a las 19:00 más o menos, en el centro urbano de la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa hablante, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se produjo el asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Pallo.

En base a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso. El domingo 16 de mayo de 2010 y el domingo 23 de mayo de 2010 establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo e impusieron las sanciones conforme a la justicia indígena.

Que esta decisión ha generado diversas reacciones en los medios de comunicación y en la sociedad ecuatoriana, y la interferencia en la justicia indígena por parte del fiscal general del Estado, quien el 19 de mayo del 2010 pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de su hermano. El ministro de Gobierno y Policía, igualmente, ha intentado usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados y el ministro de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el "amparo de libertad" interpuesto.

Señala que en casos anteriores los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación, y en apego a las normas constitucionales y legales han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena.

Cita en su demanda el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, referente a la aplicación de las sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión de la justicia indígena, lo que según "La Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales".

Manifiesta que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden acogerse a la jurisdicción ordinaria, por lo que están siendo procesados y se encuentran en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito, lo que evidencia "un proceso de doble juzgamiento".

Que en su calidad de hermano del occiso, de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, junto con las

de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, las mismas que en aplicación a lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución de la República, 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, solucionaron el caso, resolución con la que están de acuerdo los familiares del occiso.

Identificación de los derechos presuntamente vulnerados por la decisión judicial

Considera el legitimado activo que los derechos constitucionales vulnerados son los artículos 10, 11 numerales 3, 4 y 5; 57 numerales 1, 9 y 10; 76 numeral 7 literal **i** y 171 de la Constitución de la República; artículos 343, 344 literales **a**, **b**, **c**, **d** y **e**; 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la disposición general de las reformas de marzo de 2010, al Código de Procedimiento Penal.

Pretensión concreta

En atención a lo solicitado, el legitimado activo solicita que se determine:

a. Si las autoridades indígenas de La Cocha, al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrido en el territorio indígena de la parroquia de Zumbahua.
b. Si la resolución de las autoridades de la comunidad de La Cocha se apega o no al mandato constitucional del artículo 171 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.
c. Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estos son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido.
d. Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.
e. Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes.
f. Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferido por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las

autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí.

g. Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento, bajo órdenes de la justicia ordinaria.
h. En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar, y
i. Sírvase resolver si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución.

Solicita que de acuerdo a lo que disponen los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con lo que dispone al artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se ordene las siguientes medidas cautelares:

a. Se disponga la suspensión inmediata de todos los procesos judiciales iniciados en contra de los dirigentes indígenas de La Cocha por parte de la Fiscalía y juzgados de Garantías Penales de Cotopaxi.
b. Se ordene la inmediata libertad de los cinco jóvenes indígenas "que están siendo procesados dos veces", conforme al artículo 76 numeral 7 literal **i** de la Constitución de la República.
c. Se disponga la suspensión en la adopción de cualquier resolución interpretativa sobre jurisdicción indígena por parte de la Corte Nacional de Justicia.

Decisiones de justicia indígena que se impugnan

Impugnan las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi.

De la contestación y sus argumentos

De la revisión de los expedientes del caso no se advierte escrito alguno presentado por la parte accionada, conforme lo establecido en providencia del 30 de septiembre de 2010.

Terceros interesados

Manuel Orlando Quishpe Ante y otros señalan que si bien el Estado ecuatoriano, en reconocimiento de la pluralidad existente en el Ecuador, ha reconocido a la justicia indígena, establece que sus procedimientos jurisdiccionales no deben ser contrarios a la Constitución ni podrán violar los derechos inherentes a las personas.

Que en su caso, se han cometido una serie de delitos conexos en su contra, "de un linchamiento realizado por el populacho que fue enardecido por unos pocos sujetos que fungen de dirigentes de la comunidad de La Cocha…".

Manifiestan que se han violado los artículos 66 numeral 3 literales **a** y **c**, 76 numeral 7, literales **a**, **b**, **c** y **g**, 77, 83 numeral 2, y 426 de la Constitución, 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón a que el derecho a la legítima defensa ha sido reprimido en todo el proceso de ajusticiamiento indígena en su contra. Que nunca contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos, ya que fueron sometidos a tortura permanente por varios días. No existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, no hubo un juez imparcial ni la presunción de inocencia. Que a Orlando Quishpe se le obligó a declararse culpable.

Por lo expuesto, solicitan que se deseche, de manera inmediata, la acción extraordinaria de protección presentada.

Amicus curiae

Los doctores Ernesto Pazmiño Granizo, defensor público general del Ecuador, Jorge Paladines Rodríguez y abogado Luis Ávila Linzán, funcionarios de la Defensoría Pública, presentan el siguiente *amicus curiae*:

Manifiestan que la pregunta central que se le plantea a la Corte Constitucional es si el ejercicio de la justicia indígena, de acuerdo a lo que establece el artículo 171 de la Constitución, vulnera "en sí mismo" los derechos constitucionales, los

derechos a la vida, la integridad personal y el debido proceso, razón por la que se plantea dos interrogantes a la Corte: "a) ¿Es competente la Corte Constitucional para limitar la aplicación del artículo 171 de la Constitución vigente?; y, b) ¿Limita específicamente el artículo 171 de la Constitución vigente las materias de conocimiento de los sistemas de justicia indígena?

Que el artículo 171 impone límites constitucionales al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, por lo que cualquier regulación, aun jurisprudencial, sería una limitación regresiva, y por tanto inconstitucional, sin que esto signifique que los sistemas de justicia indígena deban funcionar sin ningún control.

Señalan que el texto constitucional es un límite material al ejercicio del poder, pues impide que este se desborde mediante el sistema de garantías, y cierra la posibilidad de que las reformas civilizatorias y decididas por el legislador constituyente sean burladas, lo que significa que lo que el texto constitucional no ha diferenciado explícitamente, no puede hacerlo la Corte Constitucional en su papel de máximo intérprete, y que los derechos constitucionales obligan al Estado a materializarlos a través de las leyes, políticas públicas y sentencias.

Consideran que la Corte Constitucional no es *a priori*, competente formalmente para limitar lo ya establecido en el artículo 171 de la Constitución. Que este Organismo debe determinar, en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de la justicia indígena.

Las formas de hacer justicia para las autoridades indígenas tienen particularidades propias, una de ellas, la más importante, es su naturaleza comunitaria. A más del ejercicio colectivo de la autoridad, tampoco existen en los sistemas de justicia indígena partes procesales, por tanto no existe jurisdicción ni funciones jurisdiccionales de ningún tipo. Es por ello que la frase "dentro de su ámbito territorial" del artículo 171 de la Constitución, es inaplicable a los sistemas de justicia indígena, ya que opera a través de lazos comunitarios.

El derecho propio de los colectivos indígenas no está en códigos ni cuerpos legales, a pesar de que en algunas comunidades existan normas escritas por decisión propia. Cada colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto de derecho, que no está centralizado ni generalmente explícito.

Audiencia pública

Se realiza la audiencia pública el 14 de octubre de 2010, en la que los abogados defensores del legitimado activo se afirman y ratifican en la acción extraordinaria de protección, especialmente en el hecho de que la justicia indígena actuó respetando la Constitución al conocer y sancionar el hecho. Que la intromisión de la justicia occidental ha evitado la debida ejecución de la sanción impuesta.

Las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, legitimados pasivos, por intermedio de su abogado defensor, señalan, en lo principal, que su actuación ha sido apegada a la Constitución y que no se ha atentado contra los derechos de los implicados. Que la justicia indígena ha sido reconocida por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de Justicia.

Los terceros con interés, Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Romero Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umanjinga, a pesar de haber presentado el escrito del 16 de junio de 2010, (el que consta a fojas 61 a 63 del expediente) en el que manifiestan que la sanción impuesta en su contra ha violado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a su libertad e integridad personal, en esta audiencia, por medio de su abogado defensor, afirman estar de acuerdo con la justicia indígena impuesta en su contra, por lo que ya han sido juzgados y sancionados y, por tanto, la justicia ordinaria no puede volver a conocer la causa, ya que contradice lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal **i** de la Constitución.

Peritajes

Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto al derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, el juez Patricio Pazmiño Freire requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes correspondientes que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador para la resolución de la presente causa, y cuyo contenido se desarrolla en esta sentencia.

Diligencias incorporadas al proceso

Obra del expediente de fojas 179 a 186 el auto de llamamiento a juicio:

"El juez primero de garantías penales de Cotopaxi, Latacunga, el viernes 24 de septiembre del 2010 a las 18h08, resolvió: SEPTIMO.- Con los antecedentes expuestos al considerar que de los resultados de la instrucción fiscal aparecen graves y fundadas presunciones sobre la existencia de la infracción y que los imputados: Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y, Kléver Fernando Chaluisa Umajinga tienen presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial, conocido como ASESINATO, que se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 450 del Código Penal, números 1, 4, 5, 6, 7; al amparo de lo contemplado en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal dicto AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de los procesados: 1. IVÁN BLAMIDO CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. 050338585-8, de 19 años de edad, nacido el 24 de junio de 1991 en la parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, instrucción secundaria, soltero, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. 2. FLABIO HERNAN CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. 050329996-8, de 19 años de edad, soltero, ocupación estudiante, instrucción secundaria, domiciliado en la calle Fernando Daquilema y Quintana, cantón Quevedo, provincia de los Ríos; 3. MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, con cédula No. 050316566-4, de 23 años de edad, soltero, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, reside desde hace cinco años en la ciudad de Quito; 4. WILSON RAMIRO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. 050390297-5, nacido el 10 de Abril de 1991 en Zumbahua, soltero, de 19 años de edad, instrucción secundaria, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi; y, 5. KLÉVER FERNANDO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. 050334319-6, de 21 años de edad, soltero, instrucción superior, ocupación estudiante domiciliado en comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Se ratifica y se confirma la medida cautelar de prisión preventiva que se encuentra dictada en contra de los antes nombrados procesados; una vez ejecutoriado el presente auto resolutivo, dentro de los tres días posteriores; los sujetos procesales enuncien por escrito las pruebas con las que sustanciaran sus posiciones en el juicio. Hecho que sea remítase el proceso al Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, conforme el último inciso de la disposición del Art. 232 del Código de Procedimiento Penal; procédase a dar lectura del presente auto a las partes procesales conforme

se encontraba ordenado.- Notifíquese y cúmplase. F) Dr. IVAN FABARA GALLARDO, JUEZ TEMPORAL". Sic.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional evidencia que no existe inconformidad por parte del accionante respecto a la resolución de justicia indígena, ya que principalmente manifiestan su preocupación por los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y una alegada falta de diligencia por parte de las autoridades indígenas para hacer eficaz su decisión y competencia. Es decir, nos encontramos frente a una acción extraordinaria de protección relacionada directamente con la ejecución de las decisiones dictadas por la comunidad indígena en el presente caso. Siendo así, la decisión que dictará esta Corte, en ejercicio de esta acción extraordinaria de protección, deberá tomar en consideración criterios y parámetros propios del pluralismo jurídico, autonomía, interculturalidad.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce la capacidad jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. En esta misma línea, es imperativo recordar el marco normativo del derecho internacional, específicamente el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que al referirse a la obligación que tienen los Estados de garantizar la conservación de costumbres e instituciones, entre ellas el derecho propio de los pueblos y comunidades determina que dicha garantía va de la mano de un juicio de compatibilidad entre los derechos reconocidos o positivizados en la Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por estas particularidades, y considerando que se trata de la primera decisión en materia de acción extraordinaria que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena, por no existir precedentes en la materia dentro del constitucionalismo ecuatoriano, esta Corte, conforme lo previsto en los artículos 11 numeral 8, 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, y 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia.

El artículo 171 segundo inciso de la Constitución de la República determina:

> El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Conforme la norma constitucional citada, es obligación de la Corte Constitucional velar por el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena y que en estas se asegure la vigencia de los derechos constitucionales; en este marco se fundamenta el control de constitucionalidad de competencia de esta Corte.

En consecuencia, una vez delimitado el campo de análisis que deberá ejercer la Corte en esta acción extraordinaria de protección, afinca su jurisdicción y ratifica su competencia para tramitar y resolver esta acción extraordinaria de protección, con el fin de resguardar los derechos de las partes involucradas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República.

Determinación de los problemas jurídicos

La Corte resuelve agrupar las pretensiones del accionante, de conformidad con las técnicas de economía procesal, precisión y celeridad; para ello, analizará el caso a través de la resolución de cuestiones esenciales que responden a la totalidad de las alegaciones de los recurrentes; indagará acerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso; examinará la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas, dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígena para los miembros de la comunidad, para concluir examinando la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas, en el presente caso.

Sobre esta base resolverá los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

Resolución de los problemas jurídicos

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

Previo a responder a estos interrogantes, la Corte estima indispensable realizar algunas puntualizaciones sobre los efectos del reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural, plurinacional y unitario, y el nexo o grado de interdependencia entre estos conceptos que, lejos de considerarse como antagónicos, son plenamente compatibles. Estas características delinean al Ecuador como una nación que reconoce, respeta y garantiza la riqueza de diversidad cultural que convive dentro de su territorio. Como corolario de lo señalado, el preámbulo de la Constitución de la República consagra el reconocimiento de nuestras raíces milenarias y apela a la sabiduría de las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Dentro de este escenario, conviene determinar cuál es el significado y alcance de cada una de estas características. Así, la plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica.

Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario

refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada. En tal virtud, las características de plurinacionalidad e interculturalidad no constituyen una antinomia al estado unitario ni a la democracia.

Finalmente, vale anotar que las características de plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo; esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la aceptación de minorías históricamente discriminadas.

Una vez clarificados los efectos del artículo 1 de la Constitución al reconocer al Ecuador como un Estado plurinacional, intercultural y unitario, esta Corte considera preciso proferir una mirada de reflexión integral y articulada que armonice y compatibilice los dispositivos normativos del sistema jurídico constitucional local con el orden jurídico convencional e internacional de los derechos humanos. En esa línea de pensamiento, es menester remitirnos al artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en la parte relativa a los derechos que asisten a los pueblos para la conservación de sus formas de organización y ejercicio de su autoridad. El numeral 2 del indicado artículo establece que: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio". Por su parte, el numeral 1 del artículo 9 del mencionado Convenio establece que: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 57 numeral 9, reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros derechos: "Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral"; y en el

siguiente numeral, el 10, se señala como derecho: "Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes".

Del análisis de los textos referidos se colige que a partir del marco normativo constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos ha de presumirse la existencia de una estructura propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como de una autoridad que representa dicha estructura, crea derecho de orden interno y sanciona y resuelve los conflictos internos. En otras palabras, se debe verificar, conforme la normativa referenciada, la existencia de una autoridad habilitada para sancionar de conformidad con sus tradiciones ancestrales, su derecho propio y dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, tal como lo establece el artículo 171 de la Constitución.

Cuando hablamos de habilitación de la autoridad indígena para resolver conflictos internos, hablamos de aquello que Kelsen, en *La Teoría Pura del Derecho*, plantea respecto de que una autoridad es simplemente un órgano jurídico, esto es, un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica o adoptar tal o cual decisión jurídica; un órgano habilitado para crear derecho, habilitado en el sentido etimológico de la palabra, esto es, "hacer a alguien o algo, hábil, apto o capaz para una cosa determinada[1]". Esto porque para el jurista austriaco, la norma solo se dirige de manera indirecta al sujeto de derecho, no en virtud de la imposición de una obligación, sino únicamente en virtud de la representación del sujeto de derecho como susceptible, bajo ciertas condiciones, a la imposición de una sanción, lo que quiere decir que un sujeto, bajo determinadas condiciones, está habilitado para imponer una sanción.

Bajo esta perspectiva cabe preguntarse ¿quién es autoridad entre los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador? La respuesta a este interrogante sería relativamente sencilla si se tratase de una autoridad común del Estado, sin embargo, esto no es así debido a las particularidades que tiene la organización interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, lo que obliga a esta Corte, para el análisis del presente caso, a ubicarse en el campo del pluralismo jurídico constitucionalmente determinado.

[1] PAULSON, Stanley L., "La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen" en Revista Derecho de Estado N.º 29 julio/diciembre del 2012, pp. 5/49. Pág. 8. Versión electrónica, consultado el 02.01.2013 http:www.revistaas constitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art6.pdf

Desde una perspectiva histórica y a manera de referencia, de acuerdo con la certificación conferida por la Directora Ejecutiva del Archivo Nacional, que consta a foja 288 del expediente, el entonces Rey de España comunicó al presidente y oidores de la Real Audiencia de Quito que:

> "Presidente y Oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de San Francisco de la provincia del Quito nos somos informados que los indios naturales de esa provincia del Quito no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ellos dadas sino por las de estos Reinos siendo diversa la república y el gobierno de donde se sigue los enseñan a pleitear en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad y justicia y se les pervierte su gobierno quitándoles de la sujeción de sus caciques y señores naturales y porque como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustas de no hacerse así demás de seguirse tanto daño de los indios no somos des servido y nuestra voluntad es para que mejor se acierte se os declare y abierta más en particular la orden que en ello haréis detener y para hacedlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en el tiempo de su gentilidad en todo el término de vuestro gobierno os mandamos que luego que recibáis esta nuestra cédula ayaís información de ello muy en particular lo cual enviareis al nuestro Consejo de las Indias para que en él vista se provea lo que convenga fecha en Badajoz a 23 de septiembre de mil quinientos y ochenta años Yo el Rey

Esta disposición monárquica es un hito histórico que establece el reconocimiento de un nivel de autoridad indígena al disponer que se respeten las facultades y competencias de los pueblos indígenas, en los albores de la conquista. Esto nos dice que su existencia, rol y facultades precede a la estructura del propio estado republicano, sin que por ello se pueda afirmar que no han ocurrido cambios y transformaciones en las estructuras de la autoridad y justicia de los pueblos indígenas de estas tierras.

Un dato contemporáneo que permite a esta Corte identificar quién es autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, lo encontramos en el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificada al 2004, del que se deriva que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo, que es el Cabildo. Desde un enfoque o análisis

formalista del Derecho Positivo, es decir, desde una lectura literal del texto sin articulaciones con el conjunto de la ley, peor de la Constitución, sería suficiente identificar la ley que contiene la norma habilitante para dilucidar quién es la autoridad indígena. No obstante, esta Corte advierte, por los estudios especializados practicados dentro de la presente causa, que el concepto de autoridad indígena dentro del proceso de la justicia indígena es más amplio que el determinado en el referido artículo 8 de la ley. Así se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal.

Queda claro para esta Corte que las tradicionales formas de representación comunitaria: el presidente del Cabildo, dirigentes comunitarios, exdirigentes del Cabildo y los ancianos o mayores, en el proceso de administración de la justicia indígena actúan solo como facilitadores del proceso y no tienen niveles de decisión individual en razón de su cargo o estatus comunitario. La decisión del caso, conforme se documenta en los estudios, y consta en el expediente debidamente demostrado, fue el resultado de la deliberación colectiva, luego de largos debates en los que participaron sin ninguna restricción los miembros de la comunidad, por lo que las decisiones no pueden ser atribuidas a persona o autoridad en particular, o a la convicción de una autoridad específica, de un juez o de una persona en concreto.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador en el proceso de justicia indígena, en primer lugar, nos permite responder afirmativamente la primera parte del interrogante jurídico, esto es, quién es la autoridad que administra la justicia indígena. En segundo lugar, nos facilita comprobar la materialización de la coexistencia de distintas esferas de lo jurídico, como es en este caso el sistema ordinario y el indígena. En tercer lugar, permite realizar el control constitucional respecto de la responsabilidad y obligación que tiene esta sui géneris forma de autoridad de asegurar que sus actuaciones se sujeten a sus normas, procedimientos y derecho propio, a la Constitución y a los convenios internacionales de derechos humanos, que es lo que esta Corte procede a realizar de manera inmediata.

La descripción pormenorizada que hacen los estudios especializados incorporados al proceso sobre el procedimiento que reiterada y tradicionalmente aplica el pueblo Kichwa Panzaleo para resolver casos de conflictos internos brindan una explicación razonable para identificar la estructura de autoridad, las normas y procedimientos de la justicia propia de un pueblo indígena de la sierra ecuatoriana. Estos estudios nos describen, de manera minuciosa, que existen actuaciones específicas que deben cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción. La justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria.

Respecto al procedimiento que siguen para la resolución de conflictos dentro de esta comunidad, de modo general, existen varios momentos que se cumplen, a saber:

El primero consiste en la demanda o denuncia (*Willachina o willana*) que se realiza, ya sea ante el presidente, el Cabildo o directamente ante a la Asamblea General (dependiendo de la gravedad del asunto). Esta solicitud consiste en el requerimiento de intervención en la solución del conflicto y constituye la única vía para la realización de un proceso, pues la justicia indígena no se activa de oficio. Con la denuncia se configura un presupuesto básico insustituible en la justicia indígena: la obligación de someterse y aceptar lo que se resuelva, así como respetar y cumplir las medidas que adopte la comunidad. Solo cuando se ha cumplido esta primera fase se puede iniciar el proceso de juzgamiento.

El proceso se inicia con la convocatoria a una Asamblea General en donde se da a conocer públicamente los hechos y detalles del caso. La Asamblea abre un periodo de averiguación o constatación de los hechos (*Tapuykuna o tapuna*), en el cual se designan comisiones o comisionados que serán los encargados de llevar adelante la investigación y el esclarecimiento de los hechos[2].

Cuando se tienen indicios, pruebas y testimonios que configuran los elementos materiales que confirman la denuncia, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un período de deliberación. En esta etapa pueden participar los implicados, las víctimas, sus

[2] Según Pedro Torres, en caso de delitos graves o flagrantes, se puede apresar a los denunciados o los sospechosos y se procede a recoger todo posible indicio y se lleva a cabo una investigación que es algo distinta a la averiguación tradicional. Implica mayor trabajo investigativo y no se permite la intervención de nadie, y los comisionados tienen plena libertad para llevar a cabo toda actuación necesaria, incluso aplicación de la fuerza.

familiares y personas de relevancia en la comunidad, así como también se pueden presentar testimonios y pruebas que se consideren pertinentes o solicitar una confrontación (careo) para contrastar las versiones de las partes *(Chimbapurana o nawichina)*. Además, para garantizar que la deliberación se base en datos ciertos, que sea pública, comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea.

Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede en forma comunitaria a establecer la culpabilidad o inocencia, y de ser el caso, a adoptar las medidas de solución o conciliación entre las partes, así como también aquellas medidas destinadas a la sanación del infractor *(Kishpichirina)*. Así, es la Asamblea General (como máxima autoridad) la que toma una resolución, califica el acto denunciado, señala los autores o cómplices, determina las medidas reparatorias y las ejecuta. En esta fase las mujeres tienen un papel muy activo, pues son ellas quienes ejecutan la resolución, incluyendo de ser el caso, el castigo determinado por la Asamblea (*Paktachina*). Posteriormente, vendrá el aconsejador (*kunak*), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado, así como de lo que debe resguardar, que ante todo es el buen vivir de la comunidad (*ayllukuna allí kausay*).

Para las comunidades Kichwa Panzaleo, cuando se comete una infracción que afecte sus relaciones sociales, personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria, es necesario conseguir la restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad. Para ello, consideran necesario efectuar la purificación del infractor y su reconexión con la naturaleza (Pachamama) aplicando sanciones, reprimendas o consejos con un alto contenido simbólico.

Para el pueblo Kichwa Panzaleo, las sanciones, y dentro de estas los castigos corporales, tienen como finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados[3]. En su razonamiento, la sanción es la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Al ser aplicada públicamente cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor.

Al respecto, Pedro Torres, en su informe, sostiene lo siguiente:

[3] Sánchez, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 30 y 31.

> «…frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (…) así, la comunidad es el pilar esencial de toda estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que relaciona con toda forma de existencia en una común unidad de interrelación e interdependencia recíproca.
>
> Por eso, lo que aparentemente aparece como una "pena" o un "castigo" es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el AYLLUKUNA ALLI KAUSAY y se pueda llegar al sumak kausay o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política[4]».

De modo que la sanción, reprimenda o consejo aplicado dentro de la comunidad indígena de La Cocha, en el presente caso, constituye una práctica que toda la comunidad conoce y reconoce como mecanismo de amonestación, advertencia o llamado al orden.

Para la Corte Constitucional es de particular importancia destacar que los dos informes especializados evidencian que la asamblea general de la comunidad, que ejerce la administración de justicia, solamente en los casos relacionados con la afectación a la vida, esto es, la muerte de uno de sus miembros que afecta la integridad y cohesión comunitaria, impone sanciones más drásticas[5]. Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño con agua fría, la ortiga, el fuete, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales.

En las comunidades kichwa de Panzaleo, todo problema o conflicto concluye con el perdón de la comunidad a los afectados. Una vez obtenido el perdón se procede al agradecimiento o reconciliación, en el que quienes han sido juzgados proceden a agradecer o a rehacer sus vínculos y lazos con la familia y la comunidad. Esto verificamos en el Acta donde los representantes de las 24 comunidades dejaron constancia de lo siguiente: "…después de casi quince días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y

[4] Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 24.
[5] Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado [sic] y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha restablecido".

Durante todo este proceso siempre hay personas encargadas de garantizar que se siga el procedimiento adecuadamente para que surta los efectos requeridos. Al igual que sucede en rituales religiosos, por ejemplo, hay personas que garantizan el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones a observarse en cada momento.

En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por tanto, esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblos kichwa Panzaleo.

Continuando con el análisis constitucional, esta Corte tiene que dilucidar cuál es el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo del 2010, con el propósito de establecer el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protegen las decisiones de la justicia penal ordinaria.

Encontramos que las autoridades y demás comisionados que participaron en el proceso, lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es, en estricto sentido, el grado de participación de Silvio Candelejo Quishpe, y los cuatro involucrados en el hecho de la muerte; lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario. Esto se evidencia al evaluar el sentido y alcance de las sanciones adoptadas en la asamblea, a saber: la indemnización de cinco mil dólares que son donados a la organización UNOCIC para que sean invertidos en obras comunitarias; la prohibición del ingreso de grupos de "pandilleros" a las fiestas de la comunidad; la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes con la obligación de los

familiares de rehabilitarlos; las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho.

Ahora bien, si lo que resuelve la Asamblea Comunal es la reparación o "sanación" a la afectación que la actuación de los involucrados provoca a la comunidad, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre con la reparación por el hecho de la muerte y la consecuente responsabilidad subjetiva de quien o quienes provocaron la muerte? La dimensión subjetiva de los derechos y de las responsabilidades, entendidas conforme al derecho ordinario, ¿es un bien jurídico que se encuentra protegido en las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, bajo sus particulares circunstancias?

Para encontrar respuesta a estos interrogantes, esta Corte hace suyo el análisis semántico y lingüístico de lo que vendría a ser el "bien protegido" dentro de este pueblo, contenido en el informe del presbitero Pedro Torres, que en lo principal manifiesta:

> «EL BIEN PROTEGIDO:
> Como objeto o interés principal para la runa justicia o justicia indígena, está lo que anteriormente señalaba como características o principios generales del AYLLUKUNA ALLI KUSAY o el "BIEN VIVIR" en comunidad (entre familias - ayllukuna pura), que conlleva los otros principios o enunciados anteriormente: APANAKUNA, el ser llevados a la convivencia amistosa y armónica (pacífica) con el entorno: Llakta (Pueblo= - Ayllu (familia) – Pachamama (Madre Naturaleza – Pacha (Divinidad) y el respetarse o KASUNAKUY (el comportarse bien con todos) y respetar a los demás.
>
> Asi, lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar "integrado" a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea…AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA, por eso suelen decir: "tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie" y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera.

Por supuesto que aunque son los bienes "particulares" o personales los que muchas veces están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc.., lo que se busca es proteger o amparar es en cuanto son "bienes comunales" no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. **Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean.** Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del "problema" social o de la "problemática familiar" bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan "huérfanas", desmembradas, "el uno en el cementerio y el otro en la cárcel" y aunque en la mayoría de las veces he visto que entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar primero una solución a lo "social", a lo "familiar" y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: "dejamos a Diosito él ha de ver".

Gonzales Holguín presenta kausay, como "Caucani. Vivir, o sustentarse. Caucay, el sustento necesario a la vida. Allipi o allinpi caucani, vivir a gusto" (pág. 51), que podríamos decir se aplica para el mundo kechwa del Perú; y ya en el kichwa ecuatoriano, Grimm la traduce como "**causan,** vivir, existir, habitar…, **causai**, vida, edad, conducta, alimento, sustento; **allí causaita causana**, perseverar en el bien" pág. 8 **allicausai**, virtud…" (pág. 2) y no se encuentra ninguna otra expresión para persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna.

Si el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en comunidad (ayllukunapura) una de las principales sanciones o "penas" que se pueden tomar en contra de un comunero en forma particular o individual será la "**expulsión temporal o definitiva de la comunidad**" como consta en la mayoría de los Reglamentos internos de las comunidades y comunas, aprobado por el Ministerio o entidad respectiva del Estado, o la privación de sus "derechos como comunero" o la "suspensión temporal" de la vida comunitaria o el impedimento **a participar de la vida de la comunidad** o en actos o actividades de la comunidad y otras sanciones o penas en este mismo sentido como son "el goce o disfrute de los bienes comunales" o la participación en Asambleas o Actividades comunitarias etc.., etc.., a más de lo que significa la

amonestación o el llamado de **atención** en público, verbalmente o por escrito.

He conocido muy pocos casos de "expulsión" de comuneros o de "suspensión" de sus derechos y los que he conocido lo han realizado siguiendo todos los cánones que establece el Ministerio de Agricultura de acuerdo a la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las comunidades campesinas, que han llegado a las más altas instancias tanto del Ministerio de Agricultura y Ganadería como ante el Tribunal Contencioso Administrativo y hasta el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales y en los que no solo se ha alegado la sanción, justa o injusta, según el caso sino y sobre todo la facultad que tienen la comuna o cabildo para seguir su expulsión o sanción».

Por su parte, el informe de la experta Esther Sánchez también sustenta la dimensión colectiva no solo del proceso de resolución de conflictos internos, sino también del bien jurídico que se protege y de la sanción que se resuelve.

Para la presente causa, es de trascendental importancia la constatación que se hace de que "no se encuentra ninguna otra persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna". Esto se pone en evidencia tanto en los conceptos Kausay, allipi, causana, causai, allí causaita causana, allicausai, que son centrales y tienen carácter de principios organizadores de la sociedad indígena del pueblo Kichwa Panzaleo. En palabras del experto Pedro Torres: "el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en la comunidad (ayllukunapura)".

Lo trascendente de lo comunitario para este pueblo es claramente verificable en la descripción de los elementos que componen el proceso jurisdiccional al interior de las comunidades indígenas Kichwas Panzaleo. Existe una clasificación de la naturaleza de las acciones que tiene que ver con lo que consideran valioso desde el punto de vista comunitario: la familia, lo colectivo, vivir en comunidad; el carácter público y comunitario del proceso en todas sus fases que hace que diversos miembros de la comunidad participen en su desarrollo, en sus distintas fases: averiguación, deliberación, aconsejamiento, sanción, ejecución de la sanción, rito de reconciliación o agradecimiento, así como la decisión final adoptada por la Asamblea Comunal y no por un juez o autoridad o persona en particular.

La noción de responsabilidad que en la justicia ordinaria es individual y subjetiva, en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva. En tal

sentido, la responsabilidad de un acto no es adjudicable, únicamente, a quien realiza directamente la acción, sino que se extiende a quienes le acompañan, ayudan, alientan, y se amplía incluso a la familia del autor o autores, por fallar en su tarea de socialización o cultivo de las virtudes comunitarias, sin que esto sea equivalente a las nociones de "delincuente", "cómplice" o "encubridor" que tipifica la normativa penal y que están ausentes en la justicia indígena, conforme se constata de los datos incorporados en los informes técnicos especializados.

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

A pesar de destacar estos importantísimos hallazgos en el proceso, y dada la trascendencia de este fallo, la Corte Constitucional se ve en la obligación de desarrollar algunos razonamientos adicionales, a partir de la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la obligación del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución ecuatoriana, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional?, y, consecuentemente, en tanto no existen derechos ilimitados, ¿bajo qué horizontes normativos debe examinarse la vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia, cuando son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades?

Para responder a las preguntas formuladas es necesario hacer referencia a la Constitución en el numeral 10 del artículo 57, que establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a "crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrán vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes".

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución de la República habilita a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades a 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…".

Las disposiciones constitucionales referidas nos hablan de algunos aspectos importantes: acerca del derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; la facultad que tienen las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades de ejercer sus funciones jurisdiccionales, bajo las reglas constitucionales y del sometimiento de dichas actuaciones a los límites que establecen los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, específicamente los derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

No obstante, argumentar de manera abstracta, sin aplicación material a caso concreto, que las facultades para el ejercicio del derecho a crear, desarrollar, aplicar, practicar, inclusive transformar el derecho propio de los pueblos indígenas, están definidas por constar en la Constitución y estar reconocidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, es claramente insuficiente e implicaría vaciar el ejercicio del derecho, por el simple hecho de que, por su estructura y composición, tanto sus tradiciones ancestrales, como sus normas y procedimientos propios no son equivalentes o equiparables ni por vía del silogismo ni por vía analógica, al derecho ordinario, ni adjetivo ni procesal; por lo que todo examen de constitucionalidad, desde esa perspectiva, arrojaría un resultado erróneo, tanto para la justicia indígena como para la justicia ordinaria.

Es justamente por esta particularidad que es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como Justicia Ordinaria y Justicia Indígena.

2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial a las decisiones de la justicia indígena?

Avanzando en el análisis nos remitimos al artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida. Constitucionalmente la vida se encuentra protegida en un ámbito positivo como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de

garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza. Del mismo modo, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Por lo que, tal y como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional, la protección jurídica de la vida implica dos dimensiones: la primera, una dimensión negativa mediante la cual el Estado tiene la prohibición de atentar contra la vida de las personas; y la segunda, una dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de protección que sancione cualquier agresión a la vida con independencia de su origen público o privado y sin distinción respecto de los involucrados. Esto último quiere decir que el Estado deberá sancionar toda agresión a la vida sin importar la raza, sexo, religión o pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena del agresor y/o del agredido[6].

Uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional contemporáneo, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana de las personas. En tal sentido, a diferencia del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en donde la vida de la persona es protegida en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido que es la comunidad, en el derecho común, *ius commune,* el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia.

Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida. En otras palabras, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. Es responsabilidad del Estado garantizar, en todo momento, que cualquier atentado contra la vida sea conocido, juzgado y sancionado, no solo en tanto derecho objetivo, esto es, que establece una obligación jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también en tanto derecho subjetivo, esto es, inherente de cada persona. En definitiva, le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad,

[6] Al respecto, ver Rey Martínez, Fernando. "La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión". Revista de Estudios Constitucionales, Año 7, N.º 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2009, pp. 331-360.

garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad de quien causa la muerte.

Adicionalmente, el derecho a la vida forma parte de los *ius cogens*[7], de modo que la inviolabilidad de la vida es una norma imperativa e inderogable del derecho internacional general, consagrada como un valor y un bien trascendental para la comunidad nacional e internacional. Frente a esta categorización de la vida como parte de los *ius cogens* se debe entender que se vuelve necesaria la activación de todos los medios y mecanismos nacionales e internacionales para su efectiva protección, incluyendo la obligación de todos los Estados de perseguir de modo efectivo toda conducta que atente contra este derecho y conseguir la sanción a sus autores, siempre con el fin de evitar la impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida. Por consiguiente, la vida, revestida de un alto valor para el Orden de los Estados, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección frente a toda situación, y en todo el territorio nacional.

La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en los *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de precautelar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de

[7] La positivización del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su artículo 53 establece que "Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter." Al respecto ver: Florabel Quispe Remón. "Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso". Universidad del Norte. Revista de Derecho N.º 34, Barranquilla, 2010.

conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley.

De esta manera, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respetando el ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, están en la obligación de precautelar la vida de las personas en su dimensión subjetiva y objetiva, garantizando la no impunidad de los delitos en los casos de muerte, para lo cual frente a actos que afectan la inviolabilidad de la vida, les corresponde a sus miembros, y en particular a sus autoridades, colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de responsabilidades y de sanción del delito, en el marco de los procesos objetivos de coordinación ordenados por la Constitución.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida.

Como en efecto sucedió en el caso sub júdice, pues obra del expediente de fojas 179 a 186 el auto de llamamiento a juicio de los implicados en la muerte de Marco Olivo Pallo, en virtud de las competencias constitucionales y legales para juzgar y en caso de existir responsabilidad penal sancionar las agresiones ilegitimas contra el bien vida.

Esta medida en nada afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, derecho que tiene una amplia aplicación para el conocimiento y solución de los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial. El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los

pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador.

De igual forma, en nada afecta al orden jurídico legal penal y a los principios y reglas constitucionales, reconocer el derecho que tiene todo ciudadano indígena que se vea sometido a la justicia penal ordinaria, bajo los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho interno, de ser considerado y que se respete su condición económica, social y cultural.

En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

Para abundar en lo señalado y por ser de capital importancia, reforzando el razonamiento precedente, es menester remitirse al informe pericial de Esther Sánchez, foja 322 del proceso, donde se identifica que el llamado "Caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi" expresa el desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, y es justamente en estas circunstancias que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria, c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y, e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.

Para concluir con el análisis constitucional, por constituir un factor de incidencia en la imagen que la sociedad alimenta respecto a la cultura y prácticas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta Corte procede a verificar si la actuación de los medios de comunicación que difundieron el caso enmarcaron su trabajo en la normativa vigente, y de ser constitucionalmente imperioso, dictará reglas de cumplimiento para la favorabilidad de la protección y garantía de derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional

El accionante en su demanda señala:

«El ejercicio de las facultades jurisdiccionales y la competencia por parte de las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos; así como ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y más personeros del país, quienes han manifestado "es hora de reflexionar y poner a discusión qué mismo significa la justicia indígena, en un país tan pequeño como el nuestro, dividido por las apetencias políticas e inclusive por el esquema regional, no es factible que este tipo de justicia paralela nos divida más a los ecuatorianos, porque la justicia indígena, a más de ser aberrante, acomodada y discriminatoria, es confusa para la misma sociedad.

Lo sucedido en La Cocha, comuna de la Parroquia Zumbahua, es un retroceso a la civilización, un acto letal y absurdo contra el ser humano, al presentar desnudos, amarrados, colgados, ortigados, bañados y cargando como acémilas bultos llenos de tierra y piedra; la ignominia, el desprecio y la crueldad se están practicando, haciendo caso omiso la presencia de autoridades, cuando ellas han alcahueteado la supuesta justicia indígena, les dieron piola, hasta llegar a escuchar que existe en las comunidades "la pena de muerte" o mejor dicho, la "inyección letal de la ortiga"».

Esta Corte encuentra que debido a la forma, tiempo, contenido de las imágenes y comentarios con los que se expuso mediáticamente este caso, esto es, difundiendo como noticia solo el momento de la ejecución de las sanciones comunitarias y no todos los aspectos que involucran el proceso de administración de justicia indígena, se alimentó en la sociedad nacional sentimientos de alarma, burla, rechazo, desprestigio social y desnaturalización de los métodos y procedimientos que aplica la justicia indígena para resolver sus conflictos

internos, contribuyendo a reforzar el imaginario social estigmatizante respecto de las prácticas ancestrales de estos pueblos indígenas, que fuera práctica común alimentada en el Estado mono cultural hasta antes de la Constitución del 2008, lo que a partir de esa fecha se encuentra constitucionalmente vetado.

Conforme dispone el artículo 18 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a "Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior". Esto implica que la información que se difunda o produzca en torno a un hecho, ya sea a través de los medios de comunicación o de cualquier autoridad pública o particular –y muy particularmente en torno a hechos que ocurren al interior de los pueblos indígenas por su particular condición económica, social y cultural–, debe cumplir parámetros que garanticen la veracidad de la información, eviten la descontextualización o la tergiversación de su realidad, y que esa información que se difunda contribuya a la pedagogía social de respeto a la diferencia, como valor constitucional intrínseco atinente a una sociedad y estado plurinacional e intercultural, normativamente protegido.

De modo que en casos como el de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, la información emitida al respecto debía tomar en consideración cada uno de los requisitos marcados por la Constitución de la República. Al ser temas de alta complejidad y gran sensibilidad, al difundir lo sucedido en la comunidad de La Cocha se debió garantizar, especialmente, que la información se encuentre contextualizada, sea plural y verificada, puesto que al emitir exclusivamente imágenes y criterios respecto de hechos tan sensibles, sin presentar el contexto en el que se efectúan y sin una adecuada explicación respecto de lo que es la justicia indígena y sus prácticas tradicionales, se ha favorecido a la estigmación, desnaturalización, y desvalorización del sistema constitucional de justicia indígena.

Si la sociedad no cuenta con información completa, contextualizada, plural y verificada no puede conocer y entender la realidad específica y, por el contrario, puede ser inducida al equívoco y al prejuicio discriminatorio, por lo que en casos como este, sujetos a una particular protección constitucional, y dada su especial situación y características socio culturales, es indispensable que toda la información difundida en los medios de comunicación, así como por parte de las autoridades públicas, cuente con la participación de expertos, de miembros de la comunidad, y que su difusión se enmarque dentro del pluralismo y la interculturalidad que ordena y reconoce nuestra Constitución.

Esto tiene su razón de ser porque, además, existe una constante confusión entre ajusticiamiento o linchamiento y justicia indígena, que ya fue puesto en evidencia por parte del Relator Especial sobre Ejecuciones, Philip Alston, quien señaló que:

> "los medios de comunicación y funcionarios confunden con demasiada frecuencia la cuestión de los linchamientos (denominada también justicia privada o popular) con la justicia indígena (…) La Justicia indígena es la justicia administrada con arreglo a las tradiciones indígenas. En marcado contraste con los casos de linchamiento, no implica la realización de actos de violencia arbitrarios o vengativos. La justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad y es un proceso formal dirigido por líderes indígenas y miembros de la comunidad.
> (…) Los medios de comunicación y los funcionarios deberían tener cuidado de distinguir claramente entre los linchamientos y la justicia indígena. La justicia indígena está reconocida en la Constitución y es una parte importante del sistema jurídico del país"[8].

Por consiguiente, constituye una acción reprochable y vulneradora de derechos constitucionales, que reportajes periodísticos o autoridades públicas presenten imágenes y afirmaciones en las que se descontextualiza la justicia indígena y se la presenta como un acto de linchamiento, fomentando el desconocimiento y prejuicios de estigma en contra de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En consecuencia, en sometimiento a la Constitución, para garantizar el ejercicio de una práctica comunicacional de carácter intercultural que respete a la justicia indígena, a los miembros de la comunidad y a las víctimas de actos delictivos, los medios de comunicación deben emitir información contextualizada, verificada y veraz, que refleje una visión plural, enmarcada en el respeto y tolerancia a prácticas sociales y culturales diferentes, que no aliente o incentive reacciones discriminatorias contra las personas, pueblos y nacionalidades indígenas.

Por lo expuesto, esta Corte establece que a partir de la aprobación y publicación de esta sentencia, será obligación de todo medio de comunicación, público, privado o comunitario, así como por parte de cualquier autoridad pública o particular, siempre que difundan y analicen temas de justicia indígena, otorgar los espacios necesarios para que las autoridades de justicia indígena, las partes

[8] Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

procesales, así como las autoridades de la justicia penal ordinaria y, de ser el caso, expertos conocedores del tema, participen, expliquen y presenten argumentos y opiniones respecto al tema en cuestión.

Este resguardo debe adoptarse en vista de que en muchos casos las diversas costumbres, tradiciones y concepciones de los pueblos indígenas frente a aquellas de la sociedad blanco-mestiza pueden ser antagónicas o, eventualmente, parecer incompatibles con los valores más generalizados de la sociedad mayoritaria. Ante esto, para entender determinadas prácticas culturales ajenas a la cultura que representa la justicia ordinaria –como la imposición de sanciones corporales, por ejemplo–, es necesario hacer un ejercicio plural e intercultural de aproximación a los significados de aquello que de manera incoherente e inconexa se nos presenta como hechos que ocurren en un marco cultural distinto al de la cultura nacional mayoritaria.

Como consecuencia de lo analizado, la Corte Constitucional determina que cualquier medio de comunicación público, privado o comunitario, autoridades públicas o particulares, para ajustar su actuación a la normativa constitucional vigente, cuando se trate de emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena, deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, para lo cual están en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto, previa autorización de las autoridades indígenas concernidas, documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento de administración de justicia indígena, de manera integral, y no solo difundir un aspecto aislado, como el ritual de sanción, evitando de esta manera atentar contra el derecho a una información constitucionalmente protegida.

Para concluir, esta Corte destaca que en materia de garantías jurisdiccionales resulta trascendental la generación de criterios jurisprudenciales vinculantes a partir del análisis de los hechos que dan origen a cada caso, circunstancia que diferencia al derecho jurisprudencial del derecho de origen legislativo. En consecuencia, los efectos del presente fallo serán para el caso concreto, pero los criterios interpretativos y reglas también se extienden a casos que presenten hechos similares. Finalmente, los criterios señalados cubren a las personas integrantes del pueblo Kichwa Panzaleo de la Provincia de Cotopaxi, individual o colectivamente considerados en sus territorios.

III. DECISIÓN

Siendo que el desarrollo del contenido constitucional responde a una de las obligaciones primordiales que tiene esta Corte y una de sus principales preocupaciones es garantizar la vigencia plena y eficaz del orden jurídico y político aprobado por el Constituyente en Montecristi, en mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente

SENTENCIA

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.

2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.

3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento.

4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

   a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos

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

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

c) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y 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, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.

5. Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes.

6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaria Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.

7. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutiva de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutiva al idioma Kichwa para ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.

8. Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutiva publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.

Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos a favor, de las juezas y jueces: Antonio Gagliardo Loor, Wendy Molina Andrade, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire; un voto salvado del juez Marcelo Jaramillo Villa, sin contar con la presencia de las juezas Tatiana Ordeñana Sierra y María del Carmen Maldonado Sánchez, en sesión extraordinaria del 30 de julio del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mccp/mesb

ANEXO C

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Quito, D. M., 06 de agosto del 2014

SENTENCIA N.º 004-14-SCN-CC

CASO N.º 0072-14-CN

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La presente consulta de norma, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, ha sido propuesta mediante providencia dictada el 14 de abril de 2014, ante la Corte Constitucional, por el doctor Álvaro Guerrero, juez segundo de garantías penales de Orellana. La providencia en la que se resuelve realizar la consulta se dictó dentro del proceso penal N.º 223-2013, con el objeto de que en aplicación a la disposición contenida en el artículo 428 de la Constitución, así como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se resuelva sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley s/n Registro Oficial 578-S del 27 de abril de 2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal, en el que se encuentra prevista la sanción por la comisión del delito de genocidio.

Por medio del oficio N.º 223-2013, recibido el 16 de abril de 2014, el juez segundo de garantías penales de Francisco de Orellana da a conocer a esta Corte la consulta realizada.

La Secretaría General, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 127, del 10 de febrero de 2010, certificó que en referencia a la acción N.º 0072-14-CN, no se ha presentado otra consulta con identidad de objeto y acción.

El 6 de noviembre de 2012 fueron posesionados los jueces de la primera Corte Constitucional. Mediante auto del 02 de mayo de 2014 a las 09:30, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la consulta de norma N.º 0072-14-CN.

De conformidad con el sorteo realizado por el Pleno del Organismo, en sesión ordinaria del 15 de mayo de 2014, mediante memorando N.º 234-CCE-SG-2014,

el secretario general de la Corte Constitucional remitió el presente caso al doctor Manuel Viteri Olvera, como juez constitucional sustanciador.

El juez constitucional sustanciador, mediante auto del 04 de junio de 2014 a las 08:37, avocó conocimiento de la presente causa, convocándose a audiencia pública el 10 de junio de 2014, a las 15:00.

Mediante memorando N.º 151-2014-CC-DMVO del 23 de junio de 2014, el juez sustanciador requirió un insumo jurídico a la Secretaría Técnica Jurisdiccional, dependencia que mediante oficio N.º 0322-STJ-CCE-2014 del 11 de julio de 2014 atendió la solicitud. El 16 de julio del 2014 el juez constitucional remitió el proyecto de sentencia a la Secretaría General para conocimiento del Pleno, con lo cual, la sustanciación de la presente causa ha sido desarrollada dentro de los plazos y términos previstos en la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional[1].

Norma cuya constitucionalidad se consulta

La norma cuya constitucionalidad se consulta es la contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, la misma que prevé:

> Art. ...- Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:
>
> 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

[1] "**Art. 8**.- Plazos y Términos.- Los plazos y términos a los que se refiere la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se aplicarán a la fase de impulsión judicial que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte. No se computarán dentro del cálculo de plazos y términos el tiempo durante el cual el expediente no se encuentre al despacho del juez, de las salas de admisión, selección y revisión o del Pleno de la Corte Constitucional para su conocimiento. Los plazos y/o términos deberán comenzar a contarse a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia o auto de avoco de la causa por parte del juez o de las distintas Salas, y desde que el expediente haya sido incluido para conocimiento del Pleno del Organismo en el Orden del Día. Cuando se trate el asunto dentro del orden del día por el Pleno de la Corte Constitucional se entenderá la impulsión desde que se encuentra al despacho del Pleno. Cuando el Pleno de la Corte Constitucional, las salas de admisión, selección, revisión, y las juezas o jueces constitucionales soliciten apoyo técnico jurisdiccional, ordenen la práctica de diligencias y/o soliciten estudios especializados se suspenderá el cómputo de los plazos o términos...".

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Descripción de los hechos relevantes en la tramitación de la causa

En la presente causa el juez consultante manifiesta que en audiencia de formulación de cargos llevada a efecto el 27 de noviembre de 2013, se inició una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, por los hechos expuestos por el señor fiscal, en donde se manifiesta que a partir del 05 de marzo del 2013, luego de la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga sucedido en la Comunidad de Yarentaro presuntamente por un grupo denominado Taromenane o pueblos indígenas en aislamiento, un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros, localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte; señala que esta incursión se la habría realizado con la utilización de armas de fuego y lanzas tradicionales; luego del ataque sustrayendo o extrayendo a dos niñas de aproximadamente 03 y 06 años cada una, arrancándolas de su familia natural e internándolas o asimilándolas a las Comunidades de Dikaro y Yarentaro. Señala que una vez que realizaron la incursión procedieron a dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento para posteriormente retornar a las Comunidades de Dikaro y Yarentaro. De las investigaciones realizadas por la Fiscalía se desprende que tal búsqueda y localización de las familias en asilamiento tardó aproximadamente siete días a partir del momento en que decidió ingresar a la selva el grupo de miembros de la nacionalidad Waorani. Aproximadamente asciende al número de diecisiete atacantes. La Fiscalía señala que "…se establecen los prepuestos de la comisión del delito tipificado en el artículo 440.4 es decir el delito de genocidio. Dicha instrucción fiscal se inició en contra de TOCARI COBA QUIMONTARI ORENGO; BOYA GUINENEGUA OMEWAY TECA; OMEWAY DABE KAGUIME FERNANDO; OMEWAY DABE TEWANE BEHENE; CAIGA BAIHUA TAGUE; VENANCIO YETI ORENGO; TANI PAA VELONE EMOU; AWA BOYA ITECA; ARABA CUMENCAGUI OMEWAI; MINICO MIHIPO INIHUA; PANTOBE CUE BUYUTAI; QUIHUIÑAMO MENA BUCA; TOCARI ITECA COHUE; BAIHUA CAIGA WILSON ENRIQUE; NAMPAHUE COBA CAHUIYA RICARDO. Posteriormente con fecha 24 de febrero de 2014, el señor Fiscal vincula a la instrucción fiscal a TEMENTA BEBANGO HUANE; y, con fecha 25 de marzo del 2014, vincula al señor TEMENTA BATINGARE QUEMO. Cabe mencionar que la instrucción fiscal seguida en contra de los antes nombrados se ha iniciado con la medida cautelar de prisión preventiva…". Manifiesta que los antes mencionados procesados, de acuerdo al contenido de la instrucción fiscal, pertenecen a la nacionalidad indígena Waorani, como pueblos en reciente contacto.

Manifiesta que el señor fiscal, en audiencia pública, basado en el artículo 428 de la Constitución, ha solicitado que se eleve a consulta el expediente por existir normas jurídicas cuya aplicación resultan contrarias a la Constitución, señalando el juzgador que "existen motivos suficientes para generar una duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de la aplicación en el presente caso, de la norma contenida en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal, en el cual se encuentra prevista la sanción por la comisión del delito de genocidio".

Señala que dicha duda razonada y motivada se expresa conforme los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: Enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.- Se solicita que esta Corte Constitucional realice el control de constitucionalidad "del artículo 1 de la Ley s/n publicada en el R.O. 578-S, 27-IV-2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal". Principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos y las razones por las cuales se infringirían.- El consultante identifica los principios o reglas constitucionales que se presume se infringen, partiendo del análisis y justificación del bloque de constitucionalidad: así, expone: "De acuerdo con los artículos 11, numeral 3; 424; y, 426 de la Constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto deben ser parámetro de control de normas inferiores y su aplicación , las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos". Siendo así y en virtud del artículo 428 de la Constitución de la República, el compareciente especifica como principios y reglas vulnerados: "Convenio 169 de la OIT: Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.- Art. 8 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario: Art. 9 Numeral 2.- Las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Art. 10 Numeral 1.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta su características económicas, sociales y culturales". En lo que se refiere a las razones que expone el juez para argumentar la consulta presentada, se orientan, en lo principal, a observar que el artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal está dirigido a personas que cometan el delito de genocidio, pero que pertenezcan a un entorno cultural y económico "occidental". Sin embargo, en el caso concreto se debe considerar que los involucrados en el caso N.º 0223-2013 forman parte de la nacionalidad indígena Waorani; por tanto, para aplicar la norma del artículo ya referido del Código Penal, el operador de justicia penal se

ve en la obligación de recoger, en el ejercicio hermenéutico jurídico, la cosmovisión de esta nacionalidad indígena; de lo contrario, se afectaría el principio de igualdad y no discriminación, contenido en los artículos 11 numeral 2, y 66 numeral 4 de la Constitución de la República, así como el derecho colectivo que reciben estos grupos de personas conforme se desprende del artículo 57 numeral 2 ibídem. Adicionalmente, el juez consultante manifiesta que la aplicación del artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal, implicaría la privación de la libertad a una persona que pertenece a un pueblo o nacionalidad indígena como es el Waorani durante 16 o 25 años, sin considerar su propia cosmovisión, lo cual resulta en la exclusión de este individuo de su territorio, comunidad y cultura, afectando así su integridad por el daño psicológico y físico que representa para un integrante de este tipo de colectivos la privación de la libertad, entendida bajo una cosmovisión "occidental". Relevancia de la disposición normativa consultada y su relación con el caso concreto.- El juez consultante afirma que dado que el delito objeto de la instrucción fiscal efectuada dentro del caso N.º 0223-2013 corresponde a un tema relacionado con un supuesto genocidio, se debería aplicar el artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal; mas, por encontrase imputados integrantes de un grupo étnico como es el "Waorani", y considerando que el fiscal vinculado con la ya referida instrucción fiscal debe garantizar el derecho al debido proceso, en particular el derecho a la defensa, acorde al artículo 77 de la Constitución, para continuar con el proceso en el caso concreto debe esgrimir razones que justifiquen su decisión, las cuales deben ampararse en los principios y reglas constitucionales, siendo indispensable que se absuelva la presente consulta sobre la constitucionalidad de la norma legal mencionada.

Petición de consulta de norma

El señor juez, en virtud de lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República, en su resolución dictada el 14 de abril de 2014, consulta a la Corte Constitucional lo siguiente:

> "… En conclusión, tanto desde el punto de vista del momento procesal, como de la aplicación sustantiva de disposición, ésta es relevante en el caso bajo análisis. Con estos antecedentes el suscrito Juez amparado en lo que establece el artículo 428 de la Constitución de la República, resuelve elevar a consulta a la Corte Constitucional del Ecuador, el presente expediente a fin de que dicho organismo Constitucional resuelva conforme

a derecho. Para el efecto remítase a la brevedad posible el expediente del proceso penal a la referida Corte…". (sic)

Audiencia pública

El 16 de junio del 2014, por disposición del juez constitucional ponente se llevó a cabo la audiencia pública en el caso N.º 0072-14-CN, en la que intervinieron, por parte de la Fiscalía General del Estado: Galo Chiriboga, fiscal general del Estado, y Andrés Cuasapás, fiscal a cargo del caso; por parte de la Procuraduría General del Estado: Magaly Ruiz; por parte de la Defensoría Pública: Dr. Ernesto Pazmiño, defensor público, y Luis Ávila; finalmente el abogado defensor de los investigados Jorge Acaro.

La Fiscalía General del Estado manifestó: "(…) aquí estamos frente a un delito contra la vida y por lo tanto en opinión de la Fiscalía, esa no es la discusión; estamos ante un delito de la aprehensión, por decirlo de alguna manera, de dos menores que fueron raptadas también en el lugar de los hechos y que estaban en posesión, la una de uno de sus captores y la otra también en manos de familiares de los captores; hicimos un operativo para rescatar a una de las niñas que evidentemente teníamos información del riesgo que corría por la cercanía geográfica con pueblos que fueron atacados y, por lo tanto, en base de esa información decidimos sacarla a una zona en donde ambientalmente sea más conveniente para ella y en términos de seguridad física también sean muchos más confortables para ella; y siguiente los delineamientos de lo que establece el Convenio OIT 169 hemos llevado adelante todo este proceso con consultas a la propia comunidad (…), la Fiscalía a través de esta pericia trató de entender cuál es la cultura que subyace a todos estos hechos, así como los mestizos hemos hecho un gran esfuerzo y tratamos de hacer un gran esfuerzo por entender esos hechos, creo que también corresponde al pueblo Waorani hacer un esfuerzo por entender nuestra cultura, nuestra cultura respeta la vida, nuestra cultura respeta la convivencia pacífica y lo que aspira la Fiscalía, señor juez ponente, es precisamente, que con la resolución que ustedes tomen, viabilice primero que los hechos no queden en la impunidad, en el evento de que estos hechos sean imputables a las personas hoy procesadas(…). En un país en donde tenemos multiplicidad de etnias, multiplicidad de nacionalidades, una Constitución que nos ampara a todos, esos derechos que tiene el pueblo Waorani, no pueden exceder a los derechos que también tienen otras comunidades y dentro de esas comunidades están las comunidades a las que las víctimas pertenecen y también, por qué no decirlo, a una comunidad mestiza que en este país también convive con ellos".

La Defensoría Pública señaló: "(…) es necesario aclarar que la Defensoría Pública estamos interviniendo en este caso por pedido expreso de los procesados (…) la Defensoría Pública se allanó a la consulta solicitada por la Fiscalía General del Estado, pero en el sentido de que la Corte Constitucional mediante el control concreto de constitucionalidad determine si el delito de genocidio es aplicable a los ciudadanos Waoranis (…) Creo que la Corte tiene tres caminos que nosotros proponemos, desde la defensa para actuar y resolver en este caso, el primero, la declinación de la competencia, a efectos de dar cumplimiento a lo que dice el art. respectivo de la Constitución de que los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer jurisdicción dentro de su territorio para resolver conflictos propios, este para mí, es un conflicto absolutamente interno, un conflicto propio entre nacionalidades indígenas(…) El segundo camino, la segunda alternativa que nosotros planteamos a la Corte, es de que, como parece ser la idea de la Fiscalía General, la Corte Constitucional establezca una pena atenuada en el caso de que se diga de que existe genocidio o u otro delito contra la vida que me parece que es menos forzado, el genocidio es bastante forzado en este caso, pero una pena atenuada en base a una interpretación intercultural (…) la tercera alternativa que nosotros planteamos a la Corte Constitucional es una salida negociada, que la Corte Constitucional conjuntamente con las autoridades de las organizaciones del pueblo y la nacionalidad Waorani, decidan cuál es la salida intercultural y consensuada en este conflicto (…)".

Dr. Jorge Acaro, defensor de los Waoranis, expresó: "(…) la defensa considera que las motivaciones expuestas en esta forma no tiene asidero legal constitucional, para la interpretación siquiera de la norma, porque no existe oposición alguna, si la filosofía de la Fiscalía es reducir la pena por el grado de la interculturalidad, existen en la misma legislación variadísimas normas, en el Código Penal, 29 innumerado, de las circunstancias atenuantes donde se observa este tipo de garantías, los arts. 426 de la Constitución, inciso tercero, le obliga al juzgador que no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para alegar el reconocimiento de tales derechos; la Defensoría Pública ha expresado desde antes de llegar a esta audiencia, de que consideran de que debería declinarse la competencia; el punto es señores Jueces, se está haciendo justicia al declinar la competencia para cederla al mundo Waorani, cuando en ellos no existe este hecho como un delito tipo?, el antropólogo jamás nos ha ilustrado de que lo que significa delito de genocidio para el mundo occidental lo es también para el mundo Waorani, cuyo caso si deberíamos delegar la competencia por el principio

de la interculturalidad, pero esos hechos que no han sido establecidos en la Constitución y en las exposiciones que esta mañana hemos escuchado; se nos quiere forzar a aceptar que se deben crear condiciones para que no se produjeren acciones o ataques a pueblos en aislamiento, señores jueces, ustedes consideran que la emisión de normas o la interpretación de normas pueden ayudar a que no se den estos ataques, pienso que es el Estado quien debe y tiene la obligación constitucional de evitarlas, pero con acciones directas en la comunidad, no con la aplicación de leyes, porque el Waorani, señores jueces no entiende (…) los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor del mundo Waorani, estas conductas como actos antijurídicos, cómo es que nosotros queremos a pretexto de una paz social lograr forzarlos a que acepten una ley o una normativa o una sanción que ni siquiera la han entendido… el término venganza desde la conceptualización nuestra no es aquel de la conceptualización del mundo Waorani; no es ese el concepto de la terminología venganza, por eso es importante conocer la cosmovisión de estos mundos, de esas nacionalidades que están reconocidas por la misma Constitución(…)".

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente consulta planteada por el juez segundo de garantías penales de Orellana, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 de la Constitución de la República; artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en los artículos 3 numeral 6, y 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Legitimación activa

El juez segundo de garantías penales de Orellana se encuentra legitimado para presentar consulta de norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional e inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Naturaleza y alcance de la consulta de norma dentro de un caso concreto

La consulta de norma dentro del control concentrado de constitucionalidad se encuentra desarrollada dentro del marco normativo constitucional ecuatoriano en el artículo 428 de la Constitución de la República, el mismo que, conforme se determinó en líneas anteriores, busca garantizar la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación normativa dentro de casos concretos.

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 142, el juez ordinario planteará la consulta "solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución (…)". Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional; no obstante, para elevar la consulta a la Corte Constitucional deberá plantearla bajo los parámetros establecidos en el artículo 76 numeral 7 literal **l** de la Constitución de la República: es decir, debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme al enunciado normativo, a la luz de lo dispuesto en la Constitución. Entonces, el juzgador debe justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto.

Para cumplir este propósito, la Corte Constitucional, en su sentencia N.º 001-13-SCN-CC del 06 de febrero de 2013, desarrolló los parámetros que deben observarse para que los jueces realicen una consulta de norma: i. identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos; iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto. Cabe destacar, conforme se desprende del auto emitido el 02 de mayo de 2014 a las 09:30 por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, que estos requisitos han sido observados en el caso sub júdice.

En ese orden de ideas, de conformidad con lo que establece el artículo 428 de la Constitución de la República, cuando un juez de oficio o a petición de parte considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenderá la tramitación de

la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que este organismo se pronuncie respecto a la constitucionalidad de la norma con el objeto de que su aplicación no atente derechos constitucionales.

Así lo expresó la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 001-13-SCN-CC: "El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos"[2].

Se debe destacar que la consulta de norma dentro de los procesos constitucionales tiene una doble dimensionalidad, en la que existen efectos concretos, dentro de la causa consultada, y abstractos referentes a todos los casos en los que fuera aplicable dicha norma, pues consultada una norma bajo un patrón fáctico descrito y una vez que la Corte se haya pronunciado en sentencia, no cabe una nueva consulta sobre la misma norma y el mismo patrón fáctico por el cual la Corte se pronunció[3]. En aquel sentido se observa la importancia que el constituyente ecuatoriano ha brindado al control concreto de constitucionalidad, pues la trascendencia del mismo radica en la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se consulta, tanto es así que conforme lo ha determinado esta Corte Constitucional, el juez, dentro de su consulta, debe determinar la relevancia de la norma consultada para la tramitación de la causa puesta a su conocimiento, ya que con ello se garantiza los derechos de las partes procesales a una justicia célere y oportuna; es decir, uno de los objetivos de la consulta de norma está direccionado a garantizar la constitucionalidad de la aplicación normativa dentro de casos concretos; no se desconoce el objetivo primigenio abstracto del ejercicio hermenéutico realizado por la Corte Constitucional para la aplicación de las normas infraconstitucionales en el ordenamiento jurídico, pero además este Organismo deberá determinar, en relación a las circunstancias fácticas del caso, si esta aplicación normativa no atenta derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos. En el caso sub júdice, por tanto, se refleja una doble dimensionalidad de la consulta de norma, lo cual efectiviza el control concreto de constitucionalidad normativa, tanto de la norma per se cómo de su aplicación en el caso concreto.

---

[2] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-13-SCN-CC, caso N.º 0535-12-CN.

[3] "No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia". Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 142.

Dentro del caso *sub júdice*, de manera excepcional, en consideración a las circunstancias fácticas que devienen de la aplicación normativa en relación a una posible afectación a derechos constitucionales, la Corte Constitucional procede a analizar los efectos concretos que la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal puede generar en relación a los derechos de pueblos no contactados o de reciente contacto.

Cabe destacar que a través de este ejercicio hermenéutico la Corte Constitucional realizará una interpretación constitucional de los efectos constitucionales que genera una norma jurídica, mas no respecto a una interpretación infraconstitucional, lo cual es competencia de la jurisdicción ordinaria. De esta forma se configura el objeto de la consulta remitida por el juez consultante, por medio de la cual la Corte Constitucional, de manera excepcional y previo análisis de las circunstancias del caso concreto, procede a analizar si la aplicación de una norma que integra el ordenamiento jurídico ecuatoriano puede generar una afectación a los derechos reconocidos en la Constitución en el caso concreto.

Así, en el caso *sub júdice* se puede evidenciar que el factor que genera la consulta de norma por parte del juez consultante no es la constitucionalidad de la norma en sentido abstracto, sino los efectos de su aplicación dentro del caso concreto; por tanto, corresponde a esta Corte analizar si aquella aplicación podría generar una afectación a derechos colectivos del pueblo Waorani.

Debido a la naturaleza de la consulta de norma en el caso concreto, la Corte Constitucional considera pertinente analizar de manera excepcional la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal; se insiste, no se trata de una interpretación legal de una norma penal, pues el juez consultante alega directamente una afectación a los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de los investigados de nacionalidad Waorani; dada la relevancia del caso se garantiza que mediante esta aplicación no se genere afectaciones a derechos constitucionales o al bloque de constitucionalidad.

El caso del cual se origina la consulta de norma proviene de una instrucción fiscal, que se encuentra en conocimiento del juzgado segundo de garantías penales de Orellana, en cuyo auto se señala

> "A partir del 05 de marzo del año 2013 luego de la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga sucedido en la

comunidad de Yarentano presuntamente por un grupo denominado Taromenane o pueblos indígenas en aislamiento, un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros, localizar a familias de pueblos aislados y con el propósito de darles muerte. Esta incursión se la habría realizado con la utilización de armas de fuego y lanzas tradicionales. Luego del ataque sustrayendo o extrayendo a dos niñas de aproximadamente 03 y 06 años cada una, arrancándolas de su familia natural e internándolas o asimilándolas a las comunidades de Dikaro y Yarentaro. Una vez que realizaron la incursión con el uso de armas de fuego y lanzas tradicionales procedieron a dar muerte a varios de los miembros de las familias en aislamiento para posteriormente retornar a las comunidades de Dikaro y Yarentaro"[4].

El juez, a petición de la Fiscalía, eleva en consulta de norma a la Corte Constitucional, si la pena contenida en el artículo 1 de la ley s/n Registro Oficial 578-S, inserto antes del artículo 441 del Código Penal es aplicable al caso concreto, dado que los imputados en dicho acto supuestamente antijurídico son personas pertenecientes a una nacionalidad indígena, lo cual podría devenir en vulneratorio a los derechos reconocidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad de estas nacionalidades.

Dentro del caso *sub júdice* de manera excepcional la Corte Constitucional advierte que solamente puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas y los efectos que la misma pueda generar dentro de un caso concreto en el ámbito de posibles vulneraciones a derechos constitucionales, dejando en claro que los temas relacionados con la simple aplicación normativa infraconstitucional o la solución de antinomias infraconstitucionales le corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

Determinación de los problemas jurídicos a resolver

En atención al mandato constitucional, esta Corte considera necesario sistematizar los argumentos a partir de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

1. El artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto, ¿vulnera los derechos colectivos consagrados en

[4] Juzgado segundo de garantías penales de Orellana, providencia del 14 de abril del 2014 a las 16:20.

el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?;

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

3. La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto?

Argumentación sobre los problemas jurídicos

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

Dentro del caso concreto, objeto de la presente consulta de norma, es menester previamente determinar el marco constitucional en el cual se desenvuelve el constitucionalismo ecuatoriano vigente; por lo tanto, se realizará una interpretación sistemática de la Constitución de la República, específicamente de la normativa constitucional con relación a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, y en la especie con los grupos no contactados o de reciente contacto.

La Constitución ecuatoriana reconoce en su artículo 1 al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, lo cual nos permite identificar que en nuestro país existen diferentes culturas y grupos étnicos que han permitido la configuración de nuestro modelo estatal; en ese orden de ideas se colige en nuestro medio la existencia de una diversidad cultural, abandonando prácticas de exclusión que han existido y existen en nuestro continente, tal como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una

> continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la auto identificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación[5].

En el marco de esta normatividad, para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (artículo 11 numeral 2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10). Dicho en otras palabras, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte del Estado para respetar tal diferencia.

De esta manera, bajo los parámetros constitucionales se pretende incorporar una nueva visión del derecho en el que se respete e incorpore dentro de la vida jurídica del país esta cosmovisión de los pueblos ancestrales, los cuales tienden a diferir de la cultura hegemónica, y en virtud de la cual la denominada comunidad va mucho más allá de un simple enunciado y se convierte en una verdadera forma de vida, frente a lo cual el Estado asume obligaciones de protección y garantía de la diversidad cultural. Así lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, al sostener:

> «El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de "naturaleza humana", ha dado lugar en occidente a la consagración del

[5] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como "ciudadano" en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho. [...] La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. [...] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo"[6].

Es decir, en el marco de una sociedad democrática y pluralista caben distintas cosmovisiones, lo cual denota riqueza en la variedad de perspectivas, lo que nos exige una actitud de respeto y empatía de todos los que conforman la sociedad.

Sobre esta base, la Corte Constitucional del Ecuador, en atención a la consulta realizada por el juez segundo de Garantías Penales de Orellana, procederá a contrastar la norma cuya constitucionalidad se consulta con relación al principio de diversidad étnico y cultural[7] de los pueblos de reciente contacto; así, el artículo 57 numeral 1 de la Constitución reconoce entre los derechos colectivos de la comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a "Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social".

De igual forma, aquello queda evidenciado cuando el artículo 57 determina "...Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión

[6] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

[7] Ver Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-J88/93 "La Constitución Política... reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación... Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales... gozan de un status constitucional especial... ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes...".

ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley".

El mandato constitucional es claro al establecer los mecanismos de protección que el constituyente ha brindado a los pueblos en aislamiento voluntario, para lo cual establece una norma de remisión legal a través de la tipificación del delito de etnocidio, el mismo que se encuentra determinado en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, que en la especie determina:

> Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:
>
> 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Nótese que el verbo rector del tipo penal descrito implica una intencionalidad del agente productor del acto antijurídico, es decir, claramente la norma manifiesta "quien, con propósito de destruir total o parcialmente...", es decir, el sujeto activo de la comisión del ilícito debe tener conciencia y voluntad del daño que pretende irrogar, en este caso al grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Cabe resaltar que este tipo penal forma parte del derecho internacional consuetudinario (costumbre internacional[8]) y *del ius cogens* internacional[9], por lo tanto requiere de una interpretación convencional que proscriba la desnaturalización de este tipo penal.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[10] determina que necesariamente debe presentarse el elemento de la *mens rea*[11] como del *actus reus*[12]. La *mens rea* requiere de intención específica o *dolus specialis*, el *actus reus* consiste en cualquiera de los cinco actos enumerados en

---

[8] Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 88
[9] Rutaganda, (Trial Chamber), December 6, 1999, p. 46
[10] En vigencia desde el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.
[11] *Mens rea*: propósito genocida, propósito específico, propósito especial o *dolus specialis*.
[12] Kamuhanda, (Trial Chamber), January 22, 2004, p. 622

el artículo 2 de la Convención[13]. Es decir, no basta con la intención y el conocimiento de los elementos materiales del crimen: el elemento mental del crimen exige igualmente que sus perpetradores hayan actuado con la específica intención de destruir un grupo protegido como tal[14]; por lo que el genocidio es distinto de otros crímenes, en tanto incorpora un propósito especial *o dolus specialis*, que consiste en la intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el perpetrador busque con claridad producir el acto del que se le acusa[15].

Conforme lo determinan las normas convencionales pertinentes, no puede considerarse a un acusado culpable de genocidio si individualmente no comparte la intención de destruir en todo o en parte a un grupo, incluso si sabe que está contribuyendo o cree que sus actos puedan estar construyendo a la destrucción total o parcial de un grupo[16]. Este propósito especial se infiere de los siguientes actos o indicios[17]:

a) El contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, ya sea que fueran cometidos por el mismo acusado u otros.
b) La escala de las atrocidades cometidas.
c) Su naturaleza general.
d) Su ejecución en una región o país.
e) El hecho de que las víctimas fueran deliberada y sistemáticamente elegidas por su pertenencia a un determinado grupo.
f) La exclusión, en tal sentido, de los miembros de otros grupos.
g) La doctrina política que dio lugar a los actos
h) La repetición de actos que violan los cimientos mismos del grupo o que son considerados como tales por quienes los perpetran.

---

[13] En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
a) Matanza de miembros del grupo;
b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.
[14] Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 175
[15] Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, p. 498.
[16] Prosecutor v. Jeslicic, Case No. IT.95-10, p. 86.
[17] Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 176

Adicionalmente, este tipo penal se deriva del uso de lenguaje insultante hacia los miembros del grupo afectado, las armas empleadas y el grado de daño físico, la forma metódica de la planificación y la forma sistemática de matar[18]. Específicamente también se ha determinado que el motivo (la venganza, la rivalidad, etc.), no son elementos del delito de genocidio[19]. Finalmente, en lo atinente a la responsabilidad penal de los partícipes, esta debe probarse personalmente para cada uno de los participantes[20]; es decir, las autoridades jurisdiccionales, antes de determinar la responsabilidad de un acusado, determinan si la situación en cuestión es en general una situación de genocidio[21], y después prueban la participación de los acusados en los actos y presencia de la *mens rea*.

En el caso concreto, los elementos arriba expuestos deben ser considerados e interpretados desde una perspectiva intercultural, es decir, acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados.

Por otro lado, esta Corte recuerda al juez consultante que las funciones que desempeña en el desarrollo del proceso penal durante la etapa de instrucción penal e intermedia, son las de un verdadero guardián de los derechos y garantías constitucionales, tal como esta Corte lo desarrolló en la sentencia N.º 036-13-SEP-CC, señalando "… el juez de garantías penales al actuar como un tercero imparcial que ostenta jurisdicción en materia penal, analiza las actuaciones de las partes procesales, entre las que se incluye la del fiscal, haciendo un juicio de valor de las evidencias que se presentaron dentro de la instrucción fiscal, y en base a los elementos de convicción que estas evidencias aporten, determina cuál es el tipo penal en que se enmarca la conducta de los procesados"[22].

Es por ello que en el caso concreto esta variable debe ser considerada e interpretada desde una perspectiva intercultural. En el caso sub examine no se trata de una simple interpretación del tipo penal antes descrito, que de su simple lectura no presenta vicios de constitucionalidad, sino de cómo su aplicación al caso concreto generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su

[18] Gacumbitsi, (Appeals Chamber), July 7, 2006, p. 40
[19] Simba, (Appeals Chamber), November 27, 2007, p. 266
[20] Rutaganda, (Appeals Chamber), May 26, 2003, p. 525
[21] Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 273.
[22] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 036-13-SEP-CC, caso N.º 1646-10-EP.

cosmovisión ancestral, dado el conflicto entre un pueblo en aislamiento Taromenane y un pueblo de reciente contacto Waorani, conforme los ha definido la Defensoría Pública y el abogado patrocinador de los investigados durante la audiencia pública.

Por tanto, el caso en análisis debe ser resuelto empleando criterios de interculturalidad, para de esta forma garantizar los derechos de los pueblos indígenas no contactados y/o de reciente contacto. Así lo determinó la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en sentencia N.º 008-09-SAN-CC, señalando:

> "La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad"[23].

En esta misma decisión se establecieron los principios para solventar los problemas relacionados con pueblos ancestrales, los cuales consisten en: i) continuidad histórica: ii) diversidad cultural; iii) interculturalidad; iv) interpretación intercultural. En efecto:

> "...para una adecuada y verdadera administración de justicia, más aún la constitucional, se deben observar *"principios con perspectiva intercultural"*; entre estos principios están:
> a) El de la *Continuidad Histórica:* el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.
> b) El de la *Diversidad Cultural:* a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos", es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en

[23] Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

> relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.
> c) El de la *Interculturalidad:* el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala *Oscar Guardiola Rivera*, no es otra cosa que: "el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa."
> d) El de la *Interpretación Intercultural:* el cual no es otra cosa que 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"[24].

Análogamente, a nivel andino sobre esta temática, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-254/94, configuró reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos, así:

> 1. A mayor conservación de 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.

Una vez explicado el marco interpretativo que debe emplearse en la norma cuya constitucionalidad se consulta, cabe precisar adicionalmente que para la solución de conflictos en los que están inmersos pueblos ancestrales, la doctrina penal desarrolló el denominado *error de comprensión culturalmente condicionado*[25],

---

[24] Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

[25] Cfr. Artículo 15 Código Penal peruano, que en lo principal dispone: "Error de comprensión culturalmente condicionado: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será

siempre y cuando se demuestre que uno o varios de los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena que supuestamente perpetró un ilícito se encontraban en una situación que les impedía conocer la norma penal por la cual se les imputa la comisión de un delito, ya que quien comete un ilícito condicionado por su cultura no se encuentra en la capacidad de interiorizar la norma penal[26]; elemento que sin lugar a duda deberá ser considerado cuando se presenten conflictos relacionados a la aplicación normativa penal a pueblos no contactados o de reciente contacto.

En ese orden de ideas, corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa, así como si dentro de su cultura se evidencia estas prácticas como actos propios de su cultura, o si por el contrario son ajenos a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal.

Bajo este escenario y en aplicación del *principio pro comunitas*[27], en el caso *sub júdice* se puede evidenciar que la aplicación de la norma constante en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, sin un análisis previo sobre criterios de interculturalidad que en el caso exige, podría generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, y por tanto a los derechos colectivos reconocidos por la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas, en la medida en que la aplicación de la norma genera una afectación a

---

eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena."

[26] Zaffaroni, considera que el error de comprensión "es la inexigibilidad de la internalización" y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. Citado por José Hurtado Pozo, "Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", PDF, pp. 8-10.

[27] La Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-552/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil señala: *"Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio ...; Y Un factor de congruencia en la media en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. Todo lo anterior debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, en aplicación de los principios pro comunitas y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural...".*

su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios.

Si bien la norma contenida en el Código Penal ecuatoriano es una norma legal imperativa, esta no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige. Con aquello se deja constancia de que la norma consultada es una norma válida y vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, empero en el caso sub júdice, al tratarse de pueblos no contactados o de reciente contacto, para no generar una afectación a sus derechos colectivos, debe ser interpretada y aplicada desde una perspectiva intercultural y una vez verificado y argumentado el cumplimiento de todos y cada uno los presupuestos convencionales que configuran el delito de genocidio.

En efecto, la propia normativa penal establece en la disposición general segunda del Código Orgánico Integral Penal: "En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas"; aquello denota que el legislador, en el marco regulativo penal ecuatoriano incorpora elementos interculturales a ser considerados por los distintos agentes destinatarios de las normas penales, lo cual se traduce en la obligación de los juzgadores de realizar verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

El presente caso, la aplicación de una norma sustantiva penal debe realizársela en atención a las circunstancias sociológicas de los pueblos que se encuentran en el conflicto penal y las circunstancias del hecho que se investiga, lo cual esta Corte no puede analizar, dado que sus competencias se limitan al análisis de constitucionalidad, mas no penal. Es a los jueces ordinarios penales a quienes se les exige el análisis de responsabilidad penal, lo cual no puede determinarse en el caso concreto si no se toma en consideración el principio de diversidad cultural garantizado en la Constitución.

Sobre este particular, la Corte Constitucional, en el caso N.° 0731-10-EP, sentencia N.° 113-14-SEP-CC, fue enfática al señalar que:

> "... la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución

> y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso".

Por tanto, el juzgador en el presente caso debe tomar especial atención a las consideraciones jurídicas y socioculturales que se han expresado en los párrafos precedentes, con el fin de que sus decisiones sean respetuosas de los derechos constitucionales.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional considera que en el caso *sub júdice*, se debe analizar la constitucionalidad de la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal; toda vez que, como ha quedado indicado, su constitucionalidad como norma vigente y válida no se encuentra en duda y no ha sido desvirtuada. Por esta razón, en el presente caso es relevante lo dispuesto en el artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el cual se dispone:

> "Artículo 143.- Efectos del fallo.- El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos: ...2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado".

Sobre la base de las consideraciones jurídicas que se han vertido en la presente sentencia, dadas las especiales características y presupuestos convencionales que configuran el delito de genocidio, la aplicación de esta figura jurídica respecto de las personas pertenecientes a una comunidad indígena podría vulnerar derechos constitucionales, si en las etapas pre procesal y procesal penal, y el eventual juzgamiento, no se atiende el enfoque pluricultural que se ha expresado en líneas anteriores, tomando en consideración la especial cosmovisión de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro de la sociedad. Esta concepción tiene asidero, de conformidad con el artículo 171 de la Constitución, por medio del cual nuestro ordenamiento reconoce al pluralismo jurídico, por lo

que es necesario que haya coordinación entre dos sistemas que coexisten y gozan de igual legitimidad. Además, el artículo 1 de la Constitución, al definir al Ecuador como un Estado plurinacional, obliga a los operadores de justicia a considerar, en toda circunstancia que así lo amerite, la especial cosmovisión de los pueblos indígenas con respecto a todos los órdenes de la vida, incluso el juzgamiento de delitos penales.

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

Previo a iniciar el análisis del presente problema jurídico es menester determinar conceptualmente lo que dentro del constitucionalismo ecuatoriano se entiende por bloque de constitucionalidad[28]; para el efecto, se debe manifestar que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 424 determina:

> "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.
>
> La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

---

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, *"...Los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno [...] y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política"*; y Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares; *"Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de jus cogens, que forman parte del 'bloque de constitucionalidad colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados [...]"*. Fondo, Reparaciones y Costas; y Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares, www.corteidh.or.cr

El artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador determina como deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación de ningún tipo el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales; específicamente en el artículo 11 de la precitada norma en su numeral tercero se establece "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

En ese orden de ideas se puede observar que el constituyente ecuatoriano dotó de una jerarquía constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. En aquel sentido, estas normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen una categorización paritaria a las normas constitucionales, configurándose de esta forma lo que en la doctrina suele denominarse como el bloque de constitucionalidad.

Al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana. En efecto, "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"[29].

Dentro del caso *sub júdice* el juez consultante manifiesta que la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto puesto a su conocimiento podría entrar en colisión con normas que se encuentran determinadas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, 1989 (en adelante Convenio 169 de la OIT), en la especie las normas contenidas en los artículos 8.1, 9.2, 10.1.2, que tratan acerca:

Artículo 8
1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Artículo 9
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10
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.

De acuerdo a lo expresado en el problema jurídico precedente, a continuación se realizará una interpretación con perspectiva intercultural, con el objeto de determinar si en el caso concreto la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal atenta los principios contenidos en las normas del Convenio 169 de la OIT, que a su vez forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

A *priori* se puede observar que el artículo en mención contiene un tipo penal abierto en cuanto al sujeto o sujetos destinatarios de la conducta típica; en aquel sentido no existe una regulación por parte del legislador que atente en sentido abstracto los principios contenidos en el Convenio 169 de la OIT; no obstante, en el ámbito de su aplicación en el caso concreto considerando que los sujetos activos y pasivos de la comisión del hecho delictivo de los cuales se imputa su participación son pueblos identificados como Waorani y Taromenane.

En cuanto a la norma contenida en el artículo 8 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, se debe manifestar que a través de una interpretación intercultural, los presupuestos de continuidad histórica, diversidad cultural e interculturalidad deben ser observados por los diversos agentes que lleven adelante un proceso penal en el que se vean inmersos pueblos ancestrales; en aquel sentido, dentro del presente caso, al existir una norma que pretende ser aplicada en un proceso penal se conmina a que luego de la determinación de la continuidad histórica de estos pueblos en la realidad ecuatoriana, las diversas autoridades apliquen la

legislación, considerando los usos y costumbres de los miembros de los pueblos cuya presunta responsabilidad está siendo objeto de juzgamiento, generando un ejercicio hermenéutico a través de la interpretación de sus instituciones propias, sus costumbres, filosofía y cosmovisión, generando un diálogo epistémico en el que se reflejen las diferencias que puedan existir entre las normas hegemónicas y las propias de los pueblos ancestrales, con el objeto de lograr mecanismos de coordinación y cooperación, tendientes a la solución de un conflicto sin que se genere la afectación de los derechos colectivos de estos grupos humanos.

En cuanto al artículo 9 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, esta Corte debe manifestar que en el caso concreto las autoridades jurisdiccionales, así como la Fiscalía debe considerar las costumbres propias de estos pueblos previo a emitir cualquier acción, con el fin de no menoscabar sus derechos ancestrales, reconocidos constitucionalmente a través de la normativa interna, así como en el derecho internacional (Convenio 169 de la OIT). Para lograr este cometido se deberá contar con peritajes sociológicos, antropológicos entre otros que puedan realizarse, que permitan identificar claramente las prácticas consuetudinarias de estos pueblos con el objeto de identificar la naturaleza y sentido de las acciones investigadas.

Finalmente, en cuanto al artículo 10, numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, se debe determinar por parte de esta Corte que en el caso sub examine se ha identificado que los miembros del pueblo Waorani han sido objeto de un procesamiento penal por la supuesta comisión del delito de genocidio, iniciándose una instrucción fiscal en su contra, frente a lo cual se han implementado como medidas cautelares de carácter personal la prisión preventiva en contra de los procesados.

Es decir, en el caso concreto las autoridades competentes han aplicado las normas procedimentales sin observancia de los principios interculturales que rigen nuestro modelo de Estado, lo cual comporta un atentado a los artículos 8.1 y 9.2 del Convenio 169 de la OIT; en igual sentido, la aplicación de esa normativa en relación a miembros del pueblo Waorani, entendido como un pueblo ancestral, ha inobservado el artículo 10 numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, puesto que si bien los presuntos infractores aún no han sido sancionados, la adopción de este tipo de medidas cautelares de carácter personal devendría en una práctica que atenta sus derechos colectivos, generando un desarraigo de su entorno cultural, ante lo cual se conmina a las autoridades competentes a realizar una interpretación acorde con los principios descritos en

esta norma del Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, y del cual nuestro país es suscriptor.

En efecto, la norma convencional contenida en el artículo 9 numeral 2 es clara "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia", las medidas provisionales o de aseguramiento que se dicten en los procesos penales son decisiones que sin ser definitivas conllevan un análisis que tiene efectos provisionales dentro de un proceso penal.

Cabe destacar que conforme las normas antes señaladas que integran el bloque de constitucionalidad, las medidas cautelares de carácter personal que se adopten en este tipo de procedimientos penales deben respetar los derechos humanos y constitucionales: La sanción de la privación de la libertad no es a *priori* el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas y/o de reciente contacto, ante lo cual se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación para emplear mecanismos disciplinarios acordes con la cosmovisión de estos pueblos.

Adicionalmente, se debe manifestar que la sanción de privación de la libertad es la última ratio dentro de la configuración del derecho penal hacia pueblos ancestrales, más aún considerando una visión intercultural, conforme lo determina el artículo 10 numeral 2. El alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno social como los centros de rehabilitación social genera una afectación a su relación comunitaria, al separarlos de su entorno social y colectivo.

Respecto a la consulta realizada por parte del juez segundo de garantías penales de Sucumbíos, respecto a que el artículo consultado podría atentar el principio de proporcionalidad entre la infracción y la pena consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, se debe manifestar que aquello obedece a una aplicación normativa que deviene en una sanción que debe ser implementada luego de un proceso penal en el que se haya determinado la existencia de la infracción y la responsabilidad del o los responsables; situación que aún no se evidencia en el caso *sub júdice*, ya que el mismo se encuentra dentro de la fase de instrucción fiscal, ante lo cual no tiene asidero realizar un pronunciamiento por parte de esta Corte Constitucional, pues corresponde a la justicia penal determinar luego del análisis de las circunstancias del caso y de la interpretación intercultural a la que se ha hecho mención en esta sentencia.

3. **La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto?**

Respecto a la vulneración al principio de igualdad, cabe destacar y distinguir entre la igualdad formal y material consagrada en el artículo 11.2 de la Constitución de la República –igualdad en el tratamiento hacia determinadas personas en situaciones paritarias o idénticas–; y por otro lado la no discriminación.

> "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación".

En igual sentido, el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas el "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación".

En el caso de la consulta objeto de análisis por la Corte Constitucional nos encontramos con una supuesta desigualdad en cuanto a la aplicación de la ley (artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal), considerando que los destinatarios de la disposición normativa en el caso concreto no se encuentran en una situación paritaria culturalmente en relación a la población hegemónica, lo cual según el consultante atentaría el principio de igualdad en el ámbito material.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

> "El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece *al ju cogens,* puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un

> principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio *del jus cogens*"[30].

Si bien, el principio de igualdad se proyecta también en el momento de aplicación de la ley, empero esta aplicación de la ley debe direccionarse hacia los agentes que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria. En aquel sentido, se debe tomar como principal variable el hecho de que las personas que se creyeren afectados en sus derechos se encuentren en categorías paritarias "... un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas"[31].

Si bien dentro de la normativa tanto constitucional como legal se produce una especie de igualdad formal, aquella se ve mancillada en la práctica por una serie de variables que operan para que se produzcan procesos de exclusión interna que terminan convirtiéndose en prácticas discriminatorias hacia los sectores más sensibles, en el caso *sub júdice*, pueblos originarios.

Bajo este escenario, la Constitución de la República, siendo la norma principal que guía la estructura del Estado ecuatoriano, consagra al Ecuador como un Estado unitario, intercultural y plurinacional, situación que comporta un compromiso mediante el cual se reconoce la existencia de otras culturas y nacionalidades dentro de su territorio.

Precisamente la igualdad material en cuanto a la aplicación de la ley exige esta necesidad de respeto de las diferencias culturales existentes entre los diversos grupos sociales que conforman la sociedad ecuatoriana, para quienes su cosmovisión del mundo tiende a ser diferente al modelo tradicional vigente en la población blanco – mestiza.

Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente ante otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a

---

[30] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º 18 del 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo 19.

[31] Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1ra ed., 2005, 4ta., reimpresión, p.257

situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados.

En el caso *sub júdice* objeto de consulta de norma se puede identificar como destinatarios de la disposición normativa en el caso concreto a miembros del pueblo Waorani, para lo cual esta Corte Constitucional deberá determinar en qué medida la aplicación de la norma consultada podría generar una afectación al principio de igualdad material.

En el caso en consulta es pertinente señalar que: "El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)"[32].

En aquel sentido, dentro de la norma objeto de consulta y atendiendo a la naturaleza del caso concreto se puede observar que no se puede brindar un trato idéntico a los miembros del pueblo Waorani contrastándolos con la población hegemónica, puesto que su realidad histórica, cultural, así como su cosmovisión son diferentes, evidenciándose que no se configura el primer mandato respecto a la igualdad; de igual forma, conforme se ha podido apreciar el presupuesto del tercer mandato, esto es, un mandato de trato paritario respecto a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias, tampoco se evidencia en el presente caso puesto que las diferencias culturales y la cosmovisión de los miembros del pueblo Waorani son manifiestamente disímiles con la costumbre de la población hegemónica.

[32] Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

En ese orden de ideas corresponderá identificar si las personas procesadas por la presunta comisión del delito de genocidio en este caso concreto se adecuan a los presupuestos contenidos en el mandato dos o cuatro del test de igualdad puesto a consideración de esta Corte, para lo cual se deberá contar con peritajes sociológicos, antropológicos, entre otros, por parte del juez competente para determinar si deberá existir un trato enteramente diferenciado en caso de no compartir ningún elemento común, o a su vez un trato diferente a pesar de la similitud, si los elementos diferenciadores son mayores a las similitudes.

En el caso concreto, atendiendo al principio *pro comunitas*, esta Corte determina que las personas miembros del pueblo Waorani se encasillan en los presupuestos dos y/o cuatro del test de igualdad en cuanto a la aplicación de la norma consultada. Por tanto, se debía realizar un trato diferenciado por parte de los distintos agentes en cuanto a la aplicación de la norma contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, dentro del caso concreto.

Finalmente, esta Corte Constitucional debe manifestar que en aras de garantizar el principio de igualdad material se deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, para lo cual se deberá contar con la experticia de profesionales técnicos en peritajes sociológicos y antropológicos que permitan demostrar en qué medida la aplicación de una norma general puede atentar derechos colectivos y culturales de un pueblo ancestral.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana.

2. Declarar que en el caso concreto la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.

CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

3. De conformidad con artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante, siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales determinados en la "Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio", todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad, en los términos previstos en esta decisión.

4. Para proceder a una interpretación intercultural en el caso concreto se dispone:

4.1. Que el juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural, con observancia de los parámetros señalados en la parte motiva de esta sentencia (*ratio decidendi*).

4.2. Todo lo resuelto se implementará de manera célere, sin perjuicio de las medidas y acciones procesales inmediatas que deberá adoptar el juez segundo de garantías penales de Orellana, en conocimiento del caso, para subsanar las actuaciones y omisiones establecidas.

4.3. Las normas penales que fueren aplicables en el presente caso, de conformidad con el criterio del juez, deberán observar los principios constitucionales analizados y deberán ser interpretadas desde una perspectiva intercultural.

5. Que la Defensoría del Pueblo, de conformidad con la Constitución, realice la vigilancia del debido proceso e informe a la Corte Constitucional periódicamente sobre el cumplimiento de esta decisión, durante todo el desarrollo del proceso penal hasta su culminación.

6. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutiva de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.

7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con ocho votos a favor de las juezas y jueces: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de la jueza María del Carmen Maldonado Sánchez, en sesión extraordinaria del 06 de agosto del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mbm/ccp

ANEXO D

uno

Quito, 23 de abril de 2010
Sr. **JURISPRUDENCIA**
Dr. **CJ 0**
En el proceso penal No. **814/2009/Dr. G. García/** por **USURPACIÓN** se sigue en contra de **MELCHOR ZHININ Y OTRA**, se dispone:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, 22 de abril de 2010. Las 10h00.- **VISTOS:** Avocamos conocimiento de la presente causa los doctores: Luis Abarca Galeas, Luis Quiroz Erazo y Enrique Pacheco Jaramillo, en calidad de Juez y Conjueces, respectivamente, de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4, del acápite IV de la Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC, emitida por la Corte Constitucional el 28 de noviembre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479, de 2 de diciembre del 2008, por resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 17 de diciembre del año 2008.- **Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizan Alvarez**, interponen recurso de revisión de la sentencia pronunciada el 22 de enero del 2009, por el Juez Tercero de lo Penal y de Tránsito del Cañar, doctor José Rodrigo León Cáceres, quien les declara a los nombrados querellados, **autores responsables del delito tipificado y sancionado en el numeral primero del artículo 580 del Código Penal**, y les impone la pena de un mes de prisión correccional, el pago de costas y daños y perjuicios ocasionados por el delito.- Concluido el trámite previsto para esta impugnación, y encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo se considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso al amparo del artículo 184, numeral 1, y Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial número 511, de 21 de enero del 2009, en relación con el artículo 360 reformado del Código de Procedimiento Penal; y, el correspondiente sorteo de ley.- **SEGUNDO:** En la sustanciación del recurso, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pueda afectar la decisión de esta causa y del expediente se establece habérselo hecho con observancia de las garantías básicas del debido proceso, así como las prescripciones constantes en el Capítulo IV, del Título IV, del Libro IV del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara su validez.- **TERCERO:** Del contenido de la sentencia, libelo de querella presentada por José Humberto Muñoz Iglesias, la Sala conoce los siguientes antecedentes: "Quien comparece conforme se desprende de la copia de la escritura pública que obra del expedientillo de inspección judicial adjunto conjuntamente con mi cónyuge AIDA MERCEDES VELEZ PADRON, nos tratamos de dueños y propietarios absolutos, poseedores legítimos de un cuerpo de terreno

de la superficie aproximadamente de DIECINUEVE MIL METROS CUADRADOS, ubicado en el sector de Mangacuzana, perteneciente al cantón Cañar y linderado así: POR EL NORTE.- con una carretera pública, toma de agua al medio, cerca de alambre al medio; POR EL SUR.- con propiedades del señor Luis Padrón, antes, hoy con propiedades de la familia Martínez, cerca de alambre propia del inmueble que se vende al medio, POR EL ESTE.- con una carretera vecinal, con carretera propia de entrada a la hacienda; y, POR EL OESTE.- con propiedades de Pedro Pichizaca, cerca de alambre y cerca al medio, inmueble que se lo adquirimos mediante escritura pública de compraventa celebrada en esta ciudad de Cañar y ante el Notario Público Tercero Dr. Humberto Molina Garate, en fecha 1 de Julio de 1998, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Cañar, el 22 de Julio de 1998 y bajo el número 1350. Respecto de esta propiedad y la posesión legítima, continua e ininterrumpida hasta ahora, que me asiste al compareciente y mi cónyuge, los señores cónyuges: MELCHOR ZHININ PINGUIL y DOLORES CAIZAN ALVAREZ **con el afán seguramente de apoderarse de una parte del inmueble, en forma por demás abusiva, con el afán de despojarnos de la posesión y tenencia del inmueble, en una actitud de verdadero abuso de con fianza, han hecho uso de una parte del mismo, junto al lindero Norte, con trabajos agrícolas de laboreo del suelo, destrucción de algunas plantas de pencas, etc.** Las actitudes de los usurpadores, a pesar de nuestros reclamos han persistido al punto que, el día martes pasado que contábamos **12 de Agosto del presente año 2008** a eso de las 10H30 de la mañana más o menos, en el sitio mismo por haberles reclamado por su abuso, con el auxilio de sus familiares Simón Caizán Alvarez y Luis Antonio Caizán, procedieron en forma violenta contra mi persona y la de mi hijo que me acompañaba quien responde a los nombres de Humberto Muñoz Vélez, con las consecuencias que se determinan en los certificados médicos que nos permitimos acompañar, concedidos por el galeno que nos atendió en ese mismo día, hasta terminar prácticamente despojándonos de la posesión legítima que nos asiste sobre el inmueble en mención" (sic – lo resaltado con negrilla nos pertenece).- **CUARTO:** Los hoy sentenciados Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez, esposos, sustentan su recurso de revisión en las causales 3, 4 y 6, del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, las mismas que literalmente expresan: "**3.** Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados"; "**4.** Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó"; y, "**6.** Cuando no se hubiere

comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia", las primeras de las cuales (3 y 4) requiere de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho en el que ha incurrido la sentencia impugnada. **QUINTO:** Es obligación jurídica y procesal de este Tribunal asegurar la aplicación de los derechos y garantías determinados en la Constitución de la República, particularmente las garantías básicas del debido proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 76 y 169 (antes artículo 192, en relación con el numeral 27 del artículo 23) de la Ley Suprema, o si de alguna forma se han restringido el ejercicio de los mismos.- **SEXTO:** Al respecto, la Sala efectúa la siguiente puntualización: el recurso de revisión, en efecto, es una impugnación de carácter extraordinaria que tiene por finalidad la eliminación de la sentencia injusta, sobre la base de elementos nuevos, para remediar errores judiciales, provocados por causas que no se conocían en el desarrollo del proceso; su objeto, es proceder a su revisión a efectos de remover la autoridad de cosa juzgada que caracteriza a esta clase de fallos, por las causales puntualmente señaladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; colocando al recurrente, a excepción de la causal contenida en el numeral **6** del referido artículo, en la obligada situación de probar las causales invocadas en su recurso, esto es, tiene a su haber la carga procesal de aportar, por mandato expreso de la ley, nuevas pruebas tendientes a demostrar la exactitud de los motivos invocados en su recurso, que viciarían la decisión recurrida.- **SEPTIMO**: En función de lo dicho y en lo referente a las causales tercera y cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, dentro de la Audiencia oral, pública y contradictoria, mandada a celebrara por la Sala mediante providencia de 1 de marzo del 2010, de conformidad con el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 111 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 555, de martes 24 de marzo del 2009, y en concordancia con lo dispuesto por los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 286 y en el artículo 345 bídem, dentro del respectivo espacio probatorio, los recurrentes Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez, por intermedio de su Abogado Defensor, evacuaron las siguientes pruebas: **1)** Testimonial de Pinguil Alvarez José Melchor y Guamán Quinde Fidel, quienes fueron llamados a declarar ante la Sala, al tenor del interrogatorio preparado por el Defensor, de la siguiente manera: José Melchor Pinguil Alvarez, portador de la cédula número 030052236-4, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casado, ocupación agricultor, de sesenta y cuatro años

de edad, de religión católica, con residencia en la Comunidad de San Rafael, sector denominado Mangacusana, jurisdicción del cantón y provincia del Cañar, quien al responder el interrogatorio dice: **Primero:** Diga el testigo cómo es verdad que quienes le preguntamos vivimos hace veintidós años en el sector Mangacuzana, perteneciente a la comunidad San Rafael, del Cantón y Provincia del Cañar, lugar donde vivimos y poseemos un lote de terreno que lo trabajamos sembrando productos de la zona. **Responde**: Si es verdad ellos viven en el sector de Mangacuzana y ahí tienen el terreno y viven ahí ya veinticuatro años.- **Segunda:** Verdad que los preguntantes adquirimos este lote de terreno mediante escritura de compraventa a la señora María Nicolasa Chimbo Guamán que es nuestra extinta familiar. **Responde**: Verdaderamente compraron a la señora María Nicolasa Chimbo Guamán, mama Nicolasa les dejó vendiendo.- **Tercera:** Verdad que los linderos del lote de terreno son los siguientes: Por la cabecera carretera Pública, por el pié el señor Luis Caizán con señales al medio, por el un lado nuevamente el señor Luis Caizán con señales al medio y por el otro lado un camino público y una toma de agua, que la extensión aproximada del lote es de un solar. **Responde**: es verdad esos son los linderos que se me pregunta.- **Cuarta:** Es verdad que el problema de la supuesta usurpación es en la parte Este del lote de terreno, pues del camino público y de la toma de agua separan al lote del señor Melchor Zhinín y del señor Humberto Muñoz.- **Responde**: Es verdad la toma de agua es la que separa los lotes de terreno.- **Quinta:** La razón de sus dichos. **Responde**: Porque es la verdad y conocer de los hechos, vivo allí desde que nací.- El deponente Fidel Guamán Quishpe, portador de la cédula número 030018218-5, de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casado, de ocupación agricultor, de sesenta y cuatro años de edad, de religión católica, con residencia en la Comunidad de San Rafael, sector denominado Mangacuzana, perteneciente a la jurisdicción del cantón Cañar, dice: A la **Primera:** Diga el testigo cómo es verdad que quienes le preguntamos vivimos hace veintidós años en el sector Mangacuzana, perteneciente a la comunidad San Rafael, del Canton y Provincia del Cañar, lugar donde vivimos y poseemos un lote de terreno que lo trabajamos sembrando productos de la zona. **Responde**: Si es verdad lo que pregunta, ellos viven allí, y ahí tienen el terreno, viven ahí más de veinte años, nosotros igual, somos vecinos, ellos tienen la posesión.- A la **Segunda:** Verdad que los preguntantes adquirimos este lote de terreno mediante escritura de compraventa a la señora María Nicolasa Chimbo Guamán que es nuestra extinta familiar. **Responde**: Si es verdad compraron a la señora María Nicolasa Chimbo

-3-
tres

Guamán, era abuelita de la señora Dolores Caizan Alvarez.- A la **Tercera:** Verdad que los linderos del lote de terreno son los siguientes: Por la cabecera carretera Pública, por el pié el señor Luis Caizán con señales al medio, por el un lado nuevamente el señor Luis Caizán con señales al medio y por el otro lado un camino público y una toma de agua, que la extensión aproximada del lote es de un solar. **Responde**: Si es verdad que limita la toma de agua y el camino pequeño de herradura que se utiliza para llevar agua de regadío, lo que se me pregunta es la verdad.- A la **Cuarta:** Es verdad que el problema de la supuesta usurpación es en la parte Este del lote de terreno, pues del camino público y de la toma de agua separan al lote del señor Melchor Zhinín y del señor Humberto Muñoz.- **Responde**: La toma de agua y pequeño camino es la que separan los lotes de terreno.- A la **Quinta:** La razón de sus dichos. **Responde**: Porque es la verdad, vivo allí desde que nací y somos vecinos criados ahí.- **2)** De carácter documental: los recurrentes solicitaron, presentaron e incorporaron las siguientes piezas y documentos, respecto a la causal cuarta: **a)** Copia certificada de la escritura pública celebrada en la Notaría Segunda del Cantón Cañar, el 5 de marzo del 2001, según la cual los comparecientes Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez, son los legítimos propietarios del lote de terreno de una extensión aproximada de un solar "que lo adquirimos a la extinta María Nicolasa Chimbo Guamán", título que se encuentra legalmente inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Cañar, el 13 de marzo del 2001; y, **b)** Acta Resolutoria Única y Definitiva de Juzgamiento y Resolución que establece acuerdos y compromisos mutuos, libres, voluntarios y por tanto de cumplimiento obligatorio, emitida por la Organización TUCAYTA, dentro de la jurisdicción Indígena, **Resolución** que versa sobre los mismos hechos (conflicto sobre posesión de tierras), que a la vez ha dado origen al presente juicio penal, por usurpación, incoado por el reclamo del señor José Humberto Muñoz Iglesias, contra Melchor Zhinin Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez, ciudadanos indígenas del pueblo Kichua Cañari, miembros de la Comunidad San Rafael, sector llamado Mangacusana, perteneciente a la jurisdicción del cantón Cañar, por presunto despojo, ocurrido en el interior del territorio de la Organización Indígena de 2do. grado, denominada Tukuy Cañaris Ayllukunapa Tantanacuy, TUCAYTA, que aglutina a más de quince comunidades indígenas, con personería jurídica legalmente otorgada por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE, en cuya parte pertinente se expresa: que con fecha 12 de agosto del 2008, a las 17h30, avocó conocimiento de los hechos, y ha abierto el expediente del juzgamiento

correspondiente, haciendo citar a las partes involucradas en el conflicto para el día jueves **28 de agosto del 2008**, a las **16h00,** a fin de realizar el "ÑAWINCHI" o "careo", indicando que este expediente se remitió al Juzgado Tercero de lo Penal del Cañar, mediante oficio de 6 de enero del 2009, situación que ha sido rechazada por el referido Juez de lo Penal, y, que en concreto, la TUCAYTA, determinó que los reclamos de los compañeros Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez, (del pueblo Kichua Cañari), son justos en razón de su título de propiedad, de sus declaraciones y de sus testigos, siendo dueños absolutos del lote de terreno que reclama el señor José Humberto Muñoz Iglesias; que el señor José Humberto Muñoz, ha faltado a la verdad y ha actuado en rebeldía de la autoridad de la Tucayta; procedimiento y resolución que la Sala considera, se enmarca dentro de un verdadero juzgamiento efectuado en la Jurisdicción Indígena, sin vulneración de normas, principios o derechos establecidos en la Constitución de la República, en base a la cual el doctor Juan Carlos Quishpe, Abogado Defensor, a nombre de los impugnantes, solicita a la Sala acepte el recurso de revisión, y se declare sin ningún efecto la resolución del Juez Tercero de lo Penal y de Tránsito del Cañar, por haber vulnerado la Justicia indígena que nuestra Constitución en su artículo 171 la ampara.- **OCTAVO:** Con respecto a la causal sexta, el Juez de Instancia, en el considerando Tercero de la sentencia de mérito, se refiere a las pruebas mandadas a practicar por parte del querellante, como: la copia certificada de la escritura pública que obra de autos, la diligencia de inspección judicial previa, practicada por el Juez Cuarto de lo Penal y Tránsito del Cañar, Suplente, informe del señor Perito que actuó en esa diligencia, y ha receptado declaraciones testimoniales de María Cruz Pichasaca Pinguil y María Pichasaca Pinguil, sin que por parte de los ciudadanos indígenas querellados, haya practicado prueba alguna, "ya que no han comparecido al proceso".- **NOVENO:** Esta Segunda Sala de lo Penal, en las resoluciones adoptadas dentro de los juicios signados con los números 509-GG-2009 (Resolución número 393-2009) y 1311-SJ-2009, ha emitido su criterio reiterado de amplio reconocimiento respecto a la vigencia del Derecho Indígena, para resolver un problema interno de sus comunidades, Justicia Ancestral o Indígena que se halla establecida por un amplio marco jurídico interno y externo, constituido básicamente por: **1)** la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que adoptó el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos en 1966, cuyo **artículo 27** menciona: "el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de

las costumbres y tradiciones legales"; **2)** la Constitución Política del Ecuador, del año 1998, en cuyo **artículo 191 inciso 4,** expresa: "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional"; **3)** el Convenio 169 de la OIT y la Ratificación del Congreso Nacional y del Gobierno del Ecuador al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada en el Registro Oficial No. 304 de 24 de abril del 1998, en cuyos artículos 8, 9 y 10 se establecen como prioritarias normas pro-indígenas y derechos especiales de indígenas ante la jurisdicción ordinaria, así el **artículo 9 numeral 2,** que reza: "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia", o su **artículo 10 numeral 1**, que dice: "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"; **4)** la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, en su artículo 34 o en el **artículo 35** que expresa: "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades"; y, **5)** **la actual Constitución Política del Ecuador**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre del 2008, en todos sus artículos relacionados con el Derecho Indígena, como artículo 1, 56, 57, **76 literal f) , i), que contienen Derechos de Protección**, 77, numeral 7, 83 en cuyo numeral **2** se señala que son deberes y responsabilidades: "Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar", **artículo 171:** que menciona: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y

cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria", disposiciones que por ser de rango constitucional y tener el carácter de internacionales, son de directa e inmediata aplicación, aspecto que esta Segunda Sala de lo Penal, deja sentado una vez más.- **DECIMO:** En este sentido, la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 1, de 11 de agosto de 1998, bajo cuyo ordenamiento se inició el presente juicio penal, en su artículo **191**, inciso tercero, señala que: "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional". Por su parte, artículo 171 de la Constitución de la República vigente, publicada en el Registro Oficial número 449, de lunes 20 de octubre del 2008, corrobora este principio, al señalar textualmente lo siguiente: "**Art. 171.-** Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria".- **DÉCIMO PRIMERO:** Del expediente existe constancia suficiente de haberse aplicado en el presente caso los procedimientos de la Justicia Indígena, y como consecuencia de ello el Juez Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar, doctor José Rodrigo León Cáceres, al dictar su sentencia el 22 de enero del 2009, a las 10H00 (fojas 51 y 52 vuelta), ha expedido su resolución actuando sin jurisdicción, ni competencia, por tener la condición de juez ordinario, y por ende sin capacidad jurisdiccional para decidir el caso de jurisdicción indígena, cuya resolución debió haber sido respetada, lo cual entraña violación de los derechos de los recurrentes, en particular el principio fundamental de que "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa", consagrado en el numeral 16, del artículo 24, de la Constitución Política de la República, hoy numeral 7, letra i), del artículo 76, de la Ley Suprema, que textualmente dice: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez

por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto", y, por ende, vulneración del artículo 191, hoy 171 de la Constitución de la República del Ecuador, lo cual constituye un error judicial que la Sala estima necesario enmendarlo.- **DÉCIMO SEGUNDO:** Sobre la base de lo dicho, y las pruebas aportadas en la audiencia oral, pública y contradictoria celebrada, es evidente que en la sentencia de mérito se han vulnerado las garantías básicas del debido proceso, previstas en los artículos 76 y 169, en relación con el artículo 171 (antes artículo 24, en relación con los artículos 23, 192 y 191, inciso tercero) de la Constitución de la República, y en ella se ha incurrido en error de hecho, vulnerando el principio fundamental del "Non bis in idem" .- Por lo anteriormente expuesto, sin que sea necesario realizar otro análisis, esta ***Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia***, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** acepta el recurso de revisión y corrigiendo el error judicial contenido en la sentencia condenatoria expedida por el Juez Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar, el 22 de enero del 2009, a las 10H00, se la revoca y en su lugar se absuelve a Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez; disponiendo la inmediata devolución del proceso al Órgano Judicial Inferior para los fines de Ley.- Dejase a salvo las acciones que el querellante José Humberto Muñoz Iglesias, pudiere tener dentro de la Jurisdicción Indígena.- Llamase severamente la atención al Juez Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar, por la falta de aplicación de las normas de carácter legal y constitucional que se dejan anteriormente anotadas, debiendo hacerse conocer esta resolución, mediante oficio, al Consejo de la Judicatura del respectivo Distrito.- Cúmplase y Notifíquese.-

F).- Dr. Luis Abarca Galeas.- JUEZ PRESIDENTE.- Dr. Luis Quiroz Erazo.- CONJUEZ.- Dr. Enrique Pacheco.- CONJUEZ.- Sigue la certificación y notificación, lo que comunico a usted para fines de Ley.-

Dr. Honorato Jara Vicuña
SECRETARIO RELATOR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL
ES FIEL COPIA DE SU ORIGINAL

Quito 28-11-2011; las.....
CERTIFICO:

.....
EL SECRETARIO RELATOR

ANEXO E

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

JUICIO NO. 08-2013

VOTO DE MAYORIA

JUEZA PONENTE: Dra. María Rosa Merchán Larrea

Quito, 01 de octubre de 2013.- Las 09h00.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

Estalyn Ivan Warush Guarusha, interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 28 de febrero de 2013, por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, la que negando el recurso de apelación interpuesto por el adolescente procesado, confirma en todas sus partes la sentencia de primer nivel que lo declara responsable, en el grado de autor, del delito de violación, tipificado en el artículo 512 numeral 1 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem; imponiéndole la medida socio educativa de internamiento institucional de cuatro años.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente, al fundamentar el recurso en la audiencia oral, reservada y contradictoria, a través del Defensor Público, argumentó que en la sentencia impugnada hay falta de aplicación de los artículos 343 y 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en su

orden fijan el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena y los principios de la justicia intercultural. Agrega que se ha vulnerado el artículo 345 ibídem y 171 de la Constitución al no haberse declinado la competencia según lo solicitado por el Presidente de la Comunidad Shuar-Taruka, para que el adolescente sea juzgado de acuerdo a las normas ancestrales de su pueblo en razón de que el adolescente y la ofendida provienen de la comunidad, siendo un conflicto interno que debe ser conocido por esas autoridades. Que la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, ha señalado que la petición de declinación de competencia es extemporánea porque se ha dictado sentencia de primera instancia. Que el artículo 256 del Código de la Niñez y la Adolescencia contiene los principios rectores de la administración de justicia especializada en niñez y adolescencia, en base de los cuales se pudo romper el principio de legalidad para garantizar los derechos que el procesado tiene como adolescente y como miembro de la comunidad indígena. Alega que, también, se han violentado tratados internacionales especialmente el 169 de la OIT, en los que se señala la obligatoriedad de respetar la interculturalidad, los antecedentes ancestrales y que tiene que aplicarse la normativa pro indígena.

ARGUMENTACIÓN DE LA FISCALÍA

En contradicción, la Fiscalía, luego de expresar que la justicia indígena tiene fundamento constitucional y en tratados internacionales, que prevén la aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; que las decisiones de la justicia indígena deben ser respetadas por las instituciones y autoridades públicas y están sujetas al control de constitucionalidad; que se han suscitado problemas al no haberse establecido los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, pero que a falta u obscuridad de ley, la justicia ordinaria no puede dejar de administrar justicia. Que el recurso de casación es técnico y que al fundamentarlo, se ha manifestado que se violó el artículo 344 del Código Orgánico, el que tiene un montón de literales y no se ha señalado cuál de ellos se vulneró, así como no se

ha concretado como se violentaron los artículos 343 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. Agrega que considera, no se ha violentado ley alguna en la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte de Sucumbíos toda vez que no se ha presentado conflicto de competencia ni positiva ni negativa, dentro del proceso, por lo que solicita se deseche el recurso de casación presentado por la Defensoría Pública.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA

Esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto en razón de la materia y en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 del Código Orgánico de la Función Judicial y su Ley Reformatoria, la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia 03-2013, y los argumentos que fundamentan este fallo.

2. SOBRE LA CASACION Y SUS FINES

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma en que lo estructura el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, constituye un recurso de carácter extraordinario y limitado, que procede únicamente en las sentencias, por violación de la ley, por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias, control de legalidad que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia se materializa en la confrontación de la sentencia impugnada con la Constitución, y la ley, para asegurar la vigencia de las garantías básicas del debido proceso, y en asuntos de justicia especializada en adolescentes infractores, la aplicación de los principios que la inspiran, el de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia.

3. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

3.1 En virtud de la fundamentación del recurso y la contradicción de la Fiscalía, al Tribunal le corresponde analizar y resolver:

3.1.1. Si el juzgamiento en análisis, corresponde a la jurisdicción indígena o la ordinaria especializada en adolescentes infractores, desde la óptica de lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.1.2. Sobre la falta de aplicación del artículo 344 ibídem, que fija los principios de la justicia intercultural, a ser aplicados por juezas y jueces de la justicia ordinaria.

3.1.3. Si procede en el caso en análisis la declinación de la competencia a la jurisdicción indígena, al tenor a lo dispuesto en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se acusa como vulnerado.

3.1.4. El Tribunal debe además controlar que en la sentencia no se hayan vulnerado las garantías básicas del debido proceso consagradas en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República y si se han aplicado los principios que inspiran la justicia especializada de adolescentes infractores, fijados en el artículo 256 del Código de la Niñez Adolescencia y Adolescentes Infractores.

4. CRITERIOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANALASIS

4.1. Para resolver, este Tribunal considera necesario dejar sentados sus criterios sobre los siguientes temas:

4.1.1. Que, el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, al reconocer la existencia del sistema de justicia indígena, dispone: *"las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de*

las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales" debe ser interpretado, para aplicarlo o no, al tenor de lo dispuesto en el artículo 427 de la Constitución, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos de la víctima y el procesado, consagrados en la propia Constitución, en virtud de que no existe un catálogo de asuntos específicos a conocimiento de la jurisdicción indígena.

4.1.2. Que en la administración de justicia, se diferencia con absoluta claridad, el conflicto del delito; así Luis Pasara, en la obra *"El uso de los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia"*, publicada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Ecuador. Quito, diciembre 2012. Segunda edición. Pág. 23, señala: *"El componente jurisdiccional ha ganado importancia en los últimos años, en todo el mundo. El papel del juez como árbitro de conflictos, sancionador de ilicitudes y contralor de la legalidad en el ejercicio del poder resulta acrecentado, tanto en…"*; texto del que devienen las indiscutibles diferencias entre el conflicto y el delito.

4.1.3. Que el delito de violación constituye una vulneración al derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 66. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que incluye el derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual, que en consecuencia constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; que, la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que esta trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases. (Preámbulo de la Convención Belem do Pará); así

se pronuncia además la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega versus México.

4.1.4. Que el delito de violación, vulnera los derechos a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia, consagrados en el artículo 5. b) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

4.1.5. Que la violación es un delito tipificado en el artículo 512 del Código Penal, en el que una de las partes es la víctima y la otra el victimario, que el delito no se origina porque entre el violador y la víctima hayan intereses contrapuestos, ni en él, la violentada contribuye a su comisión.

4.1.6. Que es obligación del Estado, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Artículo 7.b) Convención Belem do Pará. Que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Artículo 42 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. ANALISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

5.1. A la luz de los criterios expuestos, el Tribunal, procede a analizar las imputaciones realizadas a la sentencia impugnada, teniendo en cuenta que la justicia de adolescentes infractores, debe aplicarse bajo los principios consagrados en el artículo 256 del Código de la Niñez y la Adolescencia y teniendo en cuenta que el adolescente procesado y la víctima son miembros de una comunidad indígena.

5.1.1. PRIMER CARGO.- Las normas constitucional y legal que se acusan como infringidas, reconocen la jurisdicción indígena, para la **solución** de **conflictos** internos y para este tribunal conflicto interno y violación de derechos humanos de las mujeres, no son la

misma cosa; al igual que no es lo mismo solución (encontrar una salida) que sanción, imponer una pena. El Convenio 169 de la OIT, SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, de obligatoria aplicación en el Ecuador país suscriptor, en su artículo 8.2 dispone *"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.",* entendiendo que el marco de acción tanto de la justicia ordinaria como de las justicias indígenas son los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

5.1.1.1 El delito de violación, cuya comisión se imputa al adolescente procesado, es un acto punible tipificado en el artículo 512 del Código Penal, instrumento de la justicia ordinaria, y constituye sobre todo la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y sexual (artículo 66.3 de la Constitución) y a la dignidad humana de una niña de once años, en condición de triple vulnerabilidad, niña, víctima de violencia e indígena, y trasciende conceptos de etnia y nacionalidad y, requiere del Estado y sus órganos, protección especial, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria, a través de la justicia especializada en adolescentes infractores, el conocimiento del caso, en consecuencia no existe razón fundamentada para pretender se haya aplicado en la sentencia impugnada el artículo 171 de la Constitución y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, por la cual, este Tribunal no acepta el cargo.

5.1.2. SEGUNDO CARGO.- Con respecto a la acusación de falta de aplicación del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que las jueces y jueces, fiscales y defensores observarán en los procesos en que intervengan individuos de las nacionalidades indígenas, los principios de la justicia intercultural, como el de diversidad, teniendo en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas

y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural; igualdad, para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas, este Tribunal observa, que en la sentencia impugnada, para imponer la medida socio educativa, no se toma en cuenta la condición de indígena del adolescente procesado y la víctima, ni las particularidades de su cultura, por lo que con respecto a esta exclusiva parte de la norma, se acepta el cargo.

5.1.3. TERCER CARGO. Sobre la acusación de vulneración de la norma que consagra el principio non bis in ídem, no dos veces por lo mismo, con respecto a lo actuado por las autoridades indígenas no revisable por los jueces de la justicia ordinaria, este Tribunal precisa que este principio opera tanto para la jurisdicción ordinaria como para la justicia indígena, y requiere en la una y en la otra, o de la una con respecto a la otra, que exista una resolución o sentencia en firme a ser respetada y en el caso en análisis, la intervención de la autoridad indígena se limita a convocar a una Asamblea Comunitaria en la que ha pedido del padre del adolescente procesado, sin presencia de los involucrados, se acuerda apoyarlo en la *"falsa acusación de violación"* en contra de su hijo y solicitar la declinación de competencia, para ese entonces el adolescente ya se encontraba cumpliendo internamiento institucional en firme, y la jurisdicción indígena, no había comenzado un proceso de juzgamiento, ni consta probado en el expediente que aquello hubiese ocurrido hasta este momento en que la sentencia de segunda instancia se encuentra en casación; en cambio obra del expediente sentencia de doble conforme en virtud de la cual a esta fecha el adolescente ha cumplido gran parte de la medida socio educativa y por la prohibición constitucional y lo dispuesto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede ser sometido a otro juzgamiento, lo que además supondría vulneración de los derechos de la niña víctima de la violación, exponiéndola a re victimización en contra de la garantía contenida en el artículo 78 de la Constitución, que dispone protección especial a las víctimas de infracciones penales, bajo el principio de no re victimización.

5.1.4. CUARTO CARGO.- Como consecuencia de lo expuesto en los considerandos 5.1.1 y 5.1.3 de este fallo, no procede la petición de declinación de la competencia en el que hace énfasis la fundamentación del recurso.

5.2 CONTROL DE APLICACIÓN DE PRINCIPIOS. La sentencia que declara al adolescente procesado Estalyn Ivan Warush Guarusha, responsable en el grado de autor del delito de violación, impuso la medida socioeducativa de internamiento institucional por el lapso de cuatro años, sin considerar los principios de inocencia, interculturalidad, proporcionalidad; el derecho del adolescente a continuar con sus estudios, su bienestar y los derechos de la víctima, para quien no se previó ningún tipo de protección, faltando así además a los principios rectores de la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia, el de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento. Con respecto a una de las razones en las cuales el Tribunal de Apelación sustenta la sentencia, la de que el adolescente "*...no ha desvirtuado el hecho imputado en su contra*" a más de contener una ilegal traslación de la carga de la prueba a quien no le corresponde, su sola expresión denota un absoluto irrespeto al derecho humano fundamental del principio de inocencia, garantía básica del debido proceso consagrada en el artículo 76.2 de la Constitución, lo que no deja sin piso los otros argumentos sustento del fallo. En razón de ello el Tribunal teniendo en cuenta que además, según consta probado del proceso el adolescente y la víctima mantenían relaciones de enamoramiento, y que las relaciones sexuales en las comunidades indígenas son connaturales a ello, afirmación realizada por el señor Taat Naikiai Tankamash, dirigente de asuntos jurídicos de la comunidad Shuar-Taruka al rendir su testimonio en la audiencia de juzgamiento a fojas 116 vuelta del cuaderno de primera instancia "*...soy dirigente de asuntos jurídicos de la comunidad y he estado siempre pendiente al atentados de violación de derechos humanos y como se de los dos adolescente estuvieron en un proceso de enamoramiento ancestralmente en este tipo no había violaciones cuando era un proceso de enamoramiento y fruto de eso haya habido relaciones sexuales entre los dos eso dentro de la justicia ancestral nuestra es aceptado...*" lo que en ningún caso implica

que la niña dada su edad (11 años) al momento del cometimiento del ilícito, hubiese podido dar su consentimiento para mantenerlas, (por carecer de capacidad legal para hacerlo, artículo 1463 del Código Civil *"son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes …"*), éstas devienen en violación, la que debe ser sancionada teniendo en cuenta estos particulares.

6. DECISION

Con las razones que anteceden, y a la luz de los criterios expuestos, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"**, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, en cuanto a la medida socio educativa aplicada e impone al adolescente Estalyn Ivan Warush Guarusha, la medida socioeducativa de internamiento institucional por el lapso de tiempo equivalente a aquel que ha permanecido cumpliéndolo. Con respecto a la niña Sonia Wisuma, víctima de la violación, este Tribunal dispone, se le brinde por parte de la institución competente con asiento en el lugar más cercano a la comunidad Shuar-Taruka de la que es miembro, ayuda sicológica y se procede además al estudio y seguimiento de su situación en el hogar, encargándose de los trámites que deban hacerse para el efecto, al Juez de la Niñez y la Adolescencia que conoció el caso, con competencia para la ejecución de esta sentencia, bajo apercibimientos legales. F) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO) y Ab. María Peralta Sánchez, SECRETARIA AD-HOC que certifica. F) Ab. María Peralta Sánchez, SECRETARIA AD-HOC.

VOTO SALVADO

JUEZA PONENTE

DRA. MARIA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, a 01 de octubre de 2013.- Las 09h00.-

VISTOS (JUICIO No. 08-2013): Practicado el sorteo de causas, e integrado legalmente este Tribunal, avocamos conocimiento del proceso en nuestra calidad de Juezas de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

1. ANTECEDENTES: El adolescente Estalyn Iván Warush Guarusha, miembro de la Comunidad Shuar Taruka, perteneciente a la nacionalidad Shuar, ha sido juzgado por el delito de violación, en contra de la niña Sonia Nunkui Wisuma Entsakua -igualmente miembro de la Comunidad Shuar Taruka-, y encontrado responsable en el grado de autor por el delito tipificado y sancionado por los artículos 512 y 513 del Código Penal. La sentencia de primer nivel, dictada por el Juzgado Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, impone al adolescente infractor, la medida socio educativa de internamiento institucional de cuatro años, de la cual se ha interpuesto recurso de apelación con el argumento principal de solicitud de declinación de competencia ante la jurisdicción indígena. El Tribunal adquem, en cuanto a la declinación de competencia sostiene que ésta resultaría inconstitucional, ya que se le juzgaría más de una vez al menor infractor por la misma causa; en lo demás, confirma la sentencia apelada en su total contenido. En tiempo oportuno ha comparecido el padre del adolescente infractor ante la Sala Única de

la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, interponiendo recurso de casación de conformidad con el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

2. COMPETENCIA: Este Tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11[1]; Art. 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición N° 04-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 03-2013 de 22 de julio 2013, respecto a la nueva conformación de la Salas de este Órgano Jurisdiccional, en razón de las reformas al Código Orgánico de la Función Judicial.

3. NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. 3.1 En la audiencia oral y contradictoria de fundamentación del recurso llevada a cabo, el Defensor Público, ha basado su ataque a la sentencia recurrida porque ésta contraviene los artículos 343, 344, 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, 256 del Código de la Niñez y Adolescencia, y 171 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que los señores Jueces de alzada han inobservado lo dispuesto en estas normas de fuente legal y constitucional, al no aceptar el pedido de declinación de competencia, en concordancia con el principio de interculturalidad, y la consagración constitucional de la jurisdicción indígena, para que sea ésta quien juzgue al adolescente inmiscuido en conflicto de encontrarlo culpable por el cometimiento del delito del que está siendo acusado. Además, señala que existen principios rectores para la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia como los de humanidad, equidad y de no ritualidad del enjuiciamiento[2], que así mismo sostiene han sido inobservados por el Tribunal de Alzada, que han influido en la decisión de la causa, por lo que solicita se decline la competencia en favor de las autoridades de la

[1] Ver Suplemento del R.O. N°38 del 17 julio 2013.
[2] Ver acta de fundamentación del Recurso Extraordinario de Casación, del segundo cuerpo del expediente del Recurso Extraordinario de Casación, fojas 141.

jurisdicción indígena. **3.2 CONTRADICCIÓN FISCAL:** En la intervención realizada por el Señor Fiscal doctor José García Falconí, éste manifiesta que el recurso extraordinario de casación es eminentemente técnico, y que debe demostrarse de forma contundente la violación de las disposiciones que se acusan como inobservadas, obligación que el Defensor Público ha incumplido, al limitarse a señalar un cierto número de normas, sin demostrar taxativamente cómo estas han causado la contravención alegada; además sostiene, que en la sentencia recurrida está justificado el cometimiento del delito, por tanto manifiesta, no existe razón para casar la sentencia.[3] En la contra réplica, ambos funcionarios públicos se han limitado a reforzar los argumentos expuestos inicialmente.

4. PROBLEMA JURÍDICO QUE PLANTEA EL RECURSO: 4.1 Para proceder a resolver el caso, se analizarán dos puntos de relevancia: **i)** por un lado, el estudio propiamente dicho de la sentencia impugnada; y **ii)** por otro, la jurisdicción indígena dentro del marco jurídico del Ecuador. **4.1.1** En cuanto al análisis de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem, sostiene que el juez de origen ha procedido de *"[…] manera ponderada, pormenorizada y motivada […]"*[4], y que su actuación es conforme a la Constitución y la ley, con sustento en las pruebas aportadas dentro de la etapa correspondiente[5], por lo tanto, dicta sentencia totalmente confirmatoria. Es decir, ha aceptado la tesis sobre la valoración probatoria vertida por el Juez de primera instancia, quien para dictar la medida de internamiento institucional de cuatro años en contra del adolescente procesado, sostiene que éste *"[…] no ha desvirtuado el hecho imputado en su contra […]"*[6]; vulnerando de forma patente el principio de inocencia (artículo 76.2 de la CRE), garantía sustancial de todo proceso sancionatorio y que adquiere mayor intensidad en un juicio penal, en el que bajo ningún punto de vista puede pretenderse que quien es procesado por el cometimiento de un delito, desvirtúe la acusación en su contra. El principio de inocencia es uno de los ejes

[3] Ibídem. fojas 142.
[4] Sentencia de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, fojas, 78 del cuaderno de segunda instancia.
[5] Ibídem. p. 78
[6] Sentencia del Juez de Garantías Penales de Sucumbíos, fojas 118-121, del cuaderno de primera instancia.

esenciales del debido proceso, por lo tanto se ha inobservado las disposiciones de los artículos 4 del Código de Procedimiento Penal y 76.2 de la Constitución de la República; puesto que el principio de inocencia se constituye como uno de los presupuestos de indefectible observancia por toda autoridad jurisdiccional, y que no ha sido tomado en cuenta por los jueces de alzada. De lo dicho, se puede deducir que la justicia ordinaria que ha tomado a su cargo investigar y juzgar el presente caso, tiene deficiencias de concepto en cuanto al esclarecimiento de la verdad procesal, ya que, si el criterio de valoración de la prueba se construye sobre una base errada, esto es, imponiendo la carga probatoria en quien no la tiene, se vulnera una garantía básica del debido proceso, que puede influir en la valoración de los hechos, y en el resultado final de la decisión; acervo probatorio que la suscrita Jueza Nacional no entrará a analizar por no corresponder a la técnica casacional. **4.1.2** Con respecto al principio **non bis in ídem**, fundamento del fallo recurrido, emitido por el Juez plural de Alzada, se precisa el siguiente razonamiento: el artículo 76.7 letra i) de la Constitución de la República del Ecuador, lo consagra como una de las garantías de todo proceso y establece que las resoluciones de la justicia indígena deberán ser consideradas para este efecto. Consiguientemente, dentro de un proceso en el que se pretenda alegar este principio, debe demostrarse de manera incontrovertible por quien lo alega, que ya ha obtenido una sentencia en la que ha sido juzgado por una misma causa y materia; siendo condición sine qua non la existencia de dos procesos diversos cronológicamente, pero idénticos en el motivo y en el objeto, en el que, en el primero de ellos se cuente con una sentencia firme, es decir que de ella no pendan más recursos ordinarios ni extraordinarios; presupuesto que en el presente caso no se cumple, pues para que una sentencia se tenga como firme, debe ésta surtir los efectos de cosa juzgada tanto material, cuanto formal, lo cual no significa otra cosa sino que del fallo que se pretenda alegar firmeza, no haya impugnación alguna; es decir, no esté como en la especie, pendiente un recurso -extraordinario como es el de Casación- que se encuentra en fase de conocimiento y resolución del más alto Tribunal de la Justicia ordinaria de un país. **4.2 La Jurisdicción Indígena dentro del marco jurídico del Ecuador**. El Artículo 1 de la

Constitución de la República del Ecuador[7], reconoce al Estado ecuatoriano como un país plurinacional, y diverso en naciones y culturas, formas de vida, y cosmovisiones, y erige además a la interculturalidad como un cimiento de oportunidad[8] de aprendizaje, cooperación y coordinación en medio de la diversidad en condiciones de igualdad. Este reconocimiento de diversidad e interacción de naciones, culturas y de percepciones, ha superado la concepción tradicional del Estado-Nación mono cultural, con estructuras de poder pensadas para un Estado y una sociedad homogénea y uniforme. Lo cual en un constitucionalismo fuertemente garantista, necesita precisamente de garantías institucionales, normativas y jurisdiccionales, para que el reconocimiento de diversidad y oportunidad de aprendizaje en medio de la diferencia, no sea una mera retórica.

4.2.1 En este marco, el Constituyente ha establecido un capítulo destinado a establecer los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en particular se hará énfasis en los derechos colectivos de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar libremente su identidad, tradiciones ancestrales y formas de organización (art. 57.1), exclusión del racismo y de toda forma de discriminación; el reconocimiento y reparación en caso de sufrirlos (Arts. 57.2 y 57.3), conservar y desarrollar *sus propias formas de convivencia y organización social y de generación y ejercicio de autoridad en sus territorios* (art. 57.9), *crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario* (art. 57.10), mantener su patrimonio cultural histórico (art. 57.13), un sistema de educación bilingüe e intercultural (art. 57.14), una educación pública que refleje la dignidad y diversidad de las culturas, sus tradiciones y aspiraciones (art. 57.21); entre otros derechos, protecciones y garantías que ha establecido el constituyente, prescribe por último, que el Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna (art. 57.21

---

[7] Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.
La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.
Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

[8] Galo Ramón Valarezo, "¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comp. ***Plurinacionalidad***, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 127.

inc. final). En este sentido, el Ecuador ha armonizado -y reforzado en el ordenamiento jurídico interno- los postulados construidos a partir de 1957 con el Convenio de la OIT[9], el que está orientado a evitar la discriminación y terminar con la marginalidad de los pueblos indígenas y tribales de las regiones del mundo, en cuyo Preámbulo se establecen medidas dirigidas a que los pueblos indígenas **asuman por sí mismos** *"el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico [para poder]mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"*. El artículo 7 del mismo Convenio, señala *"Art. 7.- 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [...]"*, y en la Carta Fundamental del estado ecuatoriano, además de la amplia gama de derechos colectivos y de la obligación del estado de garantizarlos, en particular en su artículo 171 dispone: *"Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las* ***mujeres.*** *Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria"*. Disposición de la que se desprenden algunos elementos que

[9] Convenio suscrito por el Ecuador en Ginebra de 1989, aprobado por Resolución Legislativa s/n en abril de 1998 y ratificado por Decreto Ejecutivo No 1387, en mayo de 1998; publicado en el Registro Oficial No. 206 de 07 de junio de 1999.

deben ser considerados: **i)** posibilidad que existan autoridades propias de los pueblos indígenas ejerciendo jurisdicción dentro de su territorio; **ii)** prerrogativa de establecer normas y procedimientos propios y de aplicarlos; **iii)** observancia de la Constitución y de la Ley de coordinación de las dos justicias; **iv)** sujeción de las decisiones a control constitucional; **v)** garantía de respeto de las decisiones judiciales por toda autoridad e institución pública; y **vi)** competencia del legislador para señalar la forma de coordinación y cooperación de los dos sistemas de justicia: ordinario e indígena. En suma, el Ecuador ha adoptado y aceptado a través de un proceso constituyente la coexistencia e interacción de dos sistemas jurídicos, dejando atrás la noción de monismo jurídico, y acogiendo un sistema de pluralidad jurídica, como resultado de un estado plurinacional e intercultural. Y esta forma de interacción y coetaneidad de sistemas jurídicos, no es del todo novedosa dentro de la historia, debido a casos de forzada coexistencia de culturas, como recuerda Zaffaroni sobre el caso de los bárbaros, quienes aun rigiéndose por su derecho propio, respetaron las instituciones jurídicas de los sometidos y colonizados, como por ejemplo en España.[10] En este contexto, el estado ecuatoriano ha señalado, como un objetivo estratégico, a la integración Latinoamericana y del Caribe, comprometiéndose a "*proteger y promover la diversidad cultural*, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe [...]"[11]. El más alto deber del Estado como primer garante de los derechos consagrados en la Carta Fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y tratándose del caso particular, en el que se encuentra en discusión derechos colectivos, de un grupo que ha sido marginado históricamente y al que se la ha atribuido la autonomía de gobierno y de jurisdicción, no es otro sino el de respetar esa autonomía de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad (artículo 56.9 CRE), fortaleciendo y respetando una jurisdicción distinta a la ordinaria, establecida constitucionalmente y adoptada democráticamente -a través de un proceso

[10] Eugenio Raúl Zaffaroni, "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal" en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, edit. ***Derechos Ancestrales***, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 105.
[11] Ver Artículo 423.4 de la Constitución de la República.

constituyente- en un ambiente de interacción y coordinación de sistemas jurisdiccionales. Del marco jurídico nacional e internacional, se desprende que se otorga un alto grado de autonomía a las comunidades y pueblos del Ecuador, con especial énfasis en la promoción y desarrollo de sus formas propias de organización y de ejercicio de autoridad, con el objeto de preservar la cultura ancestralmente existente en el país y la región. Y, si consideramos que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas, la Corte Constitucional de Colombia, bajo la misma óptica, ha concluido como *"[...] regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía [...]"*[12]. **4.2.2** La remisión constitucional a la ley de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la indígena no ha sido desarrollada por el legislador, no obstante la suscrita Jueza, no puede dejar de pronunciarse, al contrario, constituye un alto deber de todo fallador el encontrar soluciones prácticas y razones suficientes para los casos puestos a su conocimiento, máxime si se trata de asuntos de interés social y nacional, que necesitan de un pronunciamiento basado en el ordenamiento jurídico, que como se ha demostrado, ha establecido una amplitud de principios y prerrogativas sobre los cuales no es existe posibilidad de abstraerse o inobservar, si es que tomamos los derechos de los pueblos y nacionalidades en serio, con profundo sentido de respeto, que den como resultado una interacción necesaria de las dos jurisdicciones. **4.2.3** La capacidad de ejercer jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, ha sido reforzada por el legislador en la Codificación de la Ley Orgánica de la Función Judicial, estableciendo además como obligación de todo juez/a la de declinar competencia en las circunstancias descritas en la propia ley (artículos 343, 344 y 345).

4.3 ANALISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO. 4.3.1 Si el Constituyente ha establecido para los pueblos, nacionalidades y

[12] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. T-349/96, M. P. Carlos Gaviria Díaz, de 08 de agosto de 1996, en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm

comunidades indígenas autonomía en lo que respecta al territorio, normas y autoridades propias, resulta inaceptable sostener la existencia de autoridades jurisdiccionales de justicia ordinaria -extrañas a su cultura y cosmovisión- competentes para resolver un caso de los llamados internos, como sucede en la especie, puesto que los hechos que se juzgan, se han suscitado dentro del territorio de la Comunidad Shuar Taruka de la Nacionalidad Shuar[13], y por estar involucrados dos menores pertenecientes a ella, las autoridades vienen solicitado expresamente la declinación de la competencia del caso para resolver el asunto controvertido, contando para ello con normas y un procedimiento propio de la comunidad. Declinación de competencia que ha sido requerida insistentemente ante la autoridad jurisdiccional de justicia ordinaria, en varios momentos procesales, en un primer momento ante el Juez de Garantías Penales de primera instancia, al plantear el recurso de apelación con sustento en los artículos 343 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 171 de la Constitución[14]; en un segundo momento, ante el Tribunal ad quem, basándose en los artículos 1, 2, 57 y 171 de la Constitución de la República; en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación correspondiente a esa etapa procesal[15]; y, en un tercer momento en la audiencia de fundamentación del presente recurso extraordinario de casación. **4.3.2** El artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, define a la competencia como la medida dentro de la cual, la potestad jurisdiccional se encuentra distribuida entre las cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, territorio, los grados o la materia; señalando el deber de todos los jueces que adviertan su incompetencia en razón de los tres primeros elementos, de inhibirse sin declarar nulo el proceso y remitirlo en el estado procesal que se encuentre la causa, ante la autoridad jurisdiccional, que a su criterio sí la ostente; la declaratoria de nulidad se

[13] Lo que se desprende del contraste del informe de "Reconocimiento del lugar de los hechos", en el que se concluye que el lugar inspeccionado existe y se encuentra ubicado en la parroquia Sucumbíos, Cantón Cascáles, Parroquia Dorado, Recinto La Florida, lo que coincide con lo establecido en el artículo 2 del Estatuto de la Comunidad Shuar TARUKA, que establece que la Comunidad pertenece a la Parroquia El Dorado, del cantón Cascáles, Provincia de Sucumbíos, ubicada en la vía Quito, Km. 39 margen derecho, 5ta línea.

[14] Ver recurso de apelación del menor procesado, fojas 120 del cuaderno de primera instancia.

[15] Ver escrito de solicitud de declinación de competencia y Acta de Audiencia en segunda instancia, fojas 71-76.

dictará sólo en los casos de incompetencia en razón de la materia (art 129.9 ibídem), es decir, se ha establecido la necesidad de que en toda causa puesta al conocimiento de los jueces, se verifique debidamente la competencia, por ser garantía del debido proceso, puesto que toda persona tiene derecho a ser juzgada ante un juez o una autoridad competente y en estricta observancia del trámite propio de cada procedimiento (artículo 76.3 CRE). Esta garantía constitucional del debido proceso tiene además de la competencia, un fundamento de trascendental importancia, que se relaciona con la legitimidad de las decisiones, confluyendo para ello dos presupuestos: competencia y observancia de un trámite propio; es decir, en el juzgamiento a una persona debe asegurarse tanto la competencia de la autoridad que la juzga, cuanto la legitimidad de su decisión, a través de un procedimiento particular, más aún si se juzga a personas integrantes de una cultura cuya percepción del mundo difiere de la autoridad que juzga, normas de convivencia que se encuentran regidas por autoridades, procedimientos y costumbres diversas y reconocidas por la Constitución de la República. Tratándose de las reglas de competencia especiales y que se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Penal, artículo 21, éstas básicamente aluden al territorio como principal elemento de verificación de competencia entre los distintos jueces/as y tribunales penales, sin configurar otros elementos de necesaria reflexión para determinar competencia en casos como el presente; sin embargo, dentro de las Disposiciones Generales del mismo cuerpo legal, la Primera, establece *"En cuanto a los delitos cometidos dentro de una comunidad indígena se estará a lo dispuesto en la ley especial que se dicte de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República"*, ley que como se dijo, no ha sido promulgada, debiendo entonces remitirse para los casos de competencia entre justicia indígena y ordinaria, a las reglas generales y a las disposiciones aquí analizadas, teniendo como punto de partida ineludible a la Carta Fundamental del Ecuador. **4.3.3** Tratándose del caso sub júdice, la jurisdicción y competencia que debió ser verificada y asegurada por la autoridad, no tiene que ver con todos los elementos tradicionalmente conocidos de aquella, a no ser los referidos al territorio y las personas; en este caso, el conflicto se genera con sustento constitucional por parte de una

comunidad indígena que tiene *diferente jurisdicción y competencia* -a la ordinaria- para resolver asuntos que le atañen y que amenazan con desequilibrar su armonía, se trata de una solicitud fundada sobre incompetencia, que requiere un riguroso análisis contextualizado de cuáles son los fundamentos constitucionales y legales en los que se basa, y que en el caso particular son de trascendental importancia como: la plurinacionalidad, interculturalidad y el pluralismo jurídico, entendidos en los términos antes analizados. **4.3.4** Al efecto es importante, referirse al Acta N° 5 de la Asamblea Extraordinaria de la Comunidad Shuar Taruka, de 15 de Diciembre de 2012, cuyo objeto es tratar únicamente el caso de Estalyn Warush Guarusha y de la menor ofendida, resolviendo entre otras cosas: intolerancia e imposibilidad de impunidad hacia actitudes violentas dentro de la comunidad; la protección a niños, niñas y adolescentes de la comunidad frente a toda forma de violencia, sea física o sicológica, y el apoyo a la iniciativa de solicitud de declinación de competencia a la jurisdicción ordinaria, para juzgar de acuerdo a su derecho consuetudinario. Asamblea extraordinaria en la que se deliberan temas que también han sido puestos a consideración de los jueces ordinarios, como el hecho de que la presente denuncia tiene sustento en otro ilícito presuntamente cometido en contra de la menor ofendida, y que también ha sido objeto de denuncia por parte de la madre de la menor en contra del padre hoy denunciante[16]; hecho que reprochan, por lo que respetando el ámbito de su jurisdicción, y siguiendo la deliberación construida en dicha Asamblea, es de esperar que pueda tener continuidad la investigación de todos los hechos que afectan a dicha niña, sin dejar en la impunidad, con la finalidad de que se cumpla lo resuelto por la Comunidad, con especial énfasis en la erradicación de la violencia y de la protección a los niños y niñas que forman parte de la comuna, puesto que si bien la comunidad es un verdadero sujeto colectivo de derechos, sus miembros, de quienes la comunidad se construye y alimenta, deben estar debidamente protegidos en sus derechos, en base a sus costumbres y tradiciones ancestrales. La Comunidad Shuar

[16] Ver Acta de Asamblea extraordinaria de la Comunidad Taruka, del cuaderno de segunda instancia, fojas 20-23, y copia certificada de la denuncia presentada ante la Fiscalía Provincial de Sucumbíos por parte de la madre de la menor, en contra del padre de la misma, fojas ciento cinco del cuaderno de primera instancia

Taruka, según su estatuto, constituye una organización histórica de raíces milenarias, ajena al proselitismo religioso o político partidista; participativa de los procesos de lucha del movimiento de las nacionalidades en *defensa y respeto de los derechos constitucionales*, con participación activa -voz y voto- de todos sus socios y socias en la Asamblea General, órgano que tiene potestad para establecer normas y sanciones para aquellos actos que causen conflictos, o por el cometimiento de un delito, se rige por un Consejo de Gobierno Comunitario, integrado por varias comisiones, entre las que se pone de relieve: Nuwa Enentai Chichámprin/Comisión de la Mujer y la Familia; Natsánum Chichámprin/Comisión de la Juventud y Chicháman Iwiarin/Comisión de Asuntos Jurídicos[17]. Estatuto que considera como conflicto o problema para su posterior solución y aplicación de la justicia *a "[…] todo acto de menor o mayor grado que atente el equilibrio emocional y vulnere gradualmente la armonía y tranquilidad comunitaria y que su recurrencia genere conflictos, que incurran sanciones en el siguiente orden"*, considerando como la más grave -de cuarta contravención- a la violación sexual[18], cuya sanción es la máxima dentro de las establecidas en el mismo estatuto. Por otra parte, como una de las atribuciones de la Asamblea General Comunitaria, se encuentra la prerrogativa de implantar normas y sanciones para quienes causen conflictos o cometan delitos dentro de la comunidad[19]. Se desprende entonces, de la simple lectura de su definición de conflicto, que su forma de concebir los problemas dentro de la comunidad distan cualitativamente de los de la justicia ordinaria, su percepción de análisis atañe un profundo sentido comunitario de armonía, no individualista, en el que la gradualidad de afección a sus elementos esenciales, como equilibrio emocional, armonía y tranquilidad colectiva posiblemente afectada, merece una sanción, que debe tener como resultado un proceso y una cosmovisión acorde a su dimensión cultural de percepción del conflicto, que de ninguna manera constituye una forma de incentivar la evasión a una sanción por el posible cometimiento de un delito o contravención, constituye una decisión que acepta y

[17] Ver Estatuto y Reglamento de la Comunidad Shuar Taruka, del cuaderno de segunda instancia, fojas 30-70.
[18] Ver artículo 56 ibídem.
[19] Ver artículo 24 id.

garantiza la existencia de diversidad jurídica, consagrada a lo largo del ordenamiento descrito y analizado. **4.3.5** Las decisiones de la jurisdicción indígena, no han escapado al control constitucional, por mandato expreso del constituyente y del legislador, dispuesto en los artículos 171 de la Constitución del Ecuador y 65 s.s. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; justicia que estaría encargada de contrastar y verificar de acuerdo a los principios de: pluralismo jurídico, interculturalidad y autonomía, la validez constitucional de las decisiones, asegurándose de esta forma que las dos jurisdicciones coexistentes, ordinaria e indígena, se encuentren bajo el estricto control del órgano encargado de velar por la validez constitucional de las decisiones jurisdiccionales, y de los actos y omisiones de los poderes públicos y de particulares que afecten o vulneres derechos constitucionales o derechos humanos consagrados en pactos o instrumentos internacionales. En suma, existiendo una jurisdicción reconocida constitucionalmente como consecuencia de un proceso democrático, en el que se ha adoptado el pluralismo jurídico como resultado de una visión de respeto a la diversidad étnica y cultural, y del derecho que tenemos a ser diferentes en igualdad de condiciones; la suscrita Jueza al contrastar los fundamentos del recurso y las alegaciones expuestas por las partes en la audiencia con la sentencia impugnada conforme queda analizado, observa que en ella se han vulnerado principios, derechos y garantías relacionadas con el debido proceso como son: el principio de inocencia y a ser juzgado ante un juez competente con observancia del trámite propio de cada procedimiento, consagrados en Pactos y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, en la Constitución, y en la Ley -Artículos 76.2. y 3 de la Constitución, 4 del Código de Procedimiento Penal, 8.2 Del Pacto de San José, y 14.2 Del Pacto de Derechos Civiles y Políticos-; omisión de solemnidades sustanciales atinentes a todo proceso, cuya inobservancia influye en la legitimidad de la decisión.

5. DECISIÓN: Con esta motivación constitucional y legal, la suscrita Jueza Nacional de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**

acepta el recurso de casación interpuesto por el padre del adolescente ESTALYN IVAN WARUSH GUARUSHA, y verificada la infracción de normas constitucionales y legales que vulneran los derechos y garantías del debido proceso, declara la nulidad procesal de todo lo actuado en las dos instancias; y al estimar cumplidos los requisitos legales previstos en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, en las circunstancias que rodean el caso concreto, hay razón suficiente para ***declinar la competencia,*** en favor de las autoridades de la Comunidad Shuar Taruka, de la Nacionalidad Shuar, del cantón Cascales, provincia de Sucumbíos, a fin de que resuelvan este caso de acuerdo a su derecho propio, en el marco del Convenio 169 de la OIT, la Constitución de la República del Ecuador, y demás instrumentos internacionales. Con el ejecutorial devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Notifíquese. F) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL y Ab. María Peralta Sánchez, SECRETARIA AD-HOC que certifica. F) Ab. María Peralta Sánchez SECRETARIA AD-HOC

CERTIFICO: Que las doce (12) fotocopias que anteceden, son tomadas de su actuación original, constante en el juicio penal No. 08-2013 (Recurso de Casación) que sigue MIGUEL WISUMA MISATAK contra ESTALYN IVAN WARUSH GUARUSHA. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.- Quito, 01 de octubre de 2013.

Ab. María Peralta Sánchez
SECRETARIA AD-HOC

ANEXO F

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SEGUNDA SALA DE LO PENAL.

Quito, Enero 15 de 2010.- Las 10h00.-

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en calidad de Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y Conjuez Nacional, en virtud del Oficio No. 067-SG-2010-PCH. En lo principal. José Rogelio Tocagón Cobacango, interponen recurso de casación de la sentencia expedida el 3 de abril del 2008, por el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, que le declara autor responsable del delito de asesinato, previsto y sancionado en el Art. 450 numerales 1, 4 y 5 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. Concluido el trámite y siendo el estado de la causa, el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** Esta Segunda Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud del Art. 184 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449; por lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 4 de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC de fecha 28 de noviembre de 2008, dictada por la Corte Constitucional de la República, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre de 2008; por Resolución Sustitutiva de 22 de diciembre del 2008, (publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009), a la aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 17 de diciembre de 2008; y, por el sorteo legal de 29 de mayo del 2008. **SEGUNDO.-** A fs. 3 a 5, del cuaderno de la Sala consta el escrito de fundamentación del recurso formulado por el recurrente José Rogelio Tocagón Cobacango, que en lo principal expresa: que el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha no era el órgano competente para enjuiciarle, puesto que de conformidad con el Art. 191 de la Constitución Política del Estado, ser miembro de la comunidad indígena Loma Gorda,

parroquia Tupigachi, cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha, da viabilidad para que se aplique la justicia indígena a su caso. Se refiere también a ciertos testimonios rendidos en la audiencia de juzgamiento, los que desde su particular punto de vista no constituyen prueba alguna, específicamente los rendidos por el suboficial de policía Fausto Gerardo Acurio Pérez y por Martín Cuascota Pujota; se debió tachar al último de los testigos citado por no ser idóneo, ya que se trata de un sujeto peligroso que ha sido procesado dos veces por agresiones físicas y tentativa de asesinato. En todo momento afirma que él no estuvo presente en el lugar en donde se suscitó el incidente doloso materia de esta causa, por cuanto se encontraba laborando en la plantación florícola "Bella Rosa de Tabacundo" en donde presta sus servicios, situación que considera fue debidamente comprobada mediante los testimonios de descargo y la documentación remitida por su empleadora, que justifican plenamente que antes de las 06h00 del 6 de enero del 2006, se encontraba laborando, lejos del lugar en donde se produjo el hecho delictivo, lo que ocasiona que no se aplique la disposición del Art. 88 numerales 2 y 3 literales c) y d) del Código de Procedimiento Penal; agrega además, que si bien se encuentra comprobada la materialidad de la infracción, no se pudo establecer la responsabilidad penal de cada uno de los miembros de la Comuna Loma Gorda, siendo la única forma de sancionarlos, de acuerdo al pluralismo jurídico contemplado en el inciso cuarto del Art. 191 de la Constitución Política de la República; debiendo tenerse en cuenta que el Juzgador hace una interpretación errónea de la forma en cómo se cometen los hechos, sin que existan documentos ni testimonios que determinen su presencia en la casa comunal a la hora del ajusticiamiento, de ahí se deduce la falsa aplicación, violación e interpretación extensiva del Art. 450 en sus numerales 1, 4 y 5 del Código Penal por parte del Segundo Tribunal Penal de Pichincha, órgano que en tal caso debió interpretar las normas aplicadas en el sentido más favorable al

reo; infringiéndose además los Arts. 15 del Código Penal respecto al caso fortuito o fuerza mayor al realizarse una acción ilícita; 41, 42, 43 y 44 del mismo cuerpo legal en relación a la participación criminal en calidad de autor, cómplice o encubridor, calidades que no se adecúan a su proceder, al no haberse encontrado presente en la asamblea de la Comunidad de Loma Gorda en que, por unanimidad se resuelve sancionar a dos miembros peligrosos que atentaron contra la justicia ordinaria y la justicia indígena; considera que el órgano sentenciador también viola el Art. 123 del Código de Procedimiento Penal, ya que la declaración del menor Martín Cuascota no pudo ser tomada como testimonio propio, al no ser un tercero imparcial; así como las normas constitucionales contenidas en los Arts. 191, 23 numerales 26 y 27; que se refieren a la justicia de los pueblos indígenas, la seguridad jurídica y el debido proceso. **TERCERO.-** El Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, al contestar el traslado corrido con la fundamentación del recurso constante a fs. 9 a 12 del cuaderno de la Sala, luego de realizar el análisis de las pruebas actuadas en la audiencia de juzgamiento, en lo fundamental manifiesta: "...que para que el recurso extraordinario de casación prospere, es imprescindible, que quien recurre por esta vía, demuestre los errores de derecho en los que ha incurrido el Tribunal Penal, en cualquiera de las formas determinadas taxativamente en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; es decir cuando se ha violado la ley en la sentencia, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya por haberla interpretado erróneamente; por tanto este recurso extraordinario, no está destinado para que se realice una nueva valoración de la carga probatoria, actividad que fue debida y razonadamente efectuada por el juzgador. En el caso sub judice, el recurrente sentenciado en su escrito de fundamentación no ha logrado determinar y exponer una real y manifiesta violación de la ley en la sentencia que permita que la casación

propuesta prospere, porque pretende que el Tribunal de casación vuelva analizar la carga probatoria, a más de evidenciarse una clara contradicción entre su alegación de no haber estado presente en el lugar de los hechos el día y la hora en que se produce la muerte de Cuascota Pujota y su solicitud de aplicación del Art. 191 de la Constitución Política de la República, que viabiliza la aplicación de la justicia indígena; lo que refleja una presunta justificación de sus actos, caso contrario no alegaría esta norma constitucional en defensa de sus acciones". Concluye solicitando, que la Sala declare improcedente el recurso de casación interpuesto por José Rogelio Tocagón Cobacango. **CUARTO.-** Examinada la sentencia por parte de la Sala, se observa que en la misma, el Tribunal Juzgador expresa que tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad del procesado se ha comprobado conforme a derecho con la práctica de las siguientes diligencias procesales actuadas en la audiencia del juicio, en lo que se refiere a la materialidad de la infracción con: **1.-** El protocolo de autopsia realizado por el perito médico legista, doctor Marlon Alexis Oviedo Ramírez en el occiso José Marco Cuascota Pujota, que luego del correspondiente examen externo e interno del cadáver, llegó a la conclusión de que la causa de la muerte fue por quemaduras de tercer grado en el noventa y nueve por ciento, de su superficie corporal, estableciéndose que su muerte fue violenta. Además encontró dos heridas contusas en la región parietal, producidas por la fuerza de impacto de un objeto contundente duro, sin bordes ni aristas; quemaduras de segundo grado en los pabellones auriculares, córneas dilatadas en 5 centímetros, desprendimiento epidérmico en el tórax y el abdomen, dorso con zonas edematosas, evidenciándose por el color rojo de la piel, que cuando se metió a la persona al fuego estaba viva. **2.-** Testimonio del sargento segundo de policía Pedro Bolívar Guevara Guerra, quien manifestó que realizó el levantamiento del cadáver de José Marco Cuascota Pujota en compañía del policía Oscar Cevallos en la morgue del Hospital Eugenio

Espejo de Quito el 8 de enero del 2006, a las 15H00, determinándose que el cuerpo del occiso estaba completamente quemado y lleno de ampollas. **3.-** Testimonio del policía Javier Cevallos Guzmán, agente que participó en el levantamiento del cadáver de José Cuascota Pujota en la morgue del Hospital Eugenio Espejo de Quito, lugar al que acudió por llamado de la Central de Radio Patrulla y en compañía del padre del fallecido se dirigieron a la Policía Judicial, persona que le indicó que su hijo fue acusado de robo por la comunidad en donde habitan, habiéndose decidido por los moradores quemarlo. **4.-** Testimonio del suboficial de policía Segundo Fausto Gerardo Acurio Pérez, quien expresa, que por la llamada de la central de radio patrulla acudió a la Comuna Loma Gorda, del cantón Tabacundo, el 6 de enero del 2006, aproximadamente a las 06H40, con la finalidad de verificar el linchamiento del cual le informaron. En este lugar encontró a un ciudadano amarrado con alambres que aún estaba vivo, incidente del cual nadie supo dar razón, hasta que pudo enterarse que la Comunidad había decidido reunirse el 5 de enero del 2006 para aprobar el linchamiento de Marco Cuascota Pujota, considerado como un delincuente avezado que se dedicaba a robar y a violar, se procedió a apagar el fuego del cuerpo del linchado y le zafaron las amarras para ponerlo en el patrullero y llevarlo al hospital del cantón Cayambe; debiendo abandonar la escena ya que los comuneros insinuaron que se queme también al policía, de ahí que no se pudieron recoger ciertas evidencias; y, **5.-** Testimonio de María Dolores Pujota Bautista, quien indicó que su marido le supo informar que a sus sobrinos Marco y Martín Cuascota los han cogido para quemarlos, porque se les ha encontrado en varias ocasiones robando a los comuneros. Cuando llega al lugar de los hechos, su sobrino Marco estaba quemado, amarrado con alambres los pies y las manos, por lo que lo único que pudo hacer fue ayudar a la policía a desamarrar los alambres. Alrededor estaban muchas personas, todos bebidos, sin que tenga conocimiento de

quienes son los dirigentes jurídicos de la comuna. La Responsabilidad del procesado se la establece con: **1.-** El testimonio del menor Luis Martín Cuascota Pujota, rendido en presencia de su curador Eduardo Cuascota, quien manifestó que en la madrugada del viernes 6 de enero del 2006 a él y a su hermano Marco Cuascota les sacaron de su casa varias personas, recordando con claridad únicamente a Rogelio Tocagón, a quien lo identifica como el autor de la muerte de su hermano, puesto que fue la persona que le lanzó gasolina y prendió el fósforo. Afirma que Tocagón era la persona que tenía la poma azul con gasolina y que le regó el combustible a su hermano Marco desde la cabeza a los pies y procedió a quemarlo en conjunto con otras cinco personas, entre ellos Alberto Cabascango. Expresa que a él por ser menor de edad no lo quemaron, pero que lo pegaron, bañaron en agua fría, le ortigaron, todo esto porque supuestamente se dedica a robar, hecho que lo desmiente enfáticamente; y, **2.-** Testimonio del acusado José Rogelio Tocagón Cobacango, quien manifiesta, que el día 6 de enero del 2006 se levantó a las 04h30 y salió de su casa a las 05h30 con dirección a su trabajo, al cual llega alrededor de las 05H50, haciéndose presente ante el supervisor Elías Sánchez. Refiriendo además que ese día limpió canales de bloques en compañía de sus compañeros de apellido Castillo y Toapanta, con quienes incluso jugó vóley, asegurando que laboró hasta las 15h00 y que cuando retornó a su casa, se enteró de lo sucedido. Las pruebas actuadas por el acusado no han conseguido desvirtuar la acusación fiscal, ni su no participación en este delito, pues si bien se circunscriben a ese día, éstas se refieren a otras horas, personas y lugares, donde no se suscitó el hecho, ni tiene que ver con el mismo, quedando en claro su participación directa, consciente y voluntaria en el caso que se juzga. De todo lo examinado esta Sala, observa que para establecer el nexo causal entre el acto ilícito que motiva el proceso con el agente activo del mismo, el Tribunal Segundo de lo Penal de

Pichincha, procedió a realizar un estudio prolijo y detallado de toda la prueba, solicitada, ordenada y producida en la audiencia de juzgamiento, para luego en acto soberano efectuar su valoración con estricto apego a las normas legales pertinentes y de conformidad a las reglas de la sana crítica llegó a declarar con convicción y certeza tanto la existencia material del hecho que se juzga, como la responsabilidad del acusado, por lo que esta Sala estima que el Tribunal Juzgador adecuó correctamente la conducta del procesado en el delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 bajo las circunstancias constitutivas de los numerales (1) alevosía, pues ella presume que haya premeditación que constituyen elementos generadores de la malicia, la traición, la cobardía, como signos de este comportamiento, así como medios que aseguren el cometimiento del delito penal sin riesgo personal del hechor; la alevosía no se figura, sino que emerge como resultados de hechos acreditados con prueba concluyente, suceso y consecuencia que existe de autos pues el procesado aseguró la muerte de su víctima al rosearlo con gasolina desde la cabeza hasta los pies y procedió a prenderle fuego; (4) con ensañamiento pues aumento deliberadamente e inhumanamente el dolor de la víctima, (5) procediendo a imposibilitar a la víctima para que no pueda defenderse, atándolo con alambres a un poste; así también es correcta la pena impuesta sin la consideración de atenuantes, pues según el tratadista ecuatoriano Francisco Pérez Borja, cuando existe varias agravantes aplicables al Art. 450 ibídem como en este caso las contempladas en los numerales 1, 4 y 5, una de ellas es constitutiva del tipo de asesinato, y las demás operan como agravantes propiamente dichas, por lo cual no se puede aplicar atenuantes, al tenor de lo dispuesto en el Art. 72 del Código Penal. En lo referente a lo argumentado por el recurrente en el sentido de que se debería aplicar el Art. 191 de la Carta Magna en su caso, que se refiere al reconocimiento a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones de justicia, aplicando sus

costumbres o derecho consuetudinario; al respecto y como bien lo advierte el Subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, jamás podrá ser legítimo y justo, si implica la vulneración de derechos fundamentales reconocidos y garantizados para todos los habitantes de la República; situación que claramente está determinada en el mismo Art. 191 de la Constitución Política de la República en su inciso cuarto, que dice: "...Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes...". Alega también el recurrente que se violó el Art. 123 del Código de Procedimiento Penal, ya que la declaración del menor Martín Cuascota no pudo ser tomada como testimonio propio, al no ser un tercero imparcial; en torno a esto, la Sala advierte que el Art. 24 numeral 9 inciso segundo de la Constitución Política de la República del Ecuador anterior y hoy Art. 77 numeral 8 de la Carta Magna vigente establecen, respectivamente que: "...Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resultaren víctimas de un delito o las de los parientes de ésta, con independencia del grado de parentesco. ..." y "... Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. ...". Consecuentemente, la Sala advierte que la sola disconformidad con una sentencia de última instancia, no autoriza a recurrir en casación, pues este recurso extraordinario procede únicamente cuando en la Resolución definitoria se ha quebrantado la ley en alguna de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es por contravenir expresamente a su texto, o por haberse hecho una falsa aplicación de la norma o por haberla interpretado erróneamente; para el caso ninguno de estos eventos, logra demostrar el recurrente al sustentar la impugnación. De otro lado, necesario es destacar que por cuanto la casación no es un recurso

ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del caudal probatorio, ni volver analizar los argumentos, jurídicos sostenidos por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa. Finalmente se concluye que el Tribunal Juzgador, al dictar su sentencia lo hace con estricto apego a las normas de derecho, sin que pueda observarse violación de la ley y mucho menos el Art. 4 del Código Penal, porque los hechos narrados y referidos conducen a la sola conclusión que el Tribunal Juzgador formula, respaldado en la convicción y certeza de la existencia material del hecho y de la culpabilidad del recurrente; por lo que los cargos que se le imputan a la sentencia resultan infundados y no enervan, las conclusiones a las que arribó el Tribunal Juzgador. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** La Sala declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el procesado José Rogelio Tocagón Cobacango, ordenándose que se devuelva el proceso al Tribunal Penal de origen. Actúe el Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator Encargado, por licencia del Titular. Notifíquese.-

Dr. Luis Abarca Galeas
JUEZ NACIONAL PRESIDENTE

Dr. Máximo Ortega Ordóñez
JUEZ NACIONAL

Dr. Luis Quiroz Erazo
CONJUEZ

Certifico.-

Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR ENCARGADO

En esta fecha a las dieciséis horas notifico por boleta con la nota en relación y sentencia que antecede: al **SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, en la casilla judicial No. 1207; a **ROGELIO TOCAGÓN COBACANGO**, en la casilla judicial No. 3636 y 847; a **MARIA TERESA CUASCOTA PUJOTA**, en la casilla judicial No. 2405; a **LUIS HUMBERTO CABASCANGO**, Presidente de la Comuna de Loma Gorda del cantón Pedro Moncayo, en la casilla judicial No. 847.- Quito, 18 de enero del 2010.-Certifico.-

DR. HONORATO JARA VICUñA
SECRETARIO RELATOR

Certifico que las copias que anteceden en doce fojas son iguales a sus originales.-
Quito, 27 de Enero de 2010

Dr. Honorato Jara Vicuña
SECRETARIO RELATOR

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO PENAL
SECRETARIA