

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**PERFIL DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

**PERTINENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERSONAS  
INDÍGENAS, EN PARTICULAR LAS QUE INTEGRAN PUEBLOS  
DE CONTACTO RECIENTE**

**AB. MARCUS RODNEY CARTAGENA ACHINA**  
**MAESTRANTE DE LA UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

Comentado [U1]: FALTA LA FILIACIÓN INSTITUCIONAL.

**TUTOR: DR. MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA**

**Otavalo, Febrero 2023**

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Yo **MARCUS RODNEY CARTAGENA ACHINA**, declaro que el perfil de trabajo de titulación es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

---

**MARCUS RODNEY CARTAGENA ACHINA**  
**C.I. 1725229585**

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

Certifico que el perfil de trabajo de investigación titulado “PERTINENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERSONAS INDÍGENAS, EN PARTICULAR LAS QUE INTEGRAN PUEBLOS DE CONTACTO RECIENTE ” bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, del estudiante Marcus Rodney Cartagena Achina, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

---

DR. MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA  
CC.

**1.- Título del artículo profesional de alto nivel:**

Pertinencia de la prisión preventiva en personas autoidentificadas indígenas, en particular las que integran pueblos de contacto reciente.

**2.- Nombres del autor y del tutor:**

Autor: Ab. Marcus Rodney Cartagena Achina, Maestrante de la Universidad de Otavalo

Tutor: Dr. Miguel Ángel Angulo Gaona

### **3.- Resumen**

La presente investigación está enfocada en el estudio de las garantías constitucionales de la no aplicación de la privación de la libertad como regla general, la autodeterminación de los pueblos indígenas, teniendo como objetivo determinar la pertinencia de la prisión preventiva en personas autoidentificadas indígenas, en particular las que integran pueblos de contacto reciente.

Partiendo del análisis de la Sentencia No. 112-14-JH/21 de Habeas Corpus, emitido por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2021, en el que se individualiza sobre la vulneración de los derechos constitucionales de libertad e integridad personal, de personas autoidentificadas como indígenas, de los pueblos conocidos como waorani y taromenane que se describen como un grupo indígena de contacto inicial miembros de estos grupos encontraban privados de la libertad, sin considerar las características antropológicas propias de las personas, que se encuentran en "aislamiento voluntario" hasta antes de su detención en noviembre del 2013, y que su primer contacto con la sociedad moderna fue la cárcel.

### **4.- Abstract:**

This research is focused on the study of the constitutional guarantees of non-application of the deprivation of liberty as a general rule, the self-determination of indigenous peoples, with the objective of determining the relevance of pretrial detention for self-identified indigenous persons, particularly those who are part of recently-contacted peoples.

Based on the analysis of Judgment No. 112-14-JH/21 of Habeas No. 112-14-JH/21 of Habeas No. 112-14-JH/21. 112-14-JH/21 of Habeas Corpus, issued by the Plenary of the Constitutional Court of Ecuador in the year 2021, which individualizes on the violation of the constitutional rights of freedom and personal integrity, of persons self-identified as indigenous, of the peoples known as Waorani and Taromenane who are described as an indigenous group of initial contact members of these groups were deprived of liberty, without considering the anthropological characteristics of the people, who are in "voluntary isolation" until before their arrest in November 2013, and that their first contact with modern society was the prison.

## 5.- INTRODUCCIÓN

### **Problema**

En el año 2021 el SNAI (Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y/a Adolescentes Infractores del Ecuador), reconoce que existían 633 PPL (personas privadas de la libertad) que se autoidentifican como provenientes de etnias indígenas, de los cuales el 28 % se encuentran detenidos bajo la medida cautelar de prisión preventiva (SNAI, 2021). Mismas personas que fueron sentenciados o están esperando ser sentenciadas por la justicia ordinaria pese que el Ecuador reconoce la justicia indígena en la Constitución y las sanciones emitidas en la justicia ordinaria entran en contradicción con los diferentes tratados y convenios internacionales que se deben tomar en cuenta para las personas indígenas. Además de que no se brinda un espacio adecuado que reúna las condiciones necesarias para que los privados de libertad del grupo autoidentificado como indígena, pueda desenvolverse de acuerdo con sus costumbres y cultura propia de cada etnia como lo determina la Sentencia No. 112-14-JH/21 en su párrafo 251 y 253.

Por cuanto el proceso ordinario penal es un procedimiento preestablecido jurídico, que se basa en la aplicación de una ley que busca una pena del imputado, lo cual está enfocado en la investigación, la identificación, y la imposición de una pena para quien cometa una conductas que están tipificadas como delitos. Por lo que la finalidad de todo proceso penal es salvaguardar el orden público y se logre un coexistir adecuado entre la comunidad. (Caro, 2018)

Según Avila (2013), en su obra “el derecho penal indígena entre la diversidad” describe que el derecho indígena se enmarca en los valores individuales que dependen a favor de los intereses del grupo o comunidad al que pertenecen y se desenvuelve en su vida cotidiana, ya que no solo afecta al individuo que cometió el delito sino a toda la comunidad en su conjunto. Por lo que la cárcel no es concebida como una medida de reparación dentro de su interpretación, o llamada su “cosmovisión andina”, ya que al encarcelar al responsable no devuelve la armonía y el equilibrio la comunidad y sus miembros pues una parte de la comunidad ha sido aislada.

Siendo que para la justicia indígena el objetivo de la pena o sanción al imputado es reintegrar de forma plena a la comunidad a la persona acusada de un delito, reparar en todo lo posible el daño causado entre las partes, restablecer la paz y la armonía de la comunidad con todos sus miembros. Por lo que las autoridades indígenas deben aplicar normas y procedimientos acordes a sus comunidades y creencias, con el objetivo de dar una solución de sus conflictos internos y restituir la armonía comunitaria, siempre respetando que las decisiones tomadas no sean contrarias a los derechos humanos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, y siempre apegados a la Constitución.

Al proceso penal en Ecuador se lo considera como la organización y estructura completa de pasos los cuales se los debe cumplir de manera obligatoria para llegar a la culminación de un proceso jurídico. Por lo que tienen un carácter primordial como el estudio de una justa e imparcial administración de justicia, posee contenido técnico jurídico donde se determinan las reglas para poder llegar a la verdad discutida y dictar en derecho justo una

sentencia que se apega estrictamente a la ley, y de forma más específica como lo establece el Código Orgánico Integral Penal.

El estado ecuatoriano reconoce como garantía Constitucional, la seguridad jurídica, así también que las decisiones tomadas dentro de la jurisdicción indígena sean respetadas y validadas por las instituciones y autoridades ordinarias; pues dichas decisiones en la jurisdicción indígena también están sujetas al control de constitucionalidad, facultad de control constitucional que recae en la Corte Constitucional.

Se establece en la Constitución que la ley dispondrá y facilitará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria; sin embargo, es una deuda que la función legislativa ha dejado o ha omitido en el marco normativo del Ecuador, siendo que es necesario una ley que establezca los parámetros de cooperación entre la justicia ordinaria e indígena como ya existe en el país vecino del Perú.

Por lo que a falta de norma surge la disyuntiva en delitos contra la vida por una parte la Sentencia No 113-14-SEP-CC más conocida como la sentencia de la “Cocha II” y por otra parte la Sentencia No. 112-14-JH/21, que entran en contradicción con respecto a la competencia y jurisdicción de la justicia indígena cuando los procesados o imputados son pertenecientes a los pueblos indígenas y se ahonda más la discusión al tratarse de indígenas de pueblos de contacto inicial.



## JUSTIFICACIÓN

Hace más de 20 años en la Constitución ecuatoriana de 1998 que se reconoce la Justicia Indígena como un proceso judicial aceptado por el estado, además del reconocimiento en el año 2008 de un país pluricultural y plurinacional con los derechos que enmarcan estas denominaciones fue un gran paso en la palestra que se dio para el reconocimiento de la justicia indígena; sin embargo, la aplicación en el día a día de la justicia indígena, y de los diferentes Convenios y Tratados Internacionales, en leyes orgánicas u ordinarias no puede ser palpable en la realidad de las cárceles del país.

Por lo que es de gran trascendencia la difusión y comprensión por parte de los operadores de justicia, profesionales del derecho, quienes imparten la Justicia Indígena y todas las personas involucradas en el sistema judicial; sobre las garantías propias concebidas para los pueblos y nacionalidades indígenas que nacen de la Constitución de la República del Ecuador, y que por ende al no ser respetadas las mismas se estaría violentado su derecho. Partiendo de una violación a derecho a legítima defensa bajo su propia percepción, al igual que el principio de legalidad propia, y la supremacía constitucional todo esto traducido en irrespeto o violación al debido proceso, es por esto que con a presente investigación se aportara para la difusión como tal de los derechos de los miembros de pueblos y nacionalidades indígenas frente a un procesamiento penal ordinario.

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales emitido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989), Enumera varias peticiones que el Ecuador como país suscriptor en algunos casos han sido acogidas, ratificados y aplicados, sin embargo en otros de forma tácita el Ecuador no ha aplicado en su normativa legal, pese a que existe la sentencia por parte de la Corte Constitucional Ecuatoriana (N° 0731-10-EP-La Cocha), que dictamina que el convenio 169 es de cumplimiento obligatorio y de carácter vinculante para los juzgadores, por lo que el investigador expone el su interés dar a conocer a la comunidad jurídica, operadores de justicia y en especial los jueces penales además de jueces que conocen de acciones de protección como el habeas corpus, para que se apliquen las normas jurisprudenciales acorde a los derechos propios del indígena.

La importancia de profundizar el presente tema es que, en lo posible exista uniformidad de criterio al conocer causas que impliquen la privación de la libertad de una persona autoidentificada como indígena, más aún cuando se trata de la libertad de una persona que por sus características propias de indígena en reciente contacto no está en las condiciones para comprender lo que conlleva afrontar un procesamiento penal en la justicia ordinaria.

Tomando muy en cuenta que no se debe pretender confundir o diferencia a las personas indígenas como ciudadanos de primer o segundo orden en los que se puede aplicar “otra justicia”, que devengan en actos antijurídicos y lesivos que queden en la impunidad, utilizando la particularidad de la justicia indígena como excusa para no afrontar un proceso penal en el sistema ordinario.

La presente investigación resulta factible y viable pues se cuenta con una basta fuente de información como la propia Constitución de la República del Ecuador, el Convenio 169 de la OIT, normas y tratados internacionales, además de las sentencias y resoluciones

emitidas por las cortes nacionales e internacionales referentes al tema de derechos y garantías de los indígenas frente a los procesos judiciales. Por lo que, de acuerdo con las líneas de investigación proporcionadas por la Universidad de Otavalo, el presente artículo profesional de alto nivel se encuentra dentro de las siguientes líneas de investigación: *“Estudios relacionados con el ejercicio de la acción penal, así como de las actuaciones propias de la fase de investigación de los procesos penales, incluyendo el abordaje de los derechos del imputado en el proceso penal”* y *“Estudio de la teoría de las medidas preventivas y cautelares aplicadas en el proceso penal, abarcando aspectos relativos a las condiciones o presupuestos para que operen, así como los aspectos procedimentales, abarcando medidas de carácter personal o real.”*

## REVISIÓN LITERATURA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha descrito a los “*pueblos en aislamiento voluntario*” como grupos de personas que no mantienen contacto sostenido con la población no indígena, siendo su principal característica que suelen rehuir de todo tipo de contacto con personas externas, o que, habiendo tenido contacto con las sociedades no indígenas, han roto cualquier tipo de relaciones comunicacionales o territoriales para establecerse con dichas sociedades. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce las características culturales y diferencias sociales existentes en los pueblos en aislamiento voluntario en la plurinacionalidad, por lo que asume que el estado ecuatoriano es el encargado de garantizar las vidas de las personas en aislamiento voluntario; además de hacer respetar sus derechos a la autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento. Y en el mismo párrafo se establece que la violación de dichos derechos y garantías a los pueblos considerados como en aislamiento voluntario será considerada delito de etnocidio.

Sin embargo con el habeas corpus otorgado en el 2021 a favor de siete personas indígenas, pertenecientes a el pueblo Waorani procesados en 2013 por la muerte de un grupo familiar perteneciente a otro grupo indígena como son los Tagaeri Taromenane, conlleva un análisis desde el punto de vista constitucional, penal e intercultural. Poniendo en manifiesto el alcance de la objetividad y pertinencia de la aplicación de una medida cautelar, como es la prisión preventiva, en personas que se desarrollan en un entorno socioeducativo diferente, y debido a su “aislamiento voluntario” no están en las condiciones para interpretar su situación jurídica, por lo que, al privarlos de la libertad, como medida cautelar, se vulnera su derecho a la integridad personal y se actúa en contraposición del principio de no contacto.

### Prisión Preventiva

Según García Ramírez (1993), la aplicación de la privación de la libertad como una medida cautelar tiene su origen en la antigua roma y por si mismo la medida no constituía una pena, tan solo tenía como finalidad rendir la garantía de que la persona acusada de cometer un delito enfrentaría a la justicia, y que mejor garantía que la misma persona; además hay que recalcar que no se aplicaba en los delitos o quebrantos a la ley que no constituían una alarma social, o en delitos que no eran considerados como graves; también se denota un trato diferencial a las mujeres, pues se la reemplazaba con medidas alternativas a la misma prisión preventiva, como mandarlas a recluir en un monasterio o ponerlas bajo la custodia de otras mujeres que la vigilen.

Además, la privación de la libertad no es concebida como una sanción antigua, en el Derecho Romano la prisión preventiva no se estableció para castigar a los delincuentes, sino solo para custodiar a los procesados por un determinado tiempo que concluye cuando se dictara sentencia, así la denominada prisión preventiva se anticipó a la prisión, en sentido estricto es una prisión previa a la pena. (García Ramírez, 1993)

Comentado [U2]: Revisar y aplicar adecuadamente los signos de puntuación en todo el documento.

La prisión preventiva en Ecuador es una medida cautelar que es necesaria para asegurar la presencia del acusado en el proceso penal y para evitar que este huya o interfiera en la investigación. La prisión preventiva se aplica en casos en los que existen indicios de la comisión de un delito grave y se considera que existe un riesgo de fuga o de obstrucción a la justicia. Conforme se establece en el Código Orgánico Integral Penal, la prisión preventiva puede ser decretada por el juez durante la fase de investigación del proceso penal, a petición del fiscal o de oficio, cuando se cumplan ciertos requisitos.

Los requisitos establecidos por la Corte Nacional de Justicia (Resolución No.14-2021), para dictar la prisión preventiva son:

1. Debe existir una relación de cómo los hechos delictivos se ligan a la persona procesada se imputan, y deben ajustarse a una infracción tipificada como delito delicto de acción penal pública, además el tipo de delito debe ser sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.
2. Los elementos que son aportados por Fiscalía (que ejerce la acción penal pública) permiten de forma razonada, llegar a concluir que es muy probable, que la persona procesada funja como autor o cómplice del hecho imputado.  
Sin embargo, con la sola existencia de indicios de responsabilidad, no se constituye como una razón suficiente para que se ordene la prisión preventiva como medida cautelar.
3. Además, fiscalía debe justificarse que las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva no son suficientes para evitar; el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La duración de la prisión preventiva en Ecuador está limitada a un plazo máximo de 90 días durante la fase de investigación, que puede ser prorrogado por un máximo de otros 90 días si se justifica debidamente. Si después de este período la investigación no ha concluido, el juez debe revisar la situación del acusado y evaluar si se deben mantener las medidas cautelares o si se pueden modificar.

### **Autodeterminación de los pueblos indígenas**

Como primer punto hay que diferenciar a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario o mejor conocido como “no contactados”, que son pueblos o segmentos de población indígenas agrupados de forma autóctona, que no mantienen contacto alguno, ya sea de forma permanente o continua con la población aledaña no indígena, además que se ha evidenciado, que este grupo de personas suelen evitar y rehuir cualquier tipo de contacto con personas ajenas o extrañas a su comunidad. (CIDH, 2019); También pueden ser considerados dentro de esta denominación los pueblos o segmentos de población indígena, previamente contactados y que, tras un contacto intermitente frente a las sociedades no indígenas aledañas, por autodeterminación han vuelto a una suerte de aislamiento voluntario, y que han manifestado su voluntad de no contacto, rompiendo todo tipo de contacto que pudieran tener con sociedades externas. (CIDH, 2019).

La CIDH toma nota que el uso del término “voluntario” para calificar el aislamiento de estos pueblos indígenas, pero se ha cuestionado con el argumento de que minimiza el

hecho de que la decisión de permanecer en o volver al aislamiento, y más bien obedece a las presiones de la sociedad que rodea o se encuentra dentro de sus territorios ancestrales, y distándose del ejercicio libre de su voluntad. Este informe utiliza el término “voluntario” para realzar la importancia del derecho a la autodeterminación, ya que aun si la decisión de permanecer en aislamiento es una estrategia de supervivencia resultado en parte de presiones externas, ésta es una expresión de autonomía de estos pueblos en tanto sujetos de derecho, y como tal debe ser respetada.

Los pueblos indígenas en situación de “contacto inicial” se entiende por las comunidades o segmentos de pueblos indígenas que sostienen un contacto esporádico o intermitente con la población no indígena, por lo general referido a aquellos que han iniciado un proceso de contacto recientemente y frecuente. Además, se advierte que la denominación “inicial” no debe entenderse necesariamente como un término establecido en una línea de tiempo temporal y que puede ir cambiando en el transcurso del tiempo a razón de la permanencia y desarrollo del contacto, sino como referencial al tipo o grado de contacto e interacción con la sociedad mayoritaria no indígena.

Los pueblos indígenas en reciente contacto anteriormente fueron pueblos en aislamiento voluntario que, por alguna razón, voluntaria o no, entraron en contacto con miembros de la población envolvente, y aunque mantienen un cierto nivel de contacto, no conocen plenamente ni comparten los patrones y códigos de interrelación social de la población mayoritaria (ACNUDH, 2012). A criterio del investigador también se debe considerar a los grupos de indígenas que, sin entrar en ningún tipo de contacto con la sociedad no indígena, si mantienen un contacto son sus pares indígenas que están en contacto con la sociedad occidental, mismo que ejerce la función de filtro o escudo con la sociedad externa.

La CIDH entiende que el marco jurídico del Derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado por las sociedades occidentales contemporáneas, responde a conceptos que los pueblos indígenas en aislamiento ciertamente desconocen. No obstante, este marco de respeto a la vida, a la integridad y a las libertades fundamentales de todos los seres humanos es la mejor herramienta para proteger la manera en que estos pueblos expresan su humanidad.

La Comisión considera que, en el análisis de la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y de reciente contacto, es fundamental tener presente lo devastador que puede resultar para ellos la destrucción de un plantío, la contaminación de un río, la deforestación de un bosque, y otras afectaciones al entorno en el que habitan y del que dependen. En el Informe de 1993 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión Interamericana expresó que “desde el punto de vista de los derechos humanos en tanto propiedad de una persona, un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna”.

En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y reciente contacto, esta idea va inclusive más allá, ya que para ellos un plantío o una chacra puede representar la única fuente de sustento para varias familias. Por otra parte, es importante considerar lo que significa para estos pueblos el contacto. Como se mencionó anteriormente, muchos de los pueblos en aislamiento y sus antepasados han tenido algún tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo, y las experiencias del contacto, que por lo general han sido

negativas, informan su reacción al contacto y a menudo se transmiten en sus historias orales.

El contacto con extraños y personas no indígenas supone ante todo una afrenta a su cosmovisión, a su manera de entender e interpretar el mundo que los rodea. Cuando se da el contacto, se derrumba de modo irreversible todo un sistema de creencias, tradiciones y supuestos que daban por sentados, y en los que han basado su modo de vida y su cultura por varios cientos de años. Si el contacto se da en un contexto violento, como es frecuente, su mundo entero deja de tener sentido. Como se explica más adelante, esto ocasiona que dichas creencias y tradiciones se pierdan al ya no ser transmitidos a las generaciones más jóvenes, lo que puede implicar la desaparición de toda una cultura humana. (Humanos, 2007)

Comentado [U3]: REVISAR QUE EL INTERLINEADO SEA EL ADECUADO POR LA GUÍA METODOLÓGICA EN TODO EL DOCUMENTO.

El principio de no contacto y la autodeterminación según la CIDH considera que una de las premisas fundamentales de este informe, y del respeto a los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, es el respeto al no contacto y a su elección de permanecer en aislamiento. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha señalado al respecto que “se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área”.

Comentado [U4]: Revisar en todo el documento que la redacción sea adecuada.

Las distintas amenazas que atentan contra los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos. Las agresiones físicas directas, las incursiones a sus territorios con el objetivo de extraer recursos naturales, las epidemias, la escasez de alimentos, y la pérdida de su cultura, todas presuponen un contacto. Si se elimina el contacto no deseado, se eliminan la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de tales pueblos. Por lo tanto, en opinión de la Comisión, es fundamental que todo esfuerzo por afianzar este respeto se rijan fundamentalmente por el principio de no contacto, y de que el contacto se debe dar solamente si es propiciado por los pueblos en aislamiento. (James, 2013)

El principio de no contacto es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a la libre determinación. Una de las razones para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la diversidad cultural, y que la pérdida de su cultura es una pérdida para toda la humanidad. Como lo han señalado la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en otras oportunidades, los pueblos indígenas tienen derecho a su identidad cultural y a que los Estados les garanticen su derecho a vivir en sus territorios ancestrales para poder preservar dicha identidad.

La Comisión considera además que al evaluar la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y reciente contacto, se debe tener presente adicionalmente a la diversidad cultural que son titulares todos los derechos y libertades de los que gozan las personas no indígenas, así como de derechos individuales y colectivos a la libre autodeterminación. Para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, el derecho a la libre determinación tiene una relación directa y profunda con los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. (CIDH, 2005)

Por otra parte, la CIDH considera que se debe distinguir entre el aislamiento voluntario como estrategia de supervivencia de algunos pueblos o segmentos de pueblos indígenas, y el aislamiento como resultado de la exclusión y marginación social. En respuesta al Cuestionario de consulta circulado para la preparación de este Informe, se recibió información preocupante que indica que las comunidades indígenas en situación de “semi aislamiento, pues estas comunidades han sido desplazados por personas no indígenas vinculadas al comercio de madera, quienes les quemaron algunas de sus viviendas, y ambas comunidades “han entrado en decadencia debido a la presión que ejercen grupos de pequeños parceleros agrícolas y por maderos”.

El estado ecuatoriano, aprobó el día 14 de abril de 1998 el convenio 169, la resolución se publicó con el número 304 del Registro oficial correspondiente al día 24 del mismo mes y del mismo año, la ratificación fue comunicada a la OIT mediante nota realizada el 15 de mayo de 1998, este instrumento tiene carácter de norma internacional y reconoce importantes derechos y obligaciones a favor de los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT., 1998, p. 50) sobre los pueblos Indígenas en aislamiento y comunidades Tribales forma parte del ordenamiento jurídico normativo ecuatoriano, donde se encuentra reconocida los derechos a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales . Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas ancestrales o parte de ella en la actualidad. En este convenio se garantiza la potestad de las comunidades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales, así como la posibilidad que ostentan las autoridades de la justicia ordinaria de imponer sanciones propias de su cultura, sin que se aplique la privación de libertad a personas a pueblos indígenas. (OIT, 1989)

### **La Privación de libertad de personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas.**

El Autor Román Márquez en su investigación sobre la privación de la libertad en personas indígenas en su obra “La Libertad Personal y la Pena Privativa de la Libertad desde la Interculturalidad” Hace la siguiente reflexión de la contraposición ideológica y de percepción con respecto a la privación de la libertad de una persona: El objetivo de la pena privativa de libertad en la justicia ordinaria, es que se persigue el interés del concepto de que se cumpla una pena, como es la permanencia de la persona infractora en una cárcel por un determinado tiempo.

Por el contrario, la pena o sanción para las personas indígenas se analiza de forma antropológica y sociológica; desde su percepción-comprensión andina o indígena, denominado “cosmovisión” el significado de la pena y el conflicto que existe con el mismo. Y tras el análisis de varios tratadistas del derecho indígena, Román concluye que la pena privativa de la libertad en la filosofía indígena no tiene aceptación cultural bajo su cosmovisión; Basándose del hecho que la concepción de los derechos para la cultura indígena es de forma colectiva y cada uno de sus miembros forman parte de la colectividad, vida comunal y cultural, por lo que se hace inaceptable una pena de forma individual. Por cuanto para la aplicación de una pena, se toma en cuenta también las

repercusiones para los miembros del núcleo familiar. Es así que el separar a un miembro de la comunidad, como una posible pena es perjudicial para la misma comunidad, peor aún aislarlo y suspender sus actividades en la vida comunitaria, sería romper la armonía de la comunidad y traería más perjuicios al resto de los miembros de la comunidad; y de forma individual es un castigo que no está concebido y su autopercepción de aislarlo de la comunidad va más allá de su comprensión.

En el mismo sentido la Sentencia de la Corte Constitucional CASO No. 112-14-JH, hace referencia a que la prisión por parte de los indígenas en contacto inicial es concebida como *“cárcel es un lugar donde se muere, ellos piensan que al entrar se muere”* (párrafo 110) (2021) es decir para su concepción, el permanecer en la cárcel es ya se percibe para el individuo como una muerte, pues no pueden tener una vida como la conocen *“encerrados”*.

Entonces el estar en encerrado en una prisión entra en contradicción con sus costumbres de libre movilidad en la naturaleza; por lo que al estar privados de la libertad existe la preocupación por la degradación psicológica y física, pues afecta a la persona que se encuentra privada de su libertad, y dentro del desenvolvimiento en la comunidad. Por otra parte, para la comunidad es importante que sus integrantes realicen sus actividades individuales de forma activa, para contribuir al bienestar común de todos sus miembros, de tal modo que, de aplicarse algún tipo de sanción para alguno de los miembros de la comunidad según sus costumbres y cultura, las sanciones son comprendidas como la intensificación de sus actividades y labores para beneficio de la comunidad.

Por lo que la Corte Constitucional del Ecuador (2021) establece que *“La privación de libertad se percibe en los pueblos indígenas como una forma de inactividad que no corrige, sino que los hace proclives a adoptar hábitos que no son propios de su cultura y que van en detrimento de sus valores propios demás que esta percepción varíe en función de la diferencia generacional y el grado de contacto con la sociedad mestiza occidental.”* (2021). Es decir que además de que la inactividad de uno de sus miembros no está concebida como una sanción, la inactividad en un centro de privación de libertad propicia la adquisición de hábitos o vicios perjudiciales para su salud individual, y posteriormente puede perjudicar a los demás miembros de su comunidad en un retorno futuro.

La Corte Constitucional en la mencionada sentencia hace un aporte trascendental, para la comprensión de las diferentes formas de vida comunitaria y sus diferentes culturas, es así como se identifican diferencias generacionales entre las personas indígenas: *“las nuevas generaciones”* de los grupos indígenas, que por la propia interacción con la sociedad mestiza u occidental, ya tienen un grado de conocimiento de las normas de la sociedad occidental e inclusive tienen formación académica, sin embargo a pesar de poseer dichas características y cualidades, no excluyen a los miembros en su condición de pueblo indígena; *“contacto inicial”* que para sus miembros en general la percepción de privación de libertad esta diferenciada y es contraria a sus costumbres, sin embargo también son conscientes las consecuencias jurídicas que pueden desencadenarse por el cometimiento de un acto contrario a las normas ordinarias.

Pero en el caso concreto de los miembros de nacionalidad Waorani (población indígena en contacto con la sociedad occidental), principalmente para quienes forman parte de las generaciones más antiguas conocidos como los *“abuelos o ancianos”* quienes se han visto



obligados a tener algún tipo de interacción con la sociedad occidental, pero su modo de vida se desarrolla en la comunidad indígena ubicada en un espacio geográfico remoto: para quienes el encarcelamiento de uno de sus integrantes puede ser considerada como una agresión, amenaza o puesta en riesgo para la comunidad, y se percibe que proveniente de personas ajenas y extrañas ( señalados por las comunidades indígenas como “*cowurĩ*” o personas occidentales).

Y ante una amenaza latente la forma de reaccionar de la comunidad es activar código guerrero, con el objetivo de cobrar venganza para su liberación, es así como los pueblos en aislamiento han sobrevivido a través de los años en grupos pequeños, con acciones que podrían estar dirigidas a cualquier persona que es identificada por parte del grupo como parte de la amenaza, que como ya se ha indicado en líneas anteriores, las generaciones más antiguas o denominados “abuelos” tienen una escasa comprensión del sistema jurídico ordinario, encontrándose esta acción en una clara acción de error de prohibición contemplada y establecida en el artículo 35 .1 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, 2014), lo cual y a criterio del investigador se debería tomar en cuenta como causal de inculpabilidad.

El error de prohibición es una figura jurídica que se presenta cuando una persona comete un delito sin conocer que su acción era ilegal, se puede utilizar para absolver a una persona que actuó sin saber que su conducta era ilícita. En el caso de las personas indígenas, es importante tener en cuenta que sus prácticas culturales y formas de vida pueden ser diferentes a las del resto de la sociedad y, en algunos casos, pueden no estar contempladas en la ley ordinaria, pero si en sus costumbres como se señala en el caso descrito un “código guerrero”.

Por lo tanto, si una persona indígena comete un delito sin saber que su acción era ilegal así como demostrar que realmente desconocía que su conducta era ilícita debido a una diferencia cultural, y que actuó de buena fe; debido a que su práctica cultural o forma de vida no estaba contemplada como una falta, y en el caso del Pueblo Waorani era incluso hasta una responsabilidad que tenían que asumir los varones, por lo que a la luz de lo descrito el investigador considera pertinente la pregunta ¿Se puede alegar un error de prohibición, para la defensa de una persona indígena en la justicia ordinaria?. Es claro que en delitos contra la vida no cabe una sujeción a error de prohibición, pues sería una utopía que no es merecedora de análisis.

Es necesario mencionar que la interrelación derecho propio de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, no son homogéneas ni entre las diferentes formas de aplicación de justicias indígenas, pues responden en cada caso a procesos sociales e históricos de cada comunidad. Y frente al sistema jurídico ordinario se distan mucho en criterios y perspectivas, por lo que, si bien la privación de la libertad es una medida prevista por la normativa penal en el sistema jurídico ordinario y es de común aplicación en el sistema judicial occidental; en el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta no siempre es comprendida, interpretada o asumida por sus miembros como una respuesta adecuada para la infracción, peor como la consecuencia lógica que conlleva el cometer una infracción de una norma previamente establecida.

La Dra. Nina Pacari (2009) sobre 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”*, esta definición forma parte de los

principios con perspectiva intercultural junto con la continuidad histórica de la cosmovisión andina, la diversidad cultural y la interculturalidad.

La privación de libertad es ajena al derecho propio de la cultura indígena por lo mismo no se contempla en su justicia, el uso de la privación de la libertad sobre sus miembros genera repercusiones individuales y colectivas que afectan a toda la comunidad, además pueden llegar a contradecir los mismos objetivos planteados por el sistema judicial ordinario, ya que se agudiza la conflictividad de las comunidades y se pone en riesgo a todos los miembros de las comunidades aledañas. Por lo tanto, la Corte Constitucional con base en los parámetros constitucionales e instrumentos internacionales revisados, concluye que en el caso de pueblos indígenas de reciente contacto, no cabe la prisión preventiva; y en las personas indígenas en contacto, la excepcionalidad de la medida privativa de libertad es una garantía básica.

Una cosa es el delito desde el punto de vista de la justicia ordinaria y de la misma forma para los operadores de justicia, por lo que queda pendiente un segundo espacio para formular alternativas en clave intercultural de la justicia indígena por lo que el Autor guerrero pone como ejemplo un caso de abigeato ocurrido en una comunidad de Saraguro ya que desde el punto de vista ordinario es un acto lesivo que debe ser penado, pero para los indígenas es un acto que desestabiliza la armonía de la comuna. Y concluye que la decisión en la justicia indígena es tomada por la comunidad que participa en la asamblea frente a lo que sucede en la justicia ordinaria, en la que el juez o tribunal decide, sin tomar en cuenta cómo afecta a la comunidad y su entorno esta sentencia, (Guerrero, 2016) pues para la comunidad la verdadera justicia se acerca a lo que en occidente se conoce como la justicia restaurativa, que tiene como objetivo resarcir a la víctima y generar un arrepentimiento verdadero del delincuente.

Con la jurisdicción indígena se viabiliza que las comunidades, organizaciones y sus órganos de gobierno comunitario, ejerzan el derecho propio para resolver todo tipo de problemas individuales y colectivos. Para esto, los profesionales del derecho, fiscales, jueces, abogados, policías y los demás operadores de justicia de la jurisdicción ordinaria, deben tener, en el marco de una política del sector justicia, un programa de capacitación continua sobre derechos y administración de justicia indígena, encaminada a facilitar la aplicación de la jurisdicción indígena y a fortalecer a las comunidades kichwas de los pueblos, el principio de interculturalidad es el fundamento para que los operadores de justicia en todo proceso que esté inmerso un indígena se realice un debido proceso respetando todos sus derechos y garantías. (Atupaña, 2017)

Para Calero (2017) en su trabajo de investigación titulado: El principio de interculturalidad en las sentencias en contra de los indígenas, la legítima defensa y la seguridad jurídica, investiga la falta de aplicación del principio de interculturalidad en las sentencias en contra de los indígenas, como esto incide en su derecho a la legítima defensa y como se violenta la seguridad jurídica. Para esto utiliza la modalidad investigativa cualitativa y cuantitativa por que busca explicar y demostrar las diversas falencias que existen en el desarrollo de la norma de la Constitución de la República del Ecuador, también examina los datos de manera científica, tiene como línea de investigación retos, perspectivas y perfeccionamiento de las ciencias jurídicas en el Ecuador; y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, presupuestos históricos, teóricos, filosóficos y constitucionales.

Comentado [U5]: REVISAR EN TODO EL DOCUMENTO EL INTERLINEADO CORRESPONDIENTE AL ARTÍCULO DE ALTO NIVEL.

Por lo que el autor Calero plasma que “ *se evidencia lo importante de la aplicación del principio de interculturalidad cuando las personas que pertenecen a una nacionalidad indígena se encuentren inmersas en un proceso penal, garantizando así el derecho a la legítima defensa y la seguridad jurídica, concluye además que al no aplicar este principio se violentaría no solo la norma orgánica penal sino también la norma constitucional*”

Resulta imperativo contar con una estrategia permanente de formación de jueces y magistrados en jurisdicción indígena. Se requiere igualmente mantener un diálogo intercultural permanente entre funcionarios estatales y autoridades indígenas. Cada vez que un juez llegue a una zona de jurisdicción compartida, debe tener un curso de inducción y actualización. Las experiencias de coordinación deben ser visibles y de conocimiento público, por lo que resulta conveniente contar con una página Web o un enlace en la página de la Rama Judicial que verse sobre esta materia. (Rosembert, 2010)

De la perspectiva de la justicia ordinaria, las autoridades indígenas se han considerado sólo como elementos auxiliares para el cumplimiento de las resoluciones judiciales o policiales. No existe una acción institucional en la jurisdicción ordinaria que se abra al diálogo intercultural con la jurisdicción indígena originaria campesina. Los intentos de coordinación realizados por algunos operadores de justicia han tenido un carácter más bien individual. (Segarra Coello, 2019)

Por otro lado las condiciones de una persona privada de la libertad que pertenece a pueblos y nacionalidades indígenas, en efecto, los parámetros establecidos en la sentencia de la Corte Constitucional CASO No. 112-14-JH, (2021) es la correcta aplicación de medidas establecidas en la justicia transicional, antes mencionada, que debe ser vista como un paso en la gestación de la cooperación y coordinación de una verdadera justicia intercultural y plurinacional, en la cual tenga lugar la permanente intercomunicación en condiciones de igualdad, para con las autoridades indígenas y estatales, a efectos de respetar y desarrollar la diversidad cultural que la Constitución protege, y que es inherente al Estado plurinacional e intercultural. Por lo que la interpretación intercultural es fundamental para alcanzar una justicia plena intercultural, al tiempo que se constituye como un resultado de la justicia nacional.

La diversidad cultural y de interpretación de la justicia indígena por parte del estado se plasma en virtud de los principios y garantías constitucionales de interculturalidad y plurinacionalidad que por ley e obliga la justicia a adoptar, debiendo ser impulsado por el mismo estado con políticas públicas específicas que respondan a la realidad social de los pueblos indígenas.

Las políticas públicas en Ecuador establecen que el sistema penitenciario se denomine sistema de rehabilitación social lamentablemente, la rehabilitación social solo está en el nombre pues actualmente el sistema penitenciario no es un ente que garantice la integridad de los PPL peor aún se puede establecer una rehabilitación. Es en esas condiciones que 633 PPL pertenecientes a pueblos indígenas en el año 2021, se encontraban privados de la libertad sin garantías de que se respete su autodeterminación.

El SNAI cuenta con información estadística clara sobre las personas indígenas que se encuentran en los centros de privación de libertad, sin embargo, no ha implementado políticas que, con base en los parámetros de esta sentencia, posibiliten de manera progresiva la adaptabilidad cultural de dichos centros para las personas indígenas. Esto

se enmarca en la obligatoriedad de incorporar enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad.

Las políticas públicas que son destinadas para asegurar la adaptabilidad en los diferentes centros de privación de libertad deben afianzarse en casos de personas indígenas de contacto inicial, para atender los parámetros de la sentencia No. 207-11-JH/20 en relación con la protección de la integridad personal y la autodeterminación desde un enfoque intercultural. Pues la formulación, propuesta, implementación y aplicación de las políticas públicas deben tomar en cuenta las características antropológicas específicas para las personas indígenas de contacto inicial, además de realizarse en diálogo y coordinación permanente entre las autoridades ordinarias con las autoridades indígenas.

### **Perspectiva intercultural de la privación de la libertad**

La privación de la libertad, de por sí, es un tema de debate continuo a nivel académico, jurídico y doctrinal, más aún desde una perspectiva intercultural. Pues, se deben considerar las diferencias culturales en la forma en que se comprende y se trata este tema en distintas sociedades, culturas y pueblos. Como se mencionó en líneas anteriores en algunas culturas la privación de la libertad puede ser vista como una forma efectiva de castigo para ciertos delitos como es en la sociedad occidental es así como se ha aplicado en la justicia ordinaria, mientras que en otras se puede considerar como una medida extrema, negativa y perjudicial que debe ser evitada en la medida de lo posible.

Además, existen diferencias en la forma en que se lleva a cabo la privación de la libertad, como la duración de las penas, el tratamiento a los reclusos, y las oportunidades de reinserción en la sociedad. Siendo que los centros de privación de la libertad a nivel latinoamericano están en permanente crisis, más aún en Ecuador pues se ha identificado ausencia de control efectivo por parte del estado, que da como resultado un autogobierno dentro de las cárceles, desencadenando violencia intracarcelaria que pone en riesgo la vida de los privados de la libertad. (CIDH, 2022, p. 31). Por lo que la percepción de los centros de privación de libertad para personas no indígenas, es desfavorable.

Es importante reconocer que, en muchas culturas, la privación de la libertad no sólo afecta al individuo que está siendo encarcelado, sino también a su familia y comunidad. Esto puede tener un impacto significativo en la forma en que se percibe la privación de la libertad en diferentes culturas. La perspectiva intercultural de la privación de la libertad reconoce las diferencias culturales en la forma en que se entiende y se trata este tema en distintas sociedades. Esto implica la necesidad de considerar las prácticas y valores culturales locales para encontrar soluciones efectivas y justas para la privación de la libertad en todo el mundo.

Sobre la legalidad de la orden de prisión preventiva en personas indígenas, la Corte Constitucional, en la sentencia No. 207-11-JH/20, (Hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes, 22) estableció que la privación ilegal de la libertad ocurre cuando: “es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico”. Entonces se interpreta que cuando la privación de la libertad cumple con las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y la ley, como lo establece el artículo 77, numeral 1 de la Constitución, la prisión preventiva no tiene como fin ser una medida de protección en favor de la víctima, del proceso penal. Sino que busca, “garantizar la comparecencia de la persona procesada

o acusada al proceso penal, el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y el cumplimiento de la pena”.

Con el mismo enfoque, el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la época, preveía como fines de esta medida cautelar, “la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena”. Y en ningún caso, la orden de prisión preventiva puede aplicarse o interpretarse como una medida de protección en favor de los pueblos en aislamiento voluntario; y como forma de supuestamente evitar mayores niveles de violencia y conflicto en la zona de conflicto a la que pertenecen las comunidades. Lamentablemente frente a la falta de acciones estatales para garantizar la autodeterminación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario se ha traducido en un abandono total, desencadenando enfrentamientos entre las comunidades en condición de aislamiento, hecho que como ejemplo se plasma en el caso No. 112-14-JH.

### **Integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas**

La orden de prisión preventiva para una persona indígena, presupone una restricción a la libertad ambulatoria de los miembros de pueblos en aislamiento voluntario; consecuentemente para el individuo encarcelado implica la imposibilidad de participar y beneficiarse de la vida comunitaria, además de estar impedido de acceder a su territorio ancestral en el que habitan las comunidades en aislamiento, generando una suerte que se percibe por parte de estas personas como secuestro. Transgrediendo el respeto a la intercultural de los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, que está ligado al del derecho a la integridad persona, en la dimensión personal de la individualidad.

Al estar en encarcelamiento afectan sus derechos más vitales para su existencia y desarrollo personal dentro de su propia cultura, su autodeterminación y repercutiendo significativamente en su integridad personal. La articulación de pertenencia desde lo individual a lo colectivo se observa cuando los individuos que se desenvuelven en una comunidad, son separados de su territorio ancestral; territorio o espacio ancestral que constituye el espacio geográfico en el cual se desarrollan las actividades que reproducen su cultura y aseguran su existencia, permitiéndoles obtener los beneficios que el territorio les provee, tales como alimentos, plantas medicinales y agua, en una estrecha interrelación con el ecosistema.

Si los individuos de las comunidades reconocidas como pueblos en aislamiento voluntario son separados de su territorio por una orden de prisión preventiva, de forma radical son privados del acceso a los elementos básicos que son necesarios para su vida; y a la relación simbólica que es gravitante en su existencia acorde a su cultura. Entrando en contraposición con la garantía constitucional de los pueblos en aislamiento voluntario, que establece que es responsabilidad del estado hacer respetar la autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, rompiendo así la garantía desde el mismo estado.

La privación de la libertad para la dimensión colectiva de las comunidades indígenas significa la pérdida de sus integrantes, pues cada integrante cumple con las funciones sociales asignadas para el sostenimiento grupal, y desarrollo comunitario. Consecuentemente perjudica a sus familiares más cercanos como son las esposas, hijos así también a otros familiares quienes dependen de los hombres, entendiéndose que en la cultura Waorani protegen y proveen sustento a la familia. En ese sentido, la privación de

libertad genera sufrimiento a las familias, pues genera una percepción de desprotección a los hijos, debido a la ausencia y la incomunicación pues las condiciones de los centros de privación de libertad no son propicias para fomentar la relación familiar a miembros de comunidades en contacto inicial.

## **6.- METODOLOGÍA**

La presente investigación se desarrolla desde un enfoque de tipo teórico dogmático basado en la legislación y la doctrina como fuentes de derecho pues se toma como referencia las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador así como los manifestos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; no experimental pues por su naturaleza social jurídico no es materia experimental; observacional por la revisión bibliográfica documental recabada para soporte y argumentación de las concepciones de tratadistas de la materia, juristas y jurisprudencia aplicable en la materia a estudiar; de corte transversal pues la recolección de información para el trabajo investigativo es en un solo momento, datos que se recopilan en una línea del tiempo determinada que es los años 2021-2022.

La información por sus características es de carácter cualitativa, que describe solo cualidades mas no cantidades, por las características propias de la información socio-humanística; el enfoque de la investigación es comparativo entre las diferentes normas e instrumentos jurídicos nacionales e internacionales; descriptivo pues se indaga en las causas, efectos y el impacto que este produce en la sociedad, que permite conocer las características que producen el problema y analítico jurídico con respecto a las normas legales de estudio en presente artículo de investigación; explicativo puesto que esta pretende establecer las causas y efectos ocupándose de la comprensión de un fenómeno y trata de buscar una explicación jurídica.

## 7.- Presentación y discusión de los resultados

A) La prisión preventiva constituye una medida de última ratio, mismo criterio esta ratificado por la Corte Constitucional en varias sentencias, y de forma excepcional se debería aplicar a personas pertenecientes a pueblos indígenas para lo cual se deben observar las siguientes reglas por parte del Juez penal.

1) **“Diálogo intercultural en coordinación con las autoridades indígenas”;**

Es necesario el acercamiento con las autoridades indígenas reconocidas por el presunto infractor, pues el ente de autoridad que percibe el procesado es su autoridad comunitaria que se proclama en base a sus costumbres y creencias. además al existir el diálogo intercultural las autoridades de la justicia ordinaria también pueden percibir la cosmovisión del presunto infractor comprendiendo así la pertinencia de la prisión preventiva para la persona procesada auto identificada como indígena. con lo que el juzgador se puede ilustrar acerca de el modus vivendi del presunto infractor además de las condiciones en las que se desarrolló la presunta infracción.

Un beneficio adicional que el investigador denota del acercamiento con las autoridades indígenas, es la garantía que brinda la comunidad para la comparecencia del procesado a un juicio de ser necesario, misma garantía que se atribuyen las autoridades indígenas con su comunidad.

Sin embargo también de existir una conducta reiterativa por parte del procesado, y la misma comunidad indígena es conocedora de la actitud del procesado; la autoridad indígena está en la potestad de inhibirse de conocer o asumir con la responsabilidad del procesado, entregando la total competencia de procesar al infractor a la justicia ordinaria. Son casos muy específicos en los que las autoridades indígenas declinan sus competencias con respecto a uno de sus miembros, pues para hacerlo como primer punto la comunidad debe expulsar a la persona procesada de su comunidad.

2) **“Análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva en cooperación con las autoridades indígenas, identificando las razones por las cuales no se aplican las medidas alternativas”;** en el caso de la aplicación de alternativas a la prisión preventiva con las autoridades indígenas, son las mismas autoridades indígenas quienes proponen a los juzgadores de la justicia ordinaria, las medidas que a su criterio pueden aplicarse al procesado. Claro está que dichas medidas alternativas a la prisión preventiva deben ser concordantes con un criterio de seguridad, para la comparecencia a juicio de ser necesario.

Es menester señalar que en el caso de no aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, tanto la autoridad indígena como la autoridad judicial ordinaria deben de fundamentar su decisión, yasea porque existencia de grave riesgo de que se vuelva a repetir la infracción.



- 3) **“La carga argumentativa de la justificación de la prisión preventiva, teniendo en cuenta las características antropológicas propias a la pertenencia de los procesados a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena de reciente contacto”**. La carga argumentativa en el caso de dictarse la prisión preventiva debe ser concordante con la característica antropológica del procesado, pues como se señalara existen diferentes tipos o grados de contacto con la población indígena, a pesar de que exista un tipo de contacto muy cercano con la población indígena cómo es personas educadas e incluso profesionales pertenecientes a un pueblo o comunidad indígena, la OIT señala en su convenio 169 que siempre se deben respetar y hacer prevalecer las costumbres de las que proviene la persona.

A pesar de que la corte constitucional ha establecido que para las personas privadas de la libertad auto identificadas como indígenas, se debe considerar un centro de privación de la libertad que respete sus costumbres propias en el sentido de comida, vestimenta y actividades dentro del centro de privación; a la actualidad no existe un solo centro de privación de la libertad en el Ecuador que cumpla con estas características pues los centros de privación de la libertad son diseñados para personas no indígenas.

- B)** Para mejor ilustración y comprensión el autor identifica las divisiones debido al nivel de contacto de las personas indígenas con la sociedad occidental, cabe mencionar que esta división es con finalidades académicas y didácticas, por lo que no constituye de ninguna manera una diferenciación de grupos étnicos; es de exclusiva responsabilidad del autor en base a la interpretación y criterio propio del investigador para plasmar las discusiones de los resultados de la Sentencia CASO No. 112-14-JH :

**1) Primer nivel**

Personas indígenas que no mantienen ningún tipo de contacto, con la sociedad occidental identificados según la CIDH como en “Aislamiento Voluntario”; para quienes no cabe bajo ningún concepto dictar una medida cautelar de privación de la libertad. Pues una medida cautelar de esta magnitud, rompería el “no contacto” y trasgrediera su derecho a su autodeterminación y el mismo estado violentaría el derecho a la protección del que se encuentra investido este grupo de personas.

**2) Segundo nivel**

Personas indígenas que mantienen algún tipo de contacto, con las comunidades indígenas aledañas identificados según la CIDH como en “Contacto inicial”, para quienes tampoco cabe dictar una medida cautelar de privación de la libertad, sin embargo, se debe observar los lineamientos emitidos por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 112-14-JH para garantizar su autodeterminación y sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución.

**3) Tercer nivel**

Personas indígenas que mantienen contacto permanente y se desenvuelven el sistema occidental, adicional, el investigador identifica subniveles generacionales adicionales.

- i. Los denominados “abuelos” quienes se vieron obligados a convivir en un entorno occidental pero no hablan ni entienden el español, por lo que se les puede volver a ubicar el Segundo nivel descrito anteriormente.
- ii. Los denominados “Padres” quienes se conviven bajo el sistema occidental y tuvieron que adaptarse al mismo; hablan el español, y se les puede volver a ubicar el Segundo nivel descrito con anterioridad, pese a que pueden comprender ciertas normas jurídicas.
- iii. Los “Nietos” quienes se conviven y se desarrollan bajo el sistema occidental y hablan el español e incluso recibieron formación académica, quienes conocen sobre las consecuencias de trasgredir una norma comprenden y en muchos casos exigen sus derechos facultados. Por lo cual para ellos por sus orígenes se debe observar los lineamientos emitidos por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 112-14-JH para garantizar su autodeterminación; sin embargo, en el caso muy particular de incumplimiento a una de las medidas alternativas a la prisión preventiva para garantizar su comparecencia a juicio, puede caber y de acuerdo a las circunstancias la prisión preventiva.

## 8.- Conclusiones

Actualmente existe la necesidad imperativa de regular la aplicación de la justicia indígena en la legislación ecuatoriana dentro de un proceso penal con el fin de lograr un respeto pleno los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con la aplicación de instrumentos internacionales debidamente firmados y ratificados por nuestro país. Por lo que es necesario que se implemente una Ley de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Ordinaria, como ya se aplica en Perú, la ley que fue propuesta el año 2012 pero lamentablemente no tuvo mayor acogida por el legislativo (Veintimilla, 2012).

La Justicia Indígena es un elemento histórico, cultural y legal reconocido debida y formalmente por nuestro país que repercute en el mantenimiento, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, sus sanciones están reconocidas por nuestra legislación vigente, tomando como referencia el respeto a la vida por sobre cualquier tipo de sanción emitida por la autoridad ancestral dentro de su territorio

Los principios que rigen el Derecho Indígena no son equivalentes a las garantías procesales brindadas por la justicia ordinaria, además se considera que no es necesario establecer diferencia alguna entre los delitos juzgados por la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria simplemente se debería emitir sanciones respetando los derechos colectivos de las comunidades ancestrales de nuestro país para que de esta forma se respete los derechos Constitucionales de nuestros pueblos indígenas.

La privación de libertad se percibe en los pueblos indígenas como una forma de inactividad y exclusión del individuo, situación que no corrige al individuo, sino que los genera una situación propicia para adoptar hábitos que no son propios de su cultura, y al contrario que van en desvalorizando su derecho a la autodeterminación y a su identidad cultural, juntamente con sus valores propios. La percepción y el grado de afectación del encarcelamiento varía en función de los niveles de contacto y la diferencia generacional de los pueblos y comunidades indígenas.

Es necesario un modelo de justicia que permita la cooperación y coordinación entre la justicia ordinaria e indígena a fin superar los conflictos y no profundizar en ellos. La aplicación y rescate de medidas de justicias indígenas ancestrales tradicionales, tales como: la búsqueda continua de la verdad; la reconstrucción de la narrativa histórica ancestral; la revaloración de la justicia indígena como método de solución de conflictos valido; la restitución de la armonía comunitaria; la conmemoración de la cultura y costumbres tradicionales propias de los pueblos; las disculpas hacia la comunidad; la reparación de la armonía comunitaria;, entre otras, puede traer múltiples beneficios si se aplica a los conflictos y discrepancias generadas entre la justicia ordinaria e indígena.

Se puede aportar a la justicia occidental en el sentido que no se saca nada con excluir a otro ser humano. Adicional el investigador se atreve a mencionar que en la justicia ordinaria u occidental recién empiezan a darse los primeros pasos para fomentar una justicia colectiva. Un ejemplo de ello es “la justicia restaurativa” que a diferencia de la justicia retributiva que considera el delito como una violación de la ley, considera el delito como una violación de relaciones, donde el responsable debe ofrecer una reparación, como una oportunidad de reestablecer vínculos sociales, dando, además, protagonismo a un conjunto de actores como la víctima y la comunidad, generalmente excluidas de los

sistemas judiciales. El enfoque restaurativo, así como lo podemos ver en países que lo aplican en sus prácticas de justicia, lejos de significar impunidad para procesado, implica en realidad la Responsabilidad, la Reparación del daño, y la Reinserción (las tres R de la justicia restaurativa).

Tanto de la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, como de la aplicación de la justicia restaurativa en los países que lo aplican, existen distintas experiencias han demostrado mejores resultados en termino de reinserción, una baja tasa de reincidencia, y una mayor satisfacción de las personas afectadas y de la comunidad en general, contribuyendo de esta manera a una mejor convivencia comunitaria.

## 9.- BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH. (2012). Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.
- Atupaña, N. (2017). Manual de Estado y Cosmovisión. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.
- Ávila, M. P. (2013). El derecho penal Indígena entre la diversidad. American University International Law Review.
- Caro, D. (2018). Garantías constitucionales del derecho penal. México: UNAM.
- Castillo, A. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. Santiago de Chile: Revista de Derecho (Valdivia).
- CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (1994). La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes.
- CIDH. (2005). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. CIDH.
- CIDH. (2019). Sobre el término “pueblo indígena”. OEA service.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario, contacto inicial en América. Washington: CIDH .
- Donna, E. (1995). Teoría del delito y la pena. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Ecuador, A. N. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial.
- Fakhouri. (2019). Teoría del dolo vs. Teoría de la culpabilidad. Revista para el Análisis del Derecho.
- García Ramírez, S. (1993). Proceso penal y derechos humanos. México D.F.: Porrúa.
- Guerrero, J. (2016). Aproximación intercultural del “Delito” y su tratamiento. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes, No. 207-11-JH/20 (La Corte Constitucional del Ecuador 2020 de julio de 22).
- Heinrich, H. (2014). Tratado de Derecho Penal. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Humanos, C. d. (2007). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. CIDH.
- James, A. (2013). Ecuador: experto de la ONU pide el fin de la violencia entre indígenas Tagaeri-Taromenane y Waorani. CIDH.
- La Corte Constitucional revisa la sentencia de hábeas corpus presentado en favor de personas indígenas de la nacionalidad Waorani privadas de libertad, que fue negado por la Corte Provincial de Justicia de Orellana. A partir del análisis de esta sentencia, No. 112-14-JH (Corte Constitucional 21 de 07 de 2021).
- Corte Nacional de Justicia (Resolución No.14-2021),
- Magrini, A. (2020). Protestas sociales y cuestión social en América Latina contemporánea | REVISTA TEMAS SOCIOLÓGICOS(27), 275-308.
- OIT. (1989). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo. Lima: OIT Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

- Román, A. (2012). La libertad personal y la pena privativa de la libertad desde la interculturalidad: una aproximación a los fines de la pena desde la interculturalidad. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Rosembert, A. S. (2010). Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. Bogotá: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Salazar, D. (2019). Cuando la Justicia no Permite la Paz” en: Los Desafíos Constitucionales de la Democracia Social. Teoría Constitucional y Política SELA. Librería.
- Segarra Coello, E. X. (2019). Plurinacionalidad y Derecho Indígena en el Ecuador. Caso de la Nacionalidad Achua. Cuenca: Universidad del Azuay.
- SNAI. (2021). Informe de reposte carcelario por etnias Remitido a la CCE. Quito.
- Torre, C. d., & Guillermo. (2013). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta.

#### Fuentes Jurídicas

- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Garantías Constitucionales, cap. V, Funciones de transparencia y control social tít. III, 20 de Octubre del 2008.
- ONU Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III) Art. 19.