

**JUZGADO SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES DE ORELLANA.** Orellana, lunes 14 de abril del 2014, las 16h20. **ANTECEDENTES.**- En audiencia de formulación de cargos llevada a efecto el día veintisiete del mes de noviembre del año dos mil trece, a las quince horas con nueve minutos, se inició una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, por los hechos expuestos por el señor fiscal: A partir del 05 de marzo del año 2013 luego de la muerte de los ancianos Waoranis Ompore Omehuyay 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 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. De las investigaciones realizadas por fiscalía se desprende que tal búsqueda y localización de las familias en aislamiento tardó aproximadamente siete días a partir del momento en que decidieron ingresar a la selva el grupo de miembros de la nacionalidad Waorani, aproximadamente asciende al número de diecisiete (17) atacantes. De esta manera señor Juez se establecen los presupuestos 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; BAHUIA CAIGA WILSON ENRIQUE; NAMPAHUE COBA CAHUIYA RICARDO. Posteriormente con fecha 24 de febrero del 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. Los procesados TOCARI COBA QUIMONTARI ORENGO; BOYA GUINENEGUA OMEWAY TECA; OMEWAY DABE KAGUIME FERNANDO; CAIGA BAIHUA TAGUE; BAHUIA CAIGA WILSON ENRIQUE, NAMPAHUE COBA CAHUIYA RICARDO; TANI PAA VELONE EMOU, se encuentran internados en el Centro de Rehabilitación social de varones de Sucumbíos y los procesados OMEWAY DABE TEWANE BEHENE; VENANCIO YETI ORENGO; AWA BOYA ITECA; ARABA CUMENCAGUI OMEWAI; MINICO MIHIPO INIHUA; PANTOBE CUE BUYUTAI; QUIHUIÑAMO MENA BUCA; TOCARI ITECA COHUE, TEMENTA BEBANGO HUANE, TEMENTA BATINGARE QUEMO, se encuentran en calidad de prófugos. Los antes mencionados procesados de acuerdo al contenido de la instrucción fiscal pertenecen a la nacionalidad indígena Waorani, como pueblos en reciente contacto. **PETICIÓN DE FISCALÍA.**- El señor Fiscal en audiencia pública basado en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, ha solicitado que se eleve a consulta el expediente por existir normas jurídicas cuya aplicación resultan contrarias a la Constitución. Habiendo considerado la petición formulada por el señor Fiscal en el presente caso, este juzgador ha arribado a la conclusión de 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. Dicha duda razonable y motivada, totalmente compartida por esta Judicatura, se expresa conforme los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en los términos que a continuación se detallan. **LA DEL ENUNCIADO NORMATIVO CUYA**

**CONSTITUCIONALIDAD SE CONSULTA.-** Los delitos de genocidio y etnocidio se encuentran previstos y sancionados en nuestra legislación penal, y específicamente en el artículo 1 de la ley s/n R.O. 578-S, 27-IV-2009; inserto antes del artículo 441 del Código Penal y los imputados en dicho acto antijurídico son personas pertenecientes a una nacionalidad indígena como son los Waorani. La disposición legal antes citada dice: "... 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".

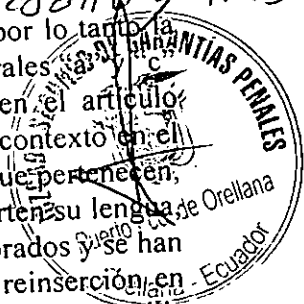
**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES O INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, QUE SE PRESUMEN INFRINGIDOS.-** De acuerdo con los artículos 11, numeral 3; 424; y, 426 de la constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto deben ser parámetro de control de normas inferiores y su aplicación, las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que reconozcan derechos más favorables que aquellos reconocidos por la Norma Suprema. Tan es así, que el propio artículo 428 ibidem, prevé la existencia de control concreto, no solamente respecto de las normas formalmente recogidas en la Constitución, sino también de las previstas en dichos instrumentos. Por tanto, entre las normas que se presumen infringidas están el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. **CONVENIO 169 DE LA OIT.- CONVENIO SOBRE 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 los 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 sus características económicas, sociales y culturales.

**CIRCUNSTANCIAS, MOTIVOS Y RAZONES POR LOS QUE SE VERÍAN INFRINGIDOS.-** La norma legal que se considera contraria a la constitución en el caso concreto que se ventila en esta Judicatura, el numeral uno del artículo innumerado, inserto ante del Art 441 del Código Penal; si bien responde al principio de legalidad en materia penal, su aplicación a diversos grupos humanos, como en el presente caso, ciudadanos que pertenecen a la nacionalidad Waorani, como pueblos en reciente contacto. La aplicación de la pena privativa de la libertad establecida en la norma antes citada es de dieciséis a veinticinco años, en la generalidad de los casos, y cuando se trate de personas individualmente identificadas sujetas a las costumbres llamadas occidentales. Dicha pena está establecida en la ley por la gravedad y la conmoción social. Sin embargo, en el caso en particular es necesario considerar que los procesados en este proceso penal pertenecen a una nacionalidad indígena con sus propias características y su propia cosmovisión como la manera de ver e interpretar el mundo. De lo que se colige, que una aplicación de la pena tipificada en la norma mencionada, lesionaría el principio de igualdad en su sentido material; ya que, al no efectuar una distinción tan evidente como la pertenencia a una comunidad pueblo o nacionalidad indígena y desconocer el contexto cultural en el que la persona imputada se desenvuelve, aunque se busque obtener un trato igualitario, en realidad se genera un resultado discriminatorio, lo dicho vulnera directamente los artículos 11, numeral 2 y artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador. Además, por expresa disposición constitucional existe la obligación de reforzar la protección contra la discriminación dirigida a personas pertenecientes a las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, conforme lo prevé el artículo 57 numeral 2 ibidem. Por otro lado, la aplicación irrestricta del artículo penal señalado, al supuesto fáctico que se verifica en este caso, contraviene la norma constitucional que consagra el derecho a la integridad personal, derecho que no solamente se traduce en el ámbito físico y sexual, sino también a los aspectos psíquico y moral. Estas dos dimensiones del Derecho tienen un vínculo indiscutible con la pertenencia del sujeto, que se trate a un contexto cultural determinado, de lo que se advierte para una persona perteneciente a una cultura denominada "occidental", en que la privación de la libertad es una consecuencia de la comisión de un delito para una persona que se ha criado en un contexto diferente, puede



5063 cinco mil sesenta y tres

carecer de sentido e incluso constituir un trato cruel, inhumano y degradante, por lo tanto, la aplicación de la norma, infringiría lo ordenado en el artículo 66, numeral 3, literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, q, r, s, t, u, v, w, x, y, z, de la norma Suprema, resaltando que imponer una pena como la prevista en el artículo innumerado, inserto antes del artículo 441 del Código Penal a personas con el contexto en el que se desarrolla el presente caso, implicaría, separación del grupo humano al que pertenecen, hacia un contexto totalmente extraño para ellos con las personas que no comparten su lengua, sus tradiciones y costumbres, sometidas a prácticas ajenas a las que están acostumbrados y se han desarrollado. Además también afectaría sus posibilidades de rehabilitación y reinserción en una comunidad que no va a reconocer como válida la pena impuesta ni resarcido el daño, ni la alarma social ocasionada, por lo que se generaría una contradicción entre la decisión judicial y los presupuestos contenidos en los artículos 66, numeral 28 y artículo 57, numeral 1 y 21 de la Constitución de la República. En igual forma, el numeral 6 del artículo 76 de la norma Suprema, prevé que "La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza." En caso de determinar la responsabilidad de los procesados en el aludido proceso penal y de esta manera se llegare a establecer una sanción conforme lo establecido en el Código Penal, se vería violentado el principio de proporcionalidad, pues, de lo analizado, en tal determinación de pena, no se incluiría el análisis o al menos no se establecería la pertinencia de la aplicación de los principios de justicia intercultural, siendo estos de carácter obligatorio. **RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA EN EL CASO CONCRETO.**- Constituye la explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso en concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado. En el presente caso, la relevancia de la disposición se evidencia cuando los hechos relatados por el Fiscal apuntan a que su investigación está relacionada con la presunta comisión del delito de genocidio, cuya tipificación y sanción se hallan previstas en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal. Entre los derechos de protección reconocidos por la Constitución de la República, específicamente en lo relacionado con las garantías del debido proceso en materia penal, se incluyen elementos del derecho a la defensa, como el señalado en el artículo 77, numeral 7, literal "a": Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7.- El derecho de toda persona a la defensa incluye: a).- Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. Es así que es derecho de los procesados saber por qué delito se les investiga y acusa, así como la sanción que para esta se prevé, con el objeto de preparar su defensa y exponer argumentos adecuados para desvanecer las acusaciones contra ellos formuladas. Por tanto, es necesario dilucidar respecto de la constitucionalidad de la norma con anterioridad a la formulación de la acusación por parte de la Fiscalía. El Código de Procedimiento Penal reza en el mismo sentido: Art. 224.- Concluida la instrucción en el plazo establecido en la Ley o en el convenido en la audiencia de formulación de cargos, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que interviene en el proceso, que dentro de veinticuatro horas, señale día y hora con el fin de que se lleve a efecto la audiencia en la que el fiscal sustentará y presentará su dictamen, la misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes a la petición. Cuando el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o participe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio. La acusación fiscal debe incluir los siguientes presupuestos: 4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que acusa. Formulada la acusación, el fiscal entregará al juez de garantías penales las actuaciones de investigación que sustentan su pronunciamiento. De acuerdo a la norma citada, es un elemento imprescindible de la acusación que llegare a formular el Fiscal, la enunciación de la disposición constitucional que establece la sanción para el acto que imputa al procesado. Si existen dudas que exceden las posibilidades de este juzgador de conciliar la disposición concreta con los principios y reglas constitucionales, no se puede esperar que la Fiscalía acuse en base a una



prescripción que podría ser inconstitucional; y, peor aún, que se obligue a los procesados a ejercer su derecho a la defensa para oponerse a la aplicación de la misma. 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. Incorpórese al proceso el escrito presentado por Quimontari Orengo Tocari y otros.- Intervenga el Dr. Julio Pantoja Carpio, en calidad de secretario encargado de esta Judicatura.- CUMPLASE, NOTIFÍQUESE Y REMITASE.-

*[Handwritten signature]*  
 DR. ALVARO GUERRERO  
 JUEZ



Certifico:

*[Handwritten signature]*  
 DR. JULIO PANTOJA CARPIO  
 SECRETARIO E.

En Francisco de Orellana, lunes catorce de abril del dos mil catorce, a partir de las dieciseis horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: FISCALIA DE ORELLANA en la casilla No. 69. ARABA CUMENCAGUI OMEWAI, AWA BOYA ITECA, BAHUUA CAIGA WILSON ENRIQUE, BOYA GUINENEGUA OMEWAY TEGA, CAIGA BAIHUA TAGUE, MINICO MIHIPO INIHUA, NAMPAHUE COBA CAHUIYA RICARDO, OMEWAY DABE KAGUIME FERNANDO, OMEWAY DABE TEWANE BEHENE, PANTOBE CUE BUYUTAI, QUIHUIÑAMO MENA BUCA, TOCARI COBA QUIMONTARI ORENGO, TOCARI ITECA COHUE, VENANCIO YETI ORENGO en la casilla No. 54 y correo electrónico acaro.andres@yahoo.es del Dr./Ab. DR. ACARO ALVAREZ ANDRES ABELINO ; TANI PAA VELONE EMOU, TEMENTA BATINGARE QUEMO, TEMENTA BEBANGO HUANE en la casilla No. 23 y correo electrónico alexiscostag@hotmail.com del Dr./Ab. ALEXIS AGUSTIN COSTA GONZALEZ. CUASAPAZ ARCOS ANDRES JORGE en la casilla No. 69 y correo electrónico cusapza@fiscalia.gob.ec; tipand@fiscalia.gob.ec. Certifico:



*[Handwritten signature]*  
 DR. JULIO PANTOJA CARPIO  
 SECRETARIO E.



**JUZGADO SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES DE ORELLANA**  
**CERTIFICO**  
 RAZÓN: Siento como tal, que las 156 fojas que anteceden, son fiel copia de su original que reposan dentro del proceso No. 223-2013  
 LO CERTIFICO  
 Puerto, Fco. Orellana, de 15 de Abril del 2014  
*[Handwritten signature]*  
 SECRETARIO