

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<sup>1</sup>.

### **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:

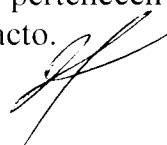
1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

---

<sup>1</sup> “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...”.

### 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 aislamiento 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 encontrarse 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 produjeran 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.



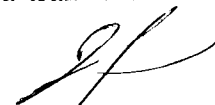
### **Naturaleza y alcance de la consulta de norma dentro de un caso concreto**

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 I 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”<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. 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.

<sup>2</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-13-SCN-CC, caso N.º 0535-12-CN.

<sup>3</sup> “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.

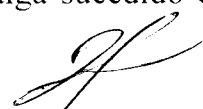
Cabe destacar que a través de este ejercicio hermenéutico la Corte Constitucional realizará una interpretación constitucional de los efectos constitucionales que genera una norma jurídica, mas no respecto a una interpretación infraconstitucional, lo cual es competencia de la jurisdicción ordinaria. De 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<sup>4</sup>.

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

---

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>.

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

---

<sup>5</sup> 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"<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup> 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

<sup>6</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

<sup>7</sup> 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 aborígen 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<sup>8</sup>) y *del ius cogens* internacional<sup>9</sup>, 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<sup>10</sup> determina que necesariamente debe presentarse el elemento de la *mens rea*<sup>11</sup> como del *actus reus*<sup>12</sup>. La *mens rea* requiere de intención específica o *dolus specialis*, el *actus reus* consiste en cualquiera de los cinco actos enumerados en

<sup>8</sup> Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 88

<sup>9</sup> Rutaganda, (Trial Chamber), December 6, 1999, p. 46

<sup>10</sup> En vigencia desde el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

<sup>11</sup> *Mens rea*: propósito genocida, propósito específico, propósito especial o *dolus specialis*.

<sup>12</sup> Kamuhanda, (Trial Chamber), January 22, 2004, p. 622





el artículo 2 de la Convención<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>; 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<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>. Este propósito especial se infiere de los siguientes actos o indicios<sup>17</sup>:

- 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Seromba, (Appeals Chamber), March 12, 2008, p. 175

<sup>15</sup> Akayesu, (Trial Chamber), September 2, 1998, p. 498.

<sup>16</sup> Prosecutor v. Jeslicic, Case No. IT.95-10, p. 86.

<sup>17</sup> 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<sup>18</sup>. Específicamente también se ha determinado que el motivo (la venganza, la rivalidad, etc.), no son elementos del delito de genocidio<sup>19</sup>. Finalmente, en lo atinente a la responsabilidad penal de los partícipes, esta debe probarse personalmente para cada uno de los participantes<sup>20</sup>; 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<sup>21</sup>, 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"<sup>22</sup>.

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

<sup>18</sup> Gacumbitsi, (Appeals Chamber), July 7, 2006, p. 40

<sup>19</sup> Simba, (Appeals Chamber), November 27, 2007, p. 266

<sup>20</sup> Rutaganda, (Appeals Chamber), May 26, 2003, p. 525

<sup>21</sup> Kayishema and Ruzindana, (Trial Chamber), May 21, 1999, p. 273.

<sup>22</sup> 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”<sup>23</sup>.

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

<sup>23</sup> 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<sup>24</sup>.

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*<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN.

<sup>25</sup> 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<sup>26</sup>; 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*<sup>27</sup>, 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.”

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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 medida 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.º 0731-10-EP, sentencia N.º 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 iudice*, 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<sup>28</sup>; 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”.

---

<sup>28</sup> 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](http://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”<sup>29</sup>.

Dentro del caso *sub júdece* 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:



---

<sup>29</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 7.

*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.

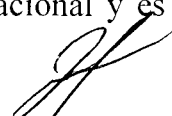
“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición 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 jure 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*<sup>30</sup>.

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 creyeran afectados en sus derechos se encuentren en categorías paritarias "... un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas"<sup>31</sup>.

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

---

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º 18 del 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo 19.

<sup>31</sup> Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ira 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)"<sup>32</sup>.

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.

---

<sup>32</sup> 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

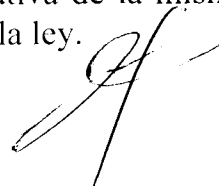
En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

#### SENTENCIA

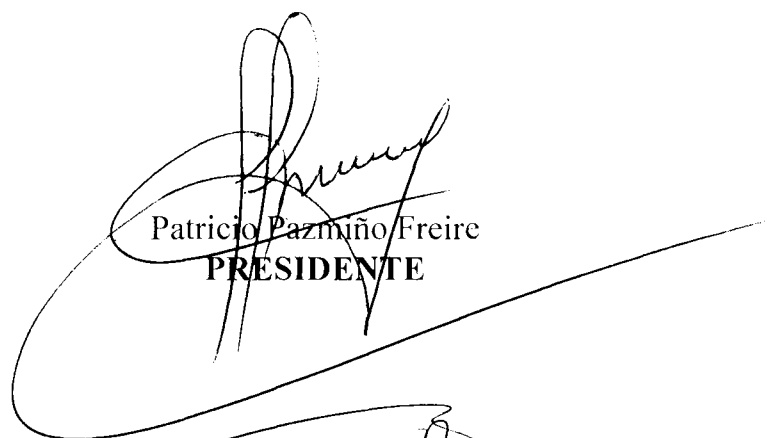
1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana.
2. Declarar que en el caso concreto la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.



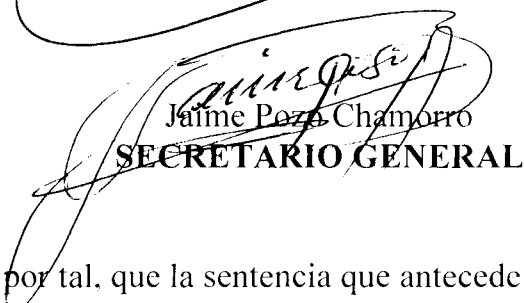
3. De conformidad con artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante, siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno 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 celeré, 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 resolutoria de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.



7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

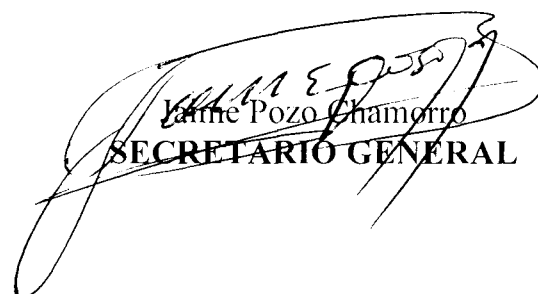


Patricio Pazmiño Freire  
**PRESIDENTE**



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**

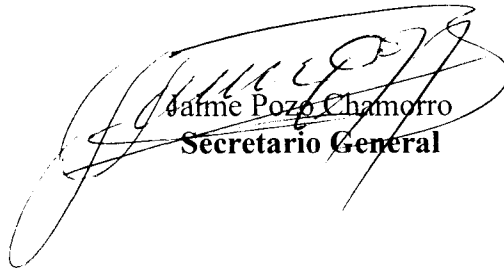
JPCH/mbm/ccp  
*mbm*



CORTE  
CONSTITUCIONAL  
DEL ECUADOR

**CASO Nro. 0072-14-CN**

**RAZÓN.-** Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el juez Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional, el día jueves 07 de agosto del dos mil catorce.- Lo certifico.

  
Jaime Pozo Chamorro  
**Secretario General**

JPCH/LFJ



**CASO Nro. 0072-14-CN**

**RAZÓN.-** Siento por tal que, en la ciudad de Quito, a los ocho y once días del mes de agosto del dos mil catorce, se notificó con copia certificada de la sentencia Nro. 004-14-SCN-CC de 06 de agosto del 2014, a los señores Álvaro Guerrero Chávez, Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana mediante oficio 3836-CC-SG-2014; y por intermedio del Juzgado a los señores: Tani Paa Velone Emou y otros en la casilla judicial en Orellana Nro. 023 y a través del correo electrónico: [alexiscostag@hotmail.com](mailto:alexiscostag@hotmail.com); Tocari Coba Quimintari Orengo y otros en la casilla judicial en Orellana Nro. 054 y a través del correo electrónico: [acaro.andres@yahoo.es](mailto:acaro.andres@yahoo.es); Andrés Jorge Cuasapaz Arcos Agente Fiscal de la Fiscalía General del Estado en la casilla judicial 1207, así como también en la casilla judicial en Orellana Nro. 069 y a través del correo electrónico: [cuasapaza@fiscalia.gob.ec](mailto:cuasapaza@fiscalia.gob.ec); Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en la casilla constitucional 067 y a través de los correos electrónicos: [grandas@minjusticia.gob.ec](mailto:grandas@minjusticia.gob.ec); [martinezg@minjusticia.gob.ec](mailto:martinezg@minjusticia.gob.ec); [valladaress@minjusticia.gob.ec](mailto:valladaress@minjusticia.gob.ec); [moyam@minjusticia.gob.ec](mailto:moyam@minjusticia.gob.ec); y [teranj@minjusticia.gob.ec](mailto:teranj@minjusticia.gob.ec); Presidente de la Nacionalidad WAORANI del Ecuador en la casilla constitucional 809, judicial 809 y a través de los correos electrónicos: [moienomenga@yahoo.es](mailto:moienomenga@yahoo.es); y [nacionalidadwaorani@hotmail.com](mailto:nacionalidadwaorani@hotmail.com); Procurador General del Estado en la casilla constitucional 018; Ernesto Pazmiño Granizo, Defensor Público del Ecuador, mediante oficio 3837-CC-SG-2014; y, a Ramiro Rivadeneira Silva Defensor del Pueblo del Ecuador mediante oficio 3838-CC-SG-2014; conforme constan de los documentos adjuntos.- Lo certifico.-

  
Paul Prado Chiriboga  
Secretario General (e)

PPCH/LFJ