



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Justicia Indígena y Sanción Penal en el Ecuador”

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogada de los tribunales de justicia**

Autor: María Belén Rivas Rivas.

Director: Dr. Jaime Ochoa Andrade

Cuenca, Ecuador

2012

Dedicatoria

Este esfuerzo lo dedico a mis padres, esposo e hijas, quienes son mi inspiración para superarme cada día más y alcanzar todas las metas trazadas a lo largo de mi vida.

Agradecimiento.

Mi gratitud a la Universidad del Azuay, Profesores de Ciencias Jurídicas, y al Dr. Jaime Ochoa Andrade por sus sabios conocimientos y haberme guiado en este trabajo de graduación.

Y un agradecimiento especial a mis padres, ya que sin su apoyo incondicional no hubiera podido cumplir éste sueño de ser profesional.

Índice de Contenidos	
Dedicatoria	ii
Agradecimiento.	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
Introducción.....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. LA JUSTICIA INDÍGENA	3
1.1. Historia de pueblos y comunidades indígenas.	3
1.2. Justicia Indígena. Concepto.....	6
1.3. Características de la Justicia Indígena.	10
1.4. La justicia indígena en la Constitución del Ecuador.	12
1.5. La justicia indígena en la legislación ecuatoriana.	17
1.6. Reconocimiento internacional de la Justicia Indígena.....	22
1.7. Conclusión.	27
CAPÍTULO II.....	28
2. EL DERECHO INDÍGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA.....	28
2.1 Breve referencia al derecho indígena, su reconocimiento y características.	28
2.2 Elementos del derecho indígena y su competencia.....	33
2.3 La justicia en las comunidades indígenas.	35
2.4 Procedimiento en la administración de justicia indígena...	41
2.5 El Proceso Penal en General y el procedimiento en la administración de justicia ordinaria.....	43
2.6 Análisis de las características en la administración de justicia indígena.	48
2.7 Estudio del sistema legal Indígena.	50
2.8 Conclusión.	53
CAPÍTULO III.....	55
3. JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS	55
3.1 La sanción indígena, respeto y garantía de los derechos humanos.....	55
3.2 Violación a derechos humanos.	57
3.3 Aplicación de sanciones en niños y adolescentes indígenas.	58

3.4	Ejercicio de los derechos humanos.....	63
3.5	Análisis de la normativa sobre justicia indígena y derechos humanos.....	64
3.6	Conclusión.....	66
CAPITULO IV.		68
4.	DELITOS COMUNES EN PUEBLOS INDÍGENAS	68
4.1.	El delito. Concepto. Características.....	68
4.2.	Estudio de principales delitos cometidos en pueblos indígenas.....	71
4.3.	El robo, la sanción indígena y penal.....	72
4.4.	El hurto, la sanción indígena y penal.....	77
4.5.	El homicidio, la sanción indígena y penal.....	78
4.6.	Competencia de las autoridades indígenas frente al autor del delito.....	80
4.7.	Conclusión.....	82
CAPÍTULO V.		83
5.	LA SANCIÓN INDÍGENA Y LÍMITES PARA SU APLICACIÓN.....	83
5.1.	Procedimiento de sanción en la justicia indígena.....	84
5.2.	La sanción penal en general.....	85
5.3.	Cuál es la sanción aplicable frente a un delito indígena. ...	87
5.4.	Análisis del principio non bis in ídem.....	88
5.5.	Régimen penal especial para indígenas.....	91
5.6.	Límites a la aplicación de sanción en justicia indígena.	91
5.7.	Análisis caso práctico.....	93
CAPITULO VI		98
6.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	98
6.1.	Conclusiones.....	98
6.2.	Recomendaciones.....	99
Bibliografía.....		102
Anexo 1.....		104

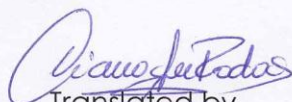
Resumen

La justicia indígena es un sistema propio de solución de conflictos de los pueblos y nacionalidades indígenas, el mismo que se encuentra limitado en cuanto a su ejecución ya que no puede ir en contra de la Constitución y derechos humanos; por lo que se torna indispensable una ley que regule esta institución indígena y la compatibilice con el sistema jurídico vigente, para que de esta manera no se apliquen sanciones atentatorias a los derechos humanos ni existan conflictos de competencia en los procesos de juzgamiento.

ABSTRACT

Indigenous Justice is a system used to resolve conflicts that occur in the indigenous nationalities. This system is limited regarding its execution since it cannot go against the constitution and human rights, which is why it is indispensable to create a law that regulates this indigenous institution and that makes it compatible with the current judicial system in order to prevent sanctions that are against human rights and to avoid conflicts regarding the competence of the judicial processes.




Translated by,
Diana Lee Rodas

Introducción.

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional, cuyo objetivo primordial según la Constitución de la República es el *sumak kawsay* o buen vivir, que ha marcado importantes cambios sobre todo en el ejercicio de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

La Justicia Indígena es un tema que en la actualidad tiene que ser analizado a profundidad ya que al estar reconocido constitucional e internacionalmente, merece un especial estudio tanto en su formación, organización y aplicación como sobretodo en la sanción que imponen los indígenas con su propia mano frente a una grave transgresión que se cometa dentro de las comunidades indígenas, por lo que surge la necesidad de precisar varios aspectos como: que no ha existido una definición exacta a lo largo de la historia a la que hoy se denomina justicia indígena, ya que de acuerdo al lugar y tiempo ha variado, teniendo que vincularla con costumbres y tradiciones de los pueblos, pues que tienen sus propias leyes para la solución de controversias.

Pero a la justicia indígena se la puede considerar como un mecanismo propio de los indígenas para la solución de conflictos, aplicando sus propias leyes y con sus propias autoridades, teniendo en cuenta que estos mecanismos están reconocidos por la Constitución, la ley y a nivel internacional, por lo que es preciso conocer cómo se aplica la justicia indígena, quienes la aplican y la imposición de la sanción indígena frente a la sanción penal.

El objetivo principal del trabajo, será analizar y estudiar la historia y organización de la justicia indígena, como se ha desarrollado en nuestro sistema, cual es el procedimiento, desde que se comete un delito, cómo se juzga hasta las sanciones que se imponen, y considerar sobre todo si estas no van en contra de los derechos humanos; así como también hacer referencia a la sanción penal que puedan tener los delitos cometidos en las

comunidades indígenas, y analizar que sanción debe ser aplicada, ya que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito.

Lo que se pretende es realizar una investigación directa de los delitos más comunes en las comunidades indígenas y cómo es que aplican las sanciones para cada delito, que muchas veces son consideradas crueles, pero que para ellos es común la aplicación de las mismas, y para conseguir todo esto es necesario llegar hasta dichas comunidades, realizar un acercamiento y en base a los testimonios de los propios indígenas poder conocer lo que pasa en la vida real, y estudiar los casos que se han dado en los últimos tiempos en el Ecuador, que son indispensables para el desarrollo de este trabajo.

Lo que también nos ocupa es analizar cuáles son los mecanismos para evitar que se den estas sanciones crueles que para muchos atentan contra los derechos humanos consagrados universalmente, pues al estar la justicia indígena reconocida constitucionalmente, no puede sobrepasar otros derechos que también están reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales, por lo que es fundamental fijar ciertos límites para la aplicación de las sanciones y de acuerdo a los delitos determinar si debe ser juzgado por las comunidades indígenas de acuerdo a sus propias leyes o por la justicia ordinaria con una sanción penal, que está tipificada en el código penal.

CAPÍTULO I.

1. LA JUSTICIA INDÍGENA

Los pueblos y nacionalidades indígenas por muchos años han sido discriminados y aislados por el estado, ya que no se les ha permitido participar de las políticas de gobierno, pues se desconocían las verdaderas necesidades e intereses de estos sectores originarios que no han sido considerados sujetos de derechos. Hoy, existe una lucha constante de éstas fuerzas indígenas por ser escuchados y así lograr la efectiva reivindicación de sus derechos los mismos que deben estar latentes en las constituciones de todos los países y ejercer así la pluriculturalidad y plurinacionalidad que en la actualidad se vuelve exigible para los estados.

La justicia indígena es una consecuencia de ésta lucha que de generación en generación se ha venido aplicando, es por ello importante el análisis de esta institución jurídica propia de los indígenas para la solución de sus conflictos, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, por lo que es preciso iniciar este capítulo con las generalidades sobre la justicia indígena, como historia, definición, conceptos para más adelante realizar un estudio más profundo sobre el tema.

1.1. Historia de pueblos y comunidades indígenas.

A lo largo de la historia ha existido una grave discriminación al indígena pues ha sido considerado como un casi animal que no ha tenido la capacidad para desarrollarse como persona sino siempre estaba supeditado a sus mayores (los europeos) que eran quienes básicamente los consideraban infrahumanos, que incluso desencadenó en varios tipos de esclavitud, a la que siempre estaban sometidos los indígenas, y todo esto porque llegaron los europeos a invadir su territorio, sus costumbres, su cultura y sobre todo a impedir su desarrollo y evitar así el reconocimiento de sus derechos que garanticen una modesta calidad de vida.

Pero han existido también quienes defienden a los indios, pues así en la antigüedad ciertos sacerdotes eran los protectores de ellos como Bartolomé

de las Casas, quien fue un fraile dominico español, teólogo y jurista, a quien se le entregó incluso un título de Protector de los Indios, por su dedicación y admiración al indio, y sobre todo por abogar por ellos.

Es así que el indígena antes de la independencia del Ecuador, no tuvo relevancia pues los legisladores nunca se preocuparon por garantizar sus derechos a través de leyes, pero en la carta política de 1830 dentro del capítulo de los derechos civiles y garantías había ya una disposición que establecía:

"Este congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente abyecta y miserable"¹.

En aquel tiempo, se nombraron como tutores o padrinos a quienes eran los únicos que podían velar por los indígenas, pero como misericordia mas no por que verdaderamente pretendían hacer valer los derechos de los indígenas; ya que no se les reconocía sus derechos propios ni existía regulación en torno a ellos, pues predominaba todo tipo de discriminación, por la errónea convicción de que el indígena no ofrecía aporte alguno para el desarrollo del país, pues recordemos claramente que en 1830 predominó la aristocracia, y buscaron solamente una mínima protección al indio a través de la religión, ya que no existía un sistema legal efectivo para su amparo.

Poco a poco ha ido evolucionando este paradigma, y es a través de los diversos tratados internacionales que se ha dado mayor relevancia a los derechos propios que poseen los pueblos indígenas, facilitándoles la oportunidad de formar parte activa del estado, con el reconocimiento de un sistema jurídico propio para la administración de justicia.

Los avances en el Ecuador se fueron dando poco a poco, según el gobierno que se encontraba de turno, pero es en el gobierno de Eloy Alfaro

¹Pérez Guartambel, Carlos; "Justicia Indígena"; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 69

que se han ejecutado las mayores reivindicaciones para las comunidades indígenas ya que en su mandato se dieron varios cambios que beneficiaban a diversos sectores sociales y entre ellos: que los indios quedaban exentos de la contribución territorial y del trabajo subsidiario, la pecunia propiedad quedaba exonerada de gravámenes, prohibió obligar a los indios a servir de pongos, alcaldes doctrinarios y fiscales, salvo que las autoridades eclesiásticas designen previa una estipulación salarial, entre otros beneficios.²

Estos han sido los primeros avances que se han dado en pro del sector indígena, a pesar de ser víctimas de discriminaciones, persecuciones, ejecuciones y todo tipo de violación a sus derechos, pero paulatinamente se han ido convirtiendo en sujetos de derechos, como que se les ha ido exonerando de algunos gravámenes, e incluso se realizaron ya ciertas leyes para su protección como la Ley de Organizaciones y Régimen de las Comunas³, que se dicta en Agosto de 1937, que incluían ya garantías pero con ciertos vacíos por lo que más tarde se realizaron ciertas reformas a esta ley, dictándose así el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas en diciembre del mismo año pues era una ley ya más completa, elaborada con carácter social, y así es que se han venido elaborando múltiples leyes que benefician a los indígenas y reconocen sus propias instituciones entre ellas el procedimiento propio de administración de justicia.

En el Ecuador existen varias organizaciones indígenas encargadas de luchar por la reivindicación de sus derechos como la CONAIE que es una organización Nacional que aglutina en su seno a las Nacionalidades, Pueblos, comunidades, Centros y Asociaciones indígenas del Ecuador⁴.

Así en su página web La CONAIE en cuanto a la historia de los pueblos indígenas sostiene que "las Nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador han resistido formas de dominación, explotación y discriminación desde la colonia, durante más de cinco siglos ha presentado el genocidio y

² Pérez, Guartambel Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 80

³ Ibídem; Pág. 83

⁴<http://www.conaie.org/sobre-nosotros/que-es-la-conaie>(Octubre 2011)

etnocidio contra la humanidad, en particular el mundo indígena; hemos sido aniquilado parcialmente, en ABYA-YALA. Las huellas, construcciones de edificios sagrados, los caminos, los hallazgos expresan vivamente sobre el origen de los conocimientos y de la tecnología indígena en el pasado y en el presente.

En 1980 se organizó la CONACNIE (Consejo Nacional de Coordinación de Nacionalidades Indígenas) con el objeto de promover la consolidación de pueblos indígenas y se convocó al primer Congreso de la CONACNIE, en noviembre 13 al 16 de 1986, en campamento Nueva Vida, en Quito y se constituye la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador); es el resultado de la lucha continua de las comunidades, centros, federaciones y confederaciones de pueblos indígenas. Los objetivos fundamentales que se planteó en el congreso fueron: consolidar a los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, luchar por la tierra y territorios indígenas, luchar por una educación propia (intercultural bilingüe), luchar contra la opresión de las autoridades civiles y eclesiales, luchar por la identidad cultural de pueblos indígenas, contra el colonialismo y por la dignidad de pueblos y nacionalidades indígenas."⁵

La confederación de nacionalidades Indígenas del Ecuador se ha creado con el único fin de mantener su cultura y su historia, y luchar por un verdadero pluralismo jurídico, en donde la población indígena también participa de todos aquellos derechos sociales, políticos, culturales, y de esta manera conseguir el respeto de sus instituciones las mismas que se basan en sus costumbres.

1.2. Justicia Indígena. Concepto

La justicia indígena en el Ecuador es un tema que muchas veces ha sido entendida equívocamente como linchamientos, salvajismos o la aplicación de sanciones inhumanas que atentan contra los derechos del hombre, pero sin duda la realidad es distinta, y para establecer un concepto de justicia

⁵<http://www.conaie.org/sobre-nosotros/que-es-la-conaie>(Octubre 2011)

indígena es necesario previamente avocar la definición que varios juristas han dado en general a la justicia, así:

Guillermo Cabanellas manifiesta que “Justicia es supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: “Constans et perpetu voluntas jus suum quique tribuendi”. Conjunto de todas las virtudes. Recto proceder conforme a derecho y razón. El mismo derecho y la propia razón, en su generalidad. Equidad.”⁶

Platón, también define a la justicia como “dar a cada uno lo que le corresponde”

La justicia (del latín, *Iustitia*) es la concepción que cada época y civilización tiene acerca del sentido de sus normas jurídicas. Es un valor determinado por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes. Es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones.

Este conjunto de reglas tiene un *fundamento cultural* y en la mayoría de sociedades modernas, un *fundamento formal*:

- El fundamento cultural se basa en un consenso amplio en los individuos de una sociedad sobre lo bueno y lo malo, y otros aspectos prácticos de cómo deben organizarse las relaciones entre personas. Se supone que en toda sociedad humana, la mayoría de sus miembros tienen una concepción de lo justo, y se considera una virtud social el actuar de acuerdo con esa concepción.
- El fundamento formal es el codificado formalmente en varias disposiciones escritas, que son aplicadas por jueces y personas especialmente designadas, que tratan de ser imparciales con

⁶ Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Tomo I; 1979; Heliasta; Pág. 65

respecto a los miembros e instituciones de la sociedad y los conflictos que aparezcan en sus relaciones.⁷

Es una realidad social, pues el término justicia, abarca lógicamente en primer lugar un elemento cultural pues, debe estar presente en la conciencia de los ciudadanos para las diversas actividades, y ser ellos quienes puedan distinguir que está bien y que está mal, que es lo justo y aplicarla en las relaciones sociales es decir con los demás; y un elemento formal que es lo que se encuentra establecido en la ley, lo que está escrito para la aplicación misma de la justicia que se manifiesta de varias formas, pero es un tanto complicado por cuanto depende del sistema estatal aplicable o si coexisten varios sistemas de administración de justicia; y en nuestro país no se ha dado de manera correcta dicha administración ya que han prevalecido diversas presiones e influencias políticas, que han marcado en la justicia, es por ello que la gente no confía en los Jueces hoy en día, y menos los indígenas que tienen su propio sistema de administración de justicia, y quieren resolver sus conflictos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.

En general, el término justicia avoca de manera profunda una significación única y es en realidad lo que a cada uno le corresponde como se estableció en la época romana con Justiniano quién profundizó sobre la justicia que como vemos en períodos antiguos ya era de vital importancia establecer este concepto, para un convivir armónico en la sociedad.

Pero, no ha existido a lo largo de la historia una definición exacta de justicia indígena pues ha variado según espacio y tiempo, pero se ha precisado en varios aspectos como en la costumbre y tradiciones de los pueblos que es lo que realmente ha predominado para llegar a una concepción de lo que hoy se denomina justicia indígena; sin embargo, para ello se le ha denominado también como un Derecho Consuetudinario, basado en las costumbres de su pueblo así como también, Justicia por mano Propia, derecho Indígena, en fin se ha figurado de varias maneras teniendo que reconocer que así se ha ido construyendo una verdadera concepción que

⁷<http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia> (septiembre 2011)

abarca un auténtico sistema legal indígena reconocido por los estados así como los derechos que están intrínsecos en el mismo.

Es verdad que cada concepción responde a una realidad social y a un momento histórico determinado, pero cada época ha ido alimentado para hoy tener una que predomina a nivel internacional y que sobretodo reconoce el derecho de los indígenas, pero en nuestro sistema si bien es cierto se reconoce la justicia indígena pero no existe una definición de la misma ya que se debería partir de una concepción para ahí si establecer su reconocimiento ya que tiene que especificarse ciertos elementos que son indispensables para así considerarla, entre ellos que los actores sean indígenas, que se refiera a un espacio físico determinado, que existan ciertas reglas basadas en sus costumbres y estén ante todo reconocidos por toda la comunidad.

Entonces, es preciso analizar todos estos elementos para llegar a una verdadera concepción y de esta manera dar un reconocimiento garantista de la administración de la justicia indígena.

Es importante precisar en los criterios que tienen varios autores y juristas frente a este tema, así la asambleísta Lourdes Tibán⁸, sostiene que la justicia indígena es "la forma propia de resolver y solucionar conflictos a través de sus propias autoridades, que mediante la aplicación de medidas conciliadoras en algunos casos o ejemplificadoras en otros, restablece la armonía colectiva".⁹

De este concepto podemos concluir varias circunstancias importantes ya que al tratarse de una indígena que conoce de los procedimientos en las comunidades originarias, pues considera que es la forma propia y legítima que tienen los indígenas para poder solucionar los problemas dentro de su propia comunidad sin tener que recurrir a otras autoridades que no

⁸ Asambleísta del Ecuador, Defensora del estado plurinacional, Dra. en derecho. Idioma materno kichwa; <https://twitter.com/#!/LourdesTiban>(enero 2012)

⁹ Revista Rikuna Panka, Runa kuna <http://runakuna.blogspot.com/2009/04/justicia-indigena.html>(septiembre 2011)

entiendan su cultura y tradición es decir como ellos conciben el cometimiento de un delito, y cuál es la sanción aplicable por ello, pero es preciso realizar un análisis de cada uno de los elementos para no alterar la auténtica naturaleza de la justicia indígena.

Se trata de un verdadero sistema que proviene necesariamente del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es el pueblo indígena, y que administra justicia de manera propia, para la resolución de controversias respetando sus usos, costumbres y tradiciones.

1.3. Características de la Justicia Indígena.

La justicia indígena tiene también sus propias características que la hacen única, y la diferencian sobretodo de la justicia ordinaria, que en la actualidad es indispensable hacer hincapié en cada una de ellas puesto que de esta manera podemos realizar un estudio más profundo de lo que abarca en sí la justicia indígena, como ha sido su historia y desarrollo para hoy ser un tema aunque muy polémico elevado a rango constitucional, ya que se basa necesariamente en la existencia de elementos consuetudinarios.

Luego de realizar un análisis del concepto de Justicia Indígena puedo encontrar varias características propias, entre ellas:

- Forma especial y singular de resolver conflictos, controversias.
- Se basan en las costumbres, usos y tradiciones de los pueblos originarios.
- Tiene autoridades propias de la comunidad.
- Participación de toda la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- Es un procedimiento oral, público y gratuito.
- Las sanciones se aplican bajo un especial procedimiento.
- No consta en códigos escritos.
- No existe ley que la regule.

Sin duda tiene una exclusiva forma de resolver sus conflictos, ya que es en primer lugar diferente a como se juzga y sanciona en la justicia ordinaria, y es especial porque no posee una normativa o cuerpo legal que indique como se debe actuar en cada uno de los juzgamientos, sino más bien la comunidad juzga de acuerdo a cada caso de manera diferente, por lo que se basa entonces en sus tradiciones y costumbres, teniendo sus propias autoridades que pertenecen a su comunidad y que son quienes se encargan de investigar y sancionar conforme a lo que decida la comunidad, que participa de este procedimiento y exige que cuando se han violentado o vulnerado ciertas normas de conducta que perturbe la paz entre los comuneros, se castigue a los infractores con una finalidad correctiva y disciplinaria para que de esta manera se consiga la armonía que buscan las comunidades indígenas.

La justicia indígena no consta en códigos escritos, es decir no existe una ley en donde se encuentre establecido su concepto y procedimiento de administración de justicia, ya que el derecho indígena (implícito en la justicia indígena) es un derecho nuevo, el mismo que hoy se encuentra plenamente reconocido en la Constitución, pero paralelamente a éste reconocimiento debe existir una ley que regule la justicia indígena para que no se presente confusión frente a la justicia ordinaria ni problemas de competencia, para así definir cuál de los dos sistemas se debe aplicar frente al cometimiento de cierto delito, teniendo en cuenta circunstancias como las características del sujeto que lo cometió y el lugar en donde ocurrieron los hechos.

Estas características son relevantes, por cuanto permiten realizar una clara diferenciación con la justicia ordinaria, ya que ésta si tiene un cuerpo legal en donde se encuentran tipificados los delitos, el procedimiento que debe seguirse y sobretodo cual es la sanción para cada uno de ellos; debiendo recalcar, que los pueblos indígenas no se sujetan a la justicia ordinaria, no porque para ellos no funcione, sino porque desde sus orígenes han aplicado y ejercido una verdadera justicia indígena, sujeta a sus costumbres, ya que lo consideran como un derecho vivo, que nace de su libertad y autonomía,

y regula los más variados aspectos del convivir colectivo, y de esta manera se ejerce un control social efectivo dentro de sus comunidades indígenas.

1.4. La justicia indígena en la Constitución del Ecuador.

En nuestro sistema la Justicia Indígena se encuentra reconocida por la Constitución desde el año 2008, luego de varios procesos de transición, y es necesario precisar que se dieron un sinnúmero de levantamientos indígenas en el año 1990 para que sean reconocidos dentro del sistema jurídico y participar activamente en las políticas del estado para garantizar sus derechos; y es desde entonces que fueron escuchados y al fin hoy estar reconocida su propia jurisdicción y procedimientos.

En el año 2008 se reconoce de manera legítima a la justicia indígena, ya que si bien es cierto existe desde 1998 pero de forma limitada pues en el Artículo 191 se establecía:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.”¹⁰

Este artículo sin duda reconoce la justicia indígena, y establece que las autoridades indígenas pueden dirimir y resolver sobre los diversos conflictos que se presenten en las comunidades indígenas, dentro de su

¹⁰Constitución del Ecuador; 1998; Art. 191

circunscripción territorial, pero conforme a sus propias normas procedimientos y sanciones; además de ello se debe observar que al existir este reconocimiento a nivel constitucional, se reconocer también la existencia de un pluralismo jurídico¹¹, en donde coexisten ya dos sistemas jurídicos aplicables en el estado, y ante todo un sistema jurídico indígena que ha existido históricamente desde siempre mas no se origina de la ley ni la Constitución, ya que es importante precisar una gran realidad: la justicia indígena existe con o sin ella ya que está de por medio el principio de libertad y autonomía.

Ya en la Constitución del 2008 es que se han establecido de manera concreta e inclusiva los derechos de los indígenas, es decir existe ya un gran avance en el sector indígena, para que de esta manera puedan ser parte activa del estado y participar de las políticas con sus propias instituciones que los caracterizan, así:

El artículo 171 de la nueva carta magna establece:

"Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria."¹²

¹¹ "Pluralismo Jurídico es la coexistencia dentro un Estado de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas en un plano de igualdad, respeto y coordinación.(http://es.wikipedia.org/wiki/Pluralismo_jurídico)(enero 2012)

¹² Constitución del Ecuador, 2008; "Art 171"

La norma constitucional antes mencionada, incluye la garantía de los derechos indígenas, de esta manera reconoce que dentro de las comunidades existen autoridades propias del lugar quienes resuelven asuntos suscitados dentro de su circunscripción territorial, y quienes deben aplicar ineludiblemente las costumbres y tradiciones que los caracteriza, por el respeto a ese derecho inherente de los indígenas.

Este artículo implica algunos aspectos trascendentales, que se los puede considerar como los elementos del reconocimiento constitucional de la justicia indígena, que deben ser analizados y tomados en cuenta, para así poder establecer el verdadero alcance de ésta institución, y son:

Las Autoridades, que son aquellas personas que lideran el grupo indígena, y quienes siempre están presentes para velar por la tranquilidad y paz social, además cumplen funciones especiales de sustanciar y resolver los diversos conflictos que se suscitan en su comunidad. Estas autoridades son elegidas por los miembros de la comunidad.

Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se refiere al grupo humano culturalmente diferenciado, quienes se identifican por su costumbre, historia y sobre todo por una identidad propia que implica un verdadero sentimiento de pertenencia y la convicción de ser distinto al resto, por su idioma, creencias, costumbres, vestimenta y sobretodo sistemas propios de organización.

Funciones jurisdiccionales, la constitución les da ésta potestad, para que sean las autoridades indígenas quienes puedan conocer y resolver conflictos dentro de su comunidad, deben juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro de la comunidad, cumpliendo el debido procedimiento.

En base a tradiciones ancestrales y derecho propio, éste elemento es muy importante ya que se refiere a normas, principios, reglas, costumbres que los indígenas poseen desde siempre, para mantener la paz y armonía social en

la comunidad; a pesar de no estar escritos los comuneros respetan cada uno de ellos por cuanto predomina ése derecho de pertenencia los caracteriza y los hace únicos, por lo que consecuentemente para poder aplicar la justicia indígena lógicamente tiene que ser en base a estas tradiciones ya que se quiere lograr la verdadera reivindicación de los involucrados.

Dentro de su ámbito territorial, es lógico que ésta potestad que tienen las autoridades indígenas para resolver sus conflictos y seguir el debido procedimiento de administración de justicia, debe ser dentro de su territorio es decir de su comunidad, ya que la justicia indígena no puede ir más allá, salvo los casos en que sí se puede juzgar a una persona no indígena que cometa el delito dentro de la comunidad, ya que existe una violación directa de sus normas y principios ancestrales, y sobretodo ha perturbado la paz social.

Participación de las mujeres, éste elemento es muy importante debido a que en la constitución de 1998 no existía, es a partir del 2008 que se incluye en reconocimiento de la justicia indígena la participación de las mujeres, pues hoy en día existe una lucha constante a favor de la participación e inclusión de las mujeres en todos los ámbitos, sociales, políticos y económicos; debe existir una verdadera equidad de género ya que por mucho tiempo fue discriminada; pues hoy se reconoce la participación de la mujer en todos los sistemas jurisdiccionales indígenas.

Aplican normas y procedimientos propios, en este sentido, ellos aplican se acuerdo a sus costumbres las diversas normas y procedimientos, que no están escritos pero están en la conciencia de cada uno de los indígenas, es por ello que considero que tienen una especial forma de aplicar normas, principios y procedimientos.

Solucionar Conflictos internos, y la justicia indígena debe ser indudablemente ejercida para buscar una solución a los diversos problemas y conflictos internos, es decir que se ocasionen en su comunidad; por lo que

no es posible que conozcan conflictos que no les corresponda, porque serían ya conflictos externos y ajenos.

Conforme a la Constitución y Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales, éste es uno de los aspectos más importantes dentro de los elementos del reconocimiento constitucional de la justicia indígena, ya que ésta institución puede aplicarse pero siempre sujetándose a la Constitución y a los derechos humanos, ya que existen derechos sustanciales que por ningún motivo pueden dejar de observarse, al estar universalmente reconocidos por lo que deben ser respetados y acatados. En la constitución de 1998, se podía decir que la limitación a la justicia indígena era la Constitución y la ley, hoy en la Constitución del 2008 los indígenas para aplicar sus normas y procedimientos propios no deben ser contrarios a la Constitución y derechos humanos.

Así podemos realizar una comparación con la Constitución de 1998, anotando varios avances, incluyendo por ejemplo:

- a) La ampliación de los derechos colectivos (artículo 54) de 15 a 22 derechos, incorporando elementos del derecho internacional.
- b) El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado (artículo 1) y el carácter ancestral de los pueblos y el territorio (artículo 4).
- c) El reconocimiento y la inclusión de justicia indígena y la jurisdicción indígena (artículo 171).¹³

Al realizar un análisis profundo de cada una de las constituciones, se concluye que hoy existen mucho más derechos en beneficio de los indígenas, que apuntan a un estado garantista en donde se vela por los intereses de cada uno de los sectores, sobre todo aquellos que han sido por siglos víctimas de atropellos, humillaciones, discriminaciones y violaciones a sus derechos, como es el sector indígena.

¹³García Serrano Fernando; La Jurisdicción Indígena del monismo jurídico a la interlegalidad; 2008; pág. 485

La Constitución que hoy rige en nuestro país, cobija una verdadera reivindicación de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, en cuanto a la vigencia y aplicación de los mismos, así como mantener su organización social, pero al mismo tiempo impone ciertas limitaciones en el ejercicio ya de la justicia indígena, por cuanto puede aplicarse dichos procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución ya los derechos humanos, entonces ahí si da una situación sui generis ya que las sanciones en las comunidades indígenas son consideradas muchas veces crueles y que atentan contra los derechos humanos, entonces como se puede saber cuándo una sanción es o no inhumana?¿Y quién es la autoridad o entidad encargada de catalogar tales situaciones?

La respuesta es: una ley que la regule, ya que de esta manera no estaríamos frente a estos vacíos en la aplicación de la justicia indígena, y se diera una verdadera reglamentación de esta institución jurídica que se ha venido ejerciendo desde siempre por los pueblos nativos quienes consideran que sus costumbres se encuentran en un sitio muy importante al momento de aplicar sus instituciones.

1.5. La justicia indígena en la legislación ecuatoriana.

La administración de justicia en el Ecuador no ha funcionado de manera correcta, es por ello que existen otras formas de administración de justicia y solución de controversias, las mismas que se encuentran reconocidas por el sistema legal actual, entre ellas la Justicia Indígena que se caracteriza por la solución efectiva de los conflictos suscitados dentro de las comunidades, respetando siempre sus usos, hábitos y costumbres. Este sistema de solución de conflictos es reconocido y aceptado por el estado, por lo que se encuentra plasmado en la Constitución y en la legislación que rige en el país, existen normas aunque “no muchas” que se refieren al reconocimiento mas no al procedimiento de la justicia indígena.

El tema de la justicia indígena ha sido muy debatido, pues para algunos juristas puede estar limitando el ámbito de aplicación de la justicia ordinaria,

pero es plenamente válida ya que no solo está reconocida en la Constitución sino también en otras normas que le dan legitimidad y autenticidad, es por ello que hoy se le considera un tema muy independiente que tiene sus características propias y no subordinado a la justicia ordinaria, pues se encuentra plasmado por ejemplo en el código orgánico de la función judicial:

“Art. 343.- AMBITO DE LA JURISDICCION INDÍGENA.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.”¹⁴

Esta norma le da un poder especial a la justicia indígena, en el que las autoridades tienen funciones jurisdiccionales, basadas en su cultura, costumbres y tradiciones propias de sus pueblos para solucionar los diversos problemas que se den dentro de su ámbito territorial, es decir que no pueden ejercerlo más allá de su territorio ya que les correspondería resolver a las autoridades de la justicia ordinaria.

También es importante hacer hincapié en que esta norma reconoce incondicionalmente la equidad de género, al hacer un especial énfasis en la participación de las mujeres para la solución de conflictos indígenas, pues por ninguna circunstancia se puede dejar de lado sus opiniones y decisiones, esto es muy importante ya que de esta manera se está rompiendo una gran diferencia que ha existido históricamente entre hombres y mujeres, limitando la capacidad de las mismas, ya que no tenían

¹⁴Código Orgánico de la Función Judicial; 2008; Art.343

derecho a opinar, predominando así un machismo que hoy no existe, pues las mujeres han demostrado su talento, habilidad y gran capacidad en todos los ámbitos social, económico y político; es por ello que hoy en día se torna importante hablar de una equidad de género, la misma que conlleva un equitativo y justo trato entre hombres y mujeres, para el desarrollo en sí de la sociedad.

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena;

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judicial, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas,

con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.¹⁵

La ley impone a los funcionarios judiciales que en los diferentes procesos tienen que observar varios principios que garantizan los derechos de los pueblos indígenas, es decir no pueden dejar de aplicarlos, deben tener presente el derecho ancestral, sus costumbres, tradiciones, para de ésta manera hacer efectivo el goce de la diversidad cultural que existe en nuestro país.

De igual manera, exige que todos aquellos procesos en los que intervengan indígenas, deben ser claros, y comprendidos por parte de ellos, teniendo indispensablemente que contar con un traductor que explique en su idioma cada uno de las partes que se van dando en el proceso, así como las normas aplicables, sin tener excusa alguna para no hacerlo, con esto se está garantizando que el derecho de comprensión y entendimiento del indígena sea respetado.

El literal c) de este artículo es importante analizarlo a profundidad, ya que muchas veces se presenta confusión entre justicia indígena y justicia ordinaria, por ello se tratará más adelante en el capítulo IV de este trabajo, ya que merece un especial estudio. Implica que todas aquellas resoluciones emanadas de las autoridades indígenas, no pueden ser revisadas o juzgadas por los jueces de la función judicial ni por autoridad administrativa, ya que una persona jamás podrá ser juzgada dos veces por el mismo delito ya sea en el sistema jurídico estatal o sistema indígena , pues es una garantía constitucional.

El estado ecuatoriano reconoce la justicia indígena de tal manera que, en caso de duda entre la jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria prevalece la primera, ya que de esta manera se conserva la autonomía propia de los pueblos ancestrales, y además se recalca la existencia de un verdadero pluralismo jurídico en donde coexisten dos sistemas jurídicos.

¹⁵Código Orgánico de la Función Judicial; 2008; Art.344

En caso de interpretación, cuando formen parte de un proceso actores indígenas, hay que respetar sus derechos ancestrales, resaltando sus costumbres y tradiciones, y sobretodo considerar el elemento cultural, que es realmente lo que predomina para brindar un verdadero reconocimiento de derechos para este grupo originario.

Art. 345.- DECLINACION DE COMPETENCIA.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.¹⁶

Con este artículo, se da celeridad al proceso que este sujeto a la administración de justicia indígena, ya que los jueces que tengan conocimiento de ello declinarán su competencia de dicho proceso por solicitud de las autoridades indígenas, ya que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa, en la jurisdicción indígena y ordinaria, es por ello que la norma invocada anteriormente está debidamente formulada, con ella se garantiza una vez más el cumplimiento de un mandato constitucional; pero al mismo tiempo no es tan real la aplicación de esta norma por cuanto las autoridades judiciales muchas veces creen que son ellos los competentes al no reconocer el poder jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas.

Art. 346.- PROMOCION DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

¹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 345

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.¹⁷

A pesar de las múltiples diferencias existentes entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, que conllevan muchas veces a ciertos conflictos de competencia, es necesario que se lleguen a establecer mecanismos de cooperación y relación entre las mismas; y esta norma establece que el consejo de la judicatura será el órgano encargado de hacerlo, capacitando a los jueces encargados de resolver procesos en los que se involucren indígenas. Es muy importante que todos los funcionarios judiciales respeten las costumbres de los pueblos indígenas y conozcan cuáles son sus derechos ya que de esta manera se evitaría la vulneración de los mismos.

Se debe lograr concordancia entre todas las funciones jurisdiccionales que poseen las autoridades indígenas, con las del sistema jurisdiccional nacional, ya que se trunca o limita la aplicación efectiva de la justicia indígena, por la falta de una ley que es necesaria para que las costumbres, uso y tradiciones vigentes en cada comunidad, se respeten y sean aceptados por la sociedad, ante todo por quienes son los encargados de administrar justicia en país, los jueces.

1.6. Reconocimiento internacional de la Justicia Indígena.

La Justicia Indígena a más de estar reconocida a nivel constitucional, tiene un gran reconocimiento internacional, es por ello que varios países son

¹⁷ Ibídem; Art. 346

garantistas en la actualidad de los derechos de los indígenas quienes por muchos años han sido discriminados y privados de muchos aspectos sociales y políticos, que hoy ocupan un sitio muy importante en la vida de los países sobretodo latinoamericanos.

La población indígena, según datos del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas de la ONU (IWGIA); representa el 4% de la población mundial; pero a la vez representa el 95% de la diversidad cultural. De estos el 50% viven en las selvas tropicales de la Amazonia, África, Sudeste de Asia y Melanesia; áreas de alta diversidad biológica y amenazadas incluso por la explotación irracional de sus recursos que ponen en riesgo la sobrevivencia de la comunidad mundial.¹⁸

Es verdad que ha quedado ya una mínima parte de la población indígena a nivel internacional, pues poco a poco, luego de la colonización han ido desapareciendo las culturas indígenas, y por muchos años no han sido merecedores de la protección de sus derechos, han quedado en el olvido, ya que ha existido una errónea concepción que consideraba al indígena como un individuo carente de identidad, por lo que era imposible que participen de las políticas estatales.

Pero ya en la actualidad debido a varios factores sobretodo sociales es que predomina en la mayoría de los países el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas con sus propias culturas, tradiciones y costumbres; y es a partir de ello que se les reconoce también ese derecho que tienen de resolver las controversias que se suscitan dentro de sus comunidades, de acuerdo a su propio procedimiento.

Un importante logro de la "población indígena" ¹⁹ a nivel internacional es el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, el mismo que fue suscrito el 27 de Junio de 1989 en Ginebra; pues se considera el primer instrumento de derecho internacional que reconoce la existencia de los

¹⁸ Ávila, Milton ; "Justicia Indígena, Aproximaciones desde el Mundo Shuar", Pág. 13

¹⁹ Pérez Guartambel, Carlos; "Justicia Indígena"; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 291;"considerada como colectividad a nivel internacional..."

pueblos indígenas, en él se plasman ya los derechos indígenas y se les considera como un sujeto de derechos capaz de participar en las políticas de estado, y así poder gozar del pleno ejercicio de sus derechos.

Cabe recalcar que para suscribir éste Convenio, se ha observado las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre población indígenas y tribales de 1957; así como también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y varios instrumentos sobre la prevención de la discriminación.

El Convenio 169 de la OIT tienen el carácter de una norma internacional y en el caso ecuatoriano ha sido ratificado por el Honorable Congreso Nacional el 14 de abril de 1998. Se encuentra en plena vigencia.²⁰

Este convenio es garantista entonces de los derechos de los indígenas, busca eliminar todo tipo de discriminación; formula medidas que garanticen las instituciones propias de los indígenas; exige a cada uno de los estados suscritos al aplicar la ley nacional observe el derecho consuetudinario, es decir respete los procedimientos indígenas; y ante todo que el sistema legal estatal reconozca también un sistema indígena capaz de resolver sus conflictos de acuerdo a su cultura y costumbres.

Es importante avocar algunos de los artículos establecidos en esta Convención, en lo referente al reconocimiento de la Justicia Indígena, para realizar un análisis de cada uno de ellos.

Así el Artículo 2 numeral 2 literal b, establece:

2. Esta acción deberá incluir medidas:

²⁰ Tibán, Lourdes; "Manual de administración de justicia indígena en el Ecuador"; Quito; Fudeki; 2004; Pág.32

“que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.”²¹

Claramente se enfatiza en el pleno goce de los derechos indígenas, defendiendo su identidad propia y ancestral, sus costumbres, idioma, tradiciones y sobretodo respetando sus instituciones las mismas que deben coexistir en el sistema jurídico estatal y debe prevalecer cuando exista de por medio un factor indígena, y de esta manera se podría considerar un estado garantista de sus derechos que sin duda tiene ciertas limitaciones ya que para el estado siempre va a primar su sistema jurídico estatal, y es por ello que en la actualidad se han venido dando múltiples problemas al respecto ya que no se quiere dar tal reconocimiento a la población indígena, a pesar de que en nuestro país han aportado para el desarrollo de varias maneras, encontramos a muchos de ellos muy preparados y con esas ganas de luchar por conseguir un objetivo específico, característica propia del indígena.

Creo, que el problema radica en que no existe una normativa en el Ecuador que especifique cuáles son en realidad las instituciones indígenas que el estado reconoce, y los procedimientos aplicables para lograr una coordinación entre los dos sistemas jurídicos que coexisten en el territorio ecuatoriano para la solución de controversias, en donde se encuentre presente un elemento indígena.

El artículo 8 numeral 1 y 2 de la Convención establece:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los

²¹Convenio 169 de la OIT; 1989; Art. 2, numeral 2, literal b.

derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."²²

Lo que se pretende es que los estados al aplicar sus leyes nacionales que sin duda obligan a todos los habitantes, respeten las instituciones indígenas y todos aquellos mecanismos que se utilizan dentro de las comunidades, basadas en sus costumbres y tradiciones, pues es lógico que la justicia ordinaria debe observar dichas costumbres, pero este artículo de alguna manera está creando una limitación ya que los pueblos indígenas para resolver los conflictos que se susciten dentro de las comunidades deben hacerlo siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos establecidos por el sistema nacional o los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entonces es ahí en donde existe discrepancia porque para muchos como generalmente la prensa las sanciones que imponen los indígenas al cometer un delito dentro de sus comunidades son consideradas como salvajismos y que violentan los derechos humanos.

Consecuentemente la pregunta es: ¿cómo sancionar en las comunidades indígenas sin violentar los derechos humanos? La respuesta es: creando una ley que regule la administración de la justicia indígena. Una ley que reconozca los derechos intrínsecos que poseen todos los pueblos ancestrales, una ley que defina claramente la justicia indígena y especifique cómo se debe dar el procedimiento de sanción en la administración de justicia indígena, sin atentar contra los derechos humanos ya que al estar reconocida en la Constitución, indudablemente se aplica pero con muchos vacíos, que desata incertidumbre frente a ésta institución histórica en nuestro país, ya que en muchos casos se ejecutan erróneamente las sanciones, desencadenando en agresiones físicas y psicológicas, impidiendo de ésta manera cumplir el fin de la justicia indígena que es una acción curativa y reivindicatoria de quienes han cometido un ilícito.

²²Convenio 169 de la OIT; 1989; Art. 8 numeral 1 y 2

1.7. Conclusión.

En el primer capítulo de este trabajo de graduación he realizado un análisis de los aspectos preliminares que son trascendentales para el desarrollo del mismo como el concepto de la justicia indígena que no está definido ni establecido en la normativa que nos rige en el país, solo existe un reconocimiento más no como es el procedimiento, por lo que considero muy importante que debe existir un cuerpo legal en donde se fijen los lineamientos para la administración de justicia indígena.

He realizado también un análisis del reconocimiento constitucional de la justicia indígena, cómo es que la carta magna cobija esta institución, que ha perdurado desde tiempos antiguos y ha sido plenamente ejercida por los pueblos originarios, siendo aceptada o no por el estado. Si bien es cierto existe este reconocimiento pero de una manera limitada ya que establece que las autoridades indígenas pueden aplicar normas y procedimientos propios con base en sus tradiciones ancestrales y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y derechos humanos, pero de esta manera se impide la aplicación efectiva de la justicia indígena, ya que no se sabe con certeza quién puede fijar cuando una sanción es o no atentatoria a los derechos humanos; para evitar estas situaciones que ponen en duda el ejercicio de ésta institución es necesario una ley que regule estos aspectos y se eliminen los vacíos que generan tales situaciones.

CAPÍTULO II.

2. EL DERECHO INDÍGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA

Los indígenas han luchado incansablemente por fortalecer su derecho, aquel que viene marcado desde sus inicios y que se encuentre en permanente desarrollo, basado indudablemente en aquellas costumbres y tradiciones propias de sus ancestros; su derecho histórico ha fijado una línea inquebrantable en todas las comunidades indígenas, puesto que nunca se alejaran de aquel derecho de pertenencia que caracteriza a los indígenas.

Es preciso estudiar el derecho indígena y como ha ido evolucionando su reconocimiento tanto nacional como internacional, cuales son los elementos que lo caracterizan y cuál es su competencia frente a un estado que lo reconoce pero a la vez lo limita. EL ejercicio del derecho indígena abarca la aplicación de todas aquellas instituciones indígenas que viven en cada comunidad que dependen de tiempo y lugar, creo importante el análisis de una de ellas que es la institución jurídica indígena, que implica la concepción de la justicia en cada comunidad y como es su procedimiento de administración de la misma, en base a sus costumbres jurídicas las mismas que están reconocidas en nuestra Constitución.

Creo importante realizar un análisis comparativo entre el proceso de administración de justicia y el proceso penal en la justicia ordinaria, para encontrar algunas similitudes y sobretodo las diferencias entre estos dos sistemas jurídicos vigentes en nuestro país, para de esta manera resaltar los aspectos trascendentales que nos ayudarían a puntualizar la coordinación y cooperación entre los mismos.

2.1 Breve referencia al derecho indígena, su reconocimiento y características.

Ya con el reconocimiento de los indígenas a nivel internacional, sobretodo en Latinoamérica, y atravesando múltiples transformaciones o avances es que se plasma ya su sistema jurídico o derecho indígena, el mismo que es indispensable para la convivencia de los pueblos o nacionalidades

indígenas, pues al ser un derecho histórico y antiguo tiene que estar presente en la actualidad sobretodo en la reivindicación de los indígenas que hoy han logrado varios reconocimientos y garantías dentro del marco jurídico positivo que por mucho tiempo ha limitado el ejercicio pleno y efectivo de estos derechos.

Hay que recalcar, que el derecho indígena ha existido desde siempre, pero es ahora cuando se efectiviza con su reconocimiento, plasmados en la Constitución como en instrumentos internacionales, que han sido creados con el solo objetivo de preservar la identidad propia de los indígenas, que parte del elemento cultural para confluir en la verdadera garantía de sus derechos y es a partir de ello, que se da una verdadera reivindicación del sector indígena, el mismo que necesariamente tiene que implementar para un convivir armónico, un verdadero sistema jurídico indígena o derecho indígena, que es muy antiguo, ancestral y existía en la antigüedad pero que no era relevante ya que el indígena no tenía derecho a participar en las políticas del estado y menos aún gozar de algún beneficio, más bien su vida estaba supeditada a la de los demás.

Definir al derecho indígena, si resulta un tanto complicado, ya que no está escrito en códigos ni en leyes que lo conceptualicen sino más bien parte de ese reconocimiento que la sociedad da a los indígenas en cuanto a la existencia histórica de los derechos de los pueblos originarios, pero para lograr establecer una definición de este derecho indígena es necesario avocar ciertos criterios:

Así Aroldo Cayún, extrayendo del pensamiento ancestral del Consejo Nacional de los pueblos Indígenas de Chile CNPI, nos comparte la siguiente aproximación al derecho indígena:

“la norma para constituir derecho no necesariamente debe estar escrita, basta la existencia de lo que los juristas llaman el OPINIO JURIS, esto es la convicción en los individuos de que al ejecutar un acto (previsto por la

norma escrita) están ejerciendo un derecho o cumpliendo una obligación"²³

La confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE ²⁴ en su boletín informativo de mayo del 2011, da la siguiente definición:

"para nosotros los indios, el derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de un conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico."²⁵

Esta definición es muy importante ya que proviene, directamente de los indígenas, que son los que viven día a día las realidades sociales y quienes administran directamente la justicia, sin intermediarios sin depender de 1 sola autoridad que muchas veces por presiones políticas no juzga de acuerdo a la ley y de manera justa, por el contrario los indígenas son los encargados de que en caso que exista incumplimiento de sus normas o se cometa cierto delito dentro de su comunidad, se sancione de manera inmediata con el objetivo de conseguir la paz social en la comunidad y de esta manera al infractor someterle a un procedimiento de rehabilitación con el objetivo de que no vuelva a cometer el delito.

Es a partir del siglo XX que en Latinoamérica existe una lucha constante por el reconocimiento de los derechos indígenas, debido a que por mucho tiempo han sido separados del accionar del estado y han sido aislados por que han predominado clases sociales aristocráticas que no permitían la inclusión de este sector a las políticas, planes y programas estatales, pero

²³Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 178

²⁴La CONAIE es una organización Nacional que aglutina en su seno a las Nacionalidades, Pueblos, comunidades, Centros y Asociaciones indígenas del Ecuador. <http://www.conaie.org/sobre-nosotros/que-es-la-conaie>(Octubre 2011)

²⁵Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 179

hoy en día se ha conseguido ya el reconocimiento constitucional de varios estados que se han preocupado por reivindicar estos derechos sociales.

Se tiene también que mencionar, que existe un reconocimiento internacional con acuerdos internacionales que de igual manera garantizan el pleno y efectivo goce de estos derechos indígenas, y a los cuales se adscriben varios países siendo instrumentos jurídicos en pro del sector indígena que se aplican a la legislación nacional de cada país, y que tienen que ser tomados en cuenta sobre todo al momento de que los jueces administren justicia.

Existe un verdadero reconocimiento de un derecho que sin duda regula constantemente el convivir de las comunidades indígenas, cuyo objetivo primordial es buscar la calma entre los comuneros, el respeto a su cultura y tradiciones, a su origen histórico que es el aspecto más relevante para que el indígena sea sujeto de derechos.

Considero importante hacer un breve estudio de las características del derecho indígena y para ello avoco aquellas que manifiesta Carlos Pérez Guartambel en su libro Justicia Indígena:

Las características del derecho indígena:

1. Preceptos y normas milenarias de pueblos originarios, es necesario insistir que el Derecho Indígena no tiene normas escritas recopiladas en un cuerpo legal o código; sin embargo existen preceptos desde tiempos inmemoriales y varias constituciones de los estados Nacionales empiezan a recoger con un tácito reconocimiento....²⁶

Es verdad que no existen normas escritas en donde este escrito el derecho indígena y sus instituciones, no existe normativas que regule internamente a las comunidades, pero implícitamente han venido aceptando y ejerciendo por años su propia normativa que es su costumbre, pues ellos no necesitan

²⁶Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca ;2006; Pág. 180

que una ley en su comunidad les exija cumplir ciertas obligaciones ellos saben cuáles son las reglas y las consecuencias en caso de incumplirlas.

2. Concepción cosmogónica filosófica, cada pueblo cuenta con su pensamiento filosófico – *patrimonio intangible*-que guía la convivencia social de sus miembros, sustentado en el pasado histórico, que determina el presente del hoy fugaz y casi imperceptible... Su concepción es integral, holística, considera a la naturaleza, hombre y Pachamama como un todo que conviven interrelacionados, es un ser vivo total y cuando unos de estos elementos se alteran también altera todo...²⁷

El pensamiento filosófico que predomina en los pueblos indígenas, es importante ya que es la concepción que tienen sobre su convivir, que es lo que tienen que hacer de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, la idea de lo auténtico, lo vivo aquello que no muere jamás, ese sentimiento de pertenencia de que su historia perdura y está presente a través del ejercicio de las diferentes instituciones propias de la comunidad.

3. Transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos, el derecho indígena al no contar con normas escritas y mucho menos codificados, se mantiene en la memoria colectiva, a través del mecanismo de la oralidad, mediante la transmisión vivencial de generación perennizando indiscutiblemente.²⁸

Es lógico que al no tener leyes escritas se sujeten a aquellas que son orales y así es como se maneja el sector indígena, todos conocen de las normas que deben seguir dentro de su circunscripción y es a través de la oralidad, pues las autoridades indígenas son las encargadas de comunicar los aspectos de mayor relevancia y de los procedimientos, y en caso de incumplimiento cuáles son las sanciones aplicables; pues aquí participan toda la comunidad a pesar de no existir norma escrita que los obligue, por sentimiento de pertenencia lo hacen.

²⁷ Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; pág. 182

²⁸ Ibídem; pág. 187

4. Reconocidos y aceptados por adhesión, la diferencia básica entre el derecho liberal y el derecho indígena se basa en la coercitividad del primero y la adhesión a las normas y preceptos del segundo.²⁹

La ley es coercitiva por lo que exige y obliga a los habitantes del estado, reconociendo que aquello que no se encuentra establecido en la ley pues, es ilegal, y el ciudadano está consciente que la ley le prohíbe o le permite hacer algo, mientras que la costumbre al ser fuente del derecho no puede sobrepasar a la ley por lo que se aplica de manera restringida, es por ello que en el derecho indígena se da una adhesión a las normas ya que existe una verdadera “devoción” de su propia norma a la que todos están sujetos, sin encontrarse escrita.

2.2 Elementos del derecho indígena y su competencia.

Toda institución tiene sus componentes que lo caracterizan y muchas veces lo diferencian de las demás; el derecho indígena implica una identidad propia y ancestral basada en los comportamientos reiterados de una comunidad, es decir sus costumbres, y para ser considerado como tal cuenta con varios elementos que son indispensables analizarlos para entender de mejor manera al derecho indígena que es la base para el estudio de la justicia indígena.

Según Carlos Pérez existen varios elementos que caracterizan al derecho indígena:

- Autoridad, generalmente la autoridad se enmarca dentro de una institución unipersonal y pluripersonal en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por el propio pueblo. Así tenemos como primera autoridad a interior de familia el padre...En otros pueblos es el presidente de la comunidad quien ejerce la autoridad...Ahora si la falta es grave y extremadamente compleja como el homicidio es la

²⁹Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca ;2006; pág. 188

asamblea general el organismo supremo encargado de proveer justicia en función de informes del organismo directivo o cabildo y obviamente conforme a las indagaciones que se hayan realizado.

- Legislación, el derecho indígena cuenta con normas y preceptos que son aplicados a todos por igual, sin preferencias, discriminan y peor resentimientos, algunas normas de conducta han sido modificadas en función de las demandas sociales, concertadas por la comunidad indígena, en su compleja relación con un estado y la sociedad que los ha ignorado, discriminado y lo peor sojuzgado, injustamente deslegitimando, por una supuesta ilegalidad de sus actos, al considerar que el derecho oficial es el único que vale.
- Sanciones, si bien se privilegia la prevención de las infracciones al orden social y de presentarse el ilícito se corrige con consejos, sin embargo a veces simbólica y en otras severamente dependiendo de la falta y su gravedad. En efecto, existen normas coercitivas, mediante un sistema de sanciones, que en general procura devolver el equilibrio social imperante en la comunidad, aclarando que es un sistema en donde se privilegia el saneamiento espiritual, la compensación y se evitan sanciones penitenciarias prolongadas de reclusión mayor, es decir de 5, 10 o más años de encarcelamiento.
- Procedimiento, son normas cuya flexibilidad es notoria, el proceso de juzgamiento es ligero y sin formalismos tediosos, la oralidad es la norma del proceso, el veredicto a veces es anotado en un acta cuando el infractor se obliga compensar al ofendido. Además el procedimiento se guía por principios generales sobre los que se encauza para resolver los conflictos. Precisamente la falta de codificación y su naturaleza de principios generales ha permitido acumular conocimientos fruto de la experiencia y habilidad en aplicar el sistema jurídico.³⁰

³⁰Pérez Guartambel, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; pág. 192

Estos elementos son muy importantes dentro del derecho indígena, ya que cada uno de ellos cumple una determinada función, la autoridad es la cabeza que dirige a la comunidad y quien cuenta con facultes propias que han sido adquiridas por el reconocimiento de los indígenas quienes están conscientes que necesitan de una autoridad que dirija las diversas actividades o diligencias a cumplirse dentro de la comunidad, y ante todo dirija los procedimientos de juzgamiento.

Cuentan además con sus propias normas las mismas que no necesitan estar escritas ya que están en la conciencia de cada uno de los comuneros y a la vez son aceptadas por ellos, éstas normas ancestrales son conocidas por todos ya que están presentes desde épocas arcaicas y han sido aplicadas reiteradamente, por lo que tienen que ser acatadas por los indígenas y en caso de incumplimiento de ellas existe una consecuencia lógica que es la sanción, otro elemento importante del derecho indígena sin el cual no podría conseguirse un equilibrio social ni lograr ante todo la paz en las comunidades indígenas. Pero para la aplicación de una sanción es necesario seguir un procedimiento es decir una serie común de pasos para de ahí si aplicarla sanción, pues en las comunidades indígenas estos pasos se realizan sin formalismos como es en el procedimiento ordinario, pues aquí se realiza de manera oral en presencia de los comuneros, es público, es decir aplican su sistema jurídico en base a sus propios principios.

2.3 La justicia en las comunidades indígenas.

Los indígenas sienten que aún existe cierta discriminación hacia ellos, y es precisamente esa la razón primordial para que el sistema estatal no se haya preocupado por crear una ley en donde se plasmen sus derechos y apliquen sus instituciones propias basadas en sus costumbres y tradiciones, pues ellos administran justicia a su manera como se ha venido aplicando reiteradamente pero existiendo de por medio una limitación a la misma por cuanto la Constitución reconoce su manera de administrar justicia pero en cuanto a las sanciones no pueden ir en contra de los principios establecidos en ella, ni contra los derechos humanos, entonces es verdad que el sector

indígena se encuentra aún aislado del estado al no poder aplicar sus instituciones de acuerdo a sus costumbres.

Los indígenas, el término JUSTICIA asocian con hacer pagar o sancionar por algo, como el castigo que se debe dar a quien ha infringido ciertas normas indígenas vigentes en su comunidad, como el cometimiento de un delito por ejemplo que debe ser sancionado con un objetivo correctivo y preventivo, y así lograr la paz social. Pero en el derecho indígena en realidad no existen leyes en donde estén descritos cada uno de los delitos y la sanción aplicable a los mismos como sucede en la justicia ordinaria, en donde incluso se hace una clara diferenciación de los delitos considerados graves y los leves, pero en las comunidades indígenas no existe esta clasificación de los delitos por la gravedad ya que la autoridad juzga a la persona en cuanto se ha perturbado la tranquilidad de la comunidad y sus miembros con la finalidad de sancionar a quien infringió las normas indígenas.

Para entender de mejor manera la administración de justicia indígena en las comunidades Carlos Pérez Guartambel establece que:

Sin pretender ni remotamente que el derecho indígena tiene una clasificación determinada, esquemática y menos rígida, sino con fines pedagógicos se atreve a clasificar así:

Justicia Penal:

- Delitos contra la propiedad
- Homicidios e intentos de homicidas
- Brujería
- Iguanada
- Rabo de raposo
- Agresiones físicas
- Accidentes de tránsito
- Chismes
- Pandillas juveniles
- Estafas

- Abusos Sexuales
- Envenenamiento a animales

Justicia Política

- Impugnación de autoridades comunales
- Resoluciones administrativas
- Mingueros del proyecto nero contruyen la utopía
- Irrespeto a autoridades
- Conflictos interreligiosos

Justicia Social

- Separaciones Conyugales
- Adulterios
- Gagos- relaciones incestuosas
- Embarazos
- Chuzalongos
- Abortos
- La descriminalización del aborto
- Celos
- Maltratos Conyugales
- Desobediencia de menores
- Ociosidad

Justicia Civil

- Linderos territoriales de comunas
- Linderos de predios individuales
- Herencias
- Destrucción de bosques
- Deudas
- Reproducción de animales
- Obstáculos a servidumbres
- Conflictos por el agua
- Conflictos intercomunitarios

- El agua determina la vida humana³¹

Hay más ilícitos que se cometen a nivel comunitario, sin embargo no son muy frecuentes y en el evento de presentarse se juzga aplicando los correctivos parecidos a los delitos anotados.³² Cabe analizar esta clasificación que hace el autor ya que los indígenas sancionan todos estos delitos sin tener en cuenta si son penales, civiles, de tipo social, pues para ellos se ha cometido un delito y se tiene que aplicar una sanción, ya que se ha perturbado la tranquilidad en su comunidad.

Sin embargo estos no son todos los delitos que se cometen dentro de las comunidades existen una infinidad de ilícitos, pero los más comunes son los delitos contra la propiedad sobre todo el robo de animales, conocido como abigeato y tipificado en el código penal como delito, este ilícito se comete en la actualidad con frecuencia por jóvenes indígenas dentro de las comunidades pues generalmente lo hacen en las madrugadas para no ser identificados ni sancionados por el mismo.

Las comunidades indígenas aplican la justicia penal no tanto por la sanción que se aplique sino más bien lo que se pretende es corregir o enmendar la conducta del culpable, por violentar los principios ancestrales como no robar o ama shwa, para ello es necesario cumplir con un procedimiento y ciertos requisitos. La justicia indígena también tiene un tema de análisis, en cuanto a la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, pues aquí no existe una clara diferenciación entre estos dos términos ya que no existen varias clases de jueces sino es una sola autoridad reconocida por la comunidad debido a su honorabilidad la que dirige los juzgamientos.

Se podría hablar de una cierta competencia entonces que tiene dicha autoridad para resolver los conflictos dentro de su circunscripción territorial, incluso cuando un indígena comete un ilícito fuera del territorio indígena debería ser juzgado por la justicia indígena y ahí está precisamente un grave problema que no se encuentra establecido o no existe norma alguna

³¹ Pérez, Carlos; Justicia Indígena; Cuenca; U de Cuenca; 2006; Pág. 327

³² Ibídem; pág. 328

de quien tiene competencia cuando no se comete dentro de la comunidad o cuando una persona que no pertenece a la comunidad comete un ilícito dentro de la misma, esto será analizado con profundidad más adelante, pero para si es preciso mencionar que según el código civil la jurisdicción y competencia es:

Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutarlo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.³³

El código penal establece:

Art. 16.- Exclusividad.- Sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal.

Art. 19.- Legalidad.- La competencia en materia penal nace de la ley.³⁴

La competencia y la jurisdicción son conceptos totalmente diferentes sobre todo al momento de administrar justicia.

El Artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

Art. 345.- DECLINACION DE COMPETENCIA.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de

³³ Código de Procedimiento Civil; art. 1

³⁴ Código Penal del Ecuador; Art. 16 y Art.19

ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.³⁵

Esta norma le da un especial reconocimiento a la justicia indígena, pues los jueces renunciarán a la competencia de un proceso que sea conocido por las autoridades indígenas, para que luego de cumplir ciertos requisitos se remita el proceso a la justicia indígena. Si se cumple, desde esta perspectiva no existiría conflictos de competencia entre los dos sistemas jurídicos el problema se plantea cuando no se puede determinar qué sistema debe juzgar cuando una persona que no pertenece a la comunidad comete un delito dentro de ella, o si un indígena lo comete fuera de la comunidad.

Milton Ávila en su obra *Manual Teórico Practico Justicia Indígena*, habla sobre la dimisión de conflictos internos de los pueblos indígenas y sostiene que la administración de justicia de los indígenas tiene como objetivo resolver sus conflictos internos; es decir cada autoridad cuenta con jurisdicción para conocer y resolver los conflictos que se suscitan entre los miembros de su comunidad, sostiene que no es el principio de la territorialidad la que define la competencia de la autoridad indígena, como ocurre en nuestra justicia penal ordinaria; sino la pertenencia o no del sujeto en conflicto a determinado grupo diferenciado.³⁶

En este sentido vemos claramente que la justicia para los indígenas es completamente diferente a la concepción occidental o en si la justicia ordinaria pues es una institución propia de ellos, que se basan en la costumbre es decir en los comportamientos reiterados que vienen aplicando desde la antigüedad, desde sus ancestros, que es consecuencia directa de la manifestación del derecho de libertad y autonomía que tienen los indígenas para saber que ése es el sistema que les pertenece y por tanto se someten a él.

³⁵ Código Orgánico de la Función Judicial; 2009; Art. 345

³⁶ Ávila, Milton; "Justicia Indígena Aproximaciones desde el mundo Shuar"; Cuenca; Carpol; 2006; Pág. 163

2.4 Procedimiento en la administración de justicia indígena.

Así como en la justicia ordinaria existe un procedimiento para administrar justicia y sancionar por ciertos delitos, la justicia indígena también tiene su propio procedimiento el mismo que tiene que ser aplicado por las autoridades indígenas para poder castigar o sancionar al culpable, y así garantizar de alguna manera el debido proceso, según la Comunidad Chichico Rumi, el procedimiento es el siguiente:

1. Willachina, aviso o demanda.

Es decir es el aviso o la demanda que hacen los afectados, poniendo en conocimiento de las autoridades indígenas sobre el cometimiento del delito y quiénes son los involucrados, teniendo de esta manera las autoridades la obligación de iniciar el proceso, de acuerdo a la denuncia presentada.

2. Tapuykuna, investigación.

Esta es la etapa de investigación, en donde las autoridades indígenas tienen que profundizar hasta llegar a la veracidad de los hechos, tratando de encontrar todas aquellas pruebas que son necesarias para descubrir si se cometió o no el ilícito, y sobretodo quien es el responsable que es lo más relevante, para la aplicación de la sanción de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.

3. Chimbapurana, confrontación entre acusado y acusador.

Es la etapa en la que se da el careo entre los involucrados, pues se realizan todas aquellas acusaciones y también tiene derecho a la defensa, es decir se da la aclaración de los hechos, pero es necesario que se instale la asamblea general que es previamente convocada por el secretario y presidente, tanto a las partes como a los comuneros, en la que se da a conocer los hechos, desde la demanda hasta los resultados de la investigación para que los comuneros conozcan el conflicto. Se concede la palabra a las partes para que ante la comunidad el demandante de manera oral, narre

los hechos, y luego el acusado también hace uso de su legítimo derecho a la defensa sin la presencia de abogado, éste verbalmente contesta la demanda aceptando o negando los hechos de los que se le acusa, en caso de aceptar el podrá solicitar se atenúe la sanción, pero en caso de no ser responsable puede de igual manera pedir que se le sancione al acusador, por no tener las pruebas suficientes como para probar su culpabilidad.

4. Killpichirina, sanción.

Luego de considerar las pruebas y haber demostrado los hechos, la asamblea general establece la sanción para el culpable del ilícito, la misma que dependerá de la gravedad del hecho, y siempre que sea aceptada por la comunidad es decir que tenga sustento tanto en sus costumbres como tradiciones, las sanciones son generalmente pecuniarias como multas o físicas cuando les baña en agua helada, o son ortigados.

5. Paktachina, cumplimiento de la sanción.

En esta etapa se da el cumplimiento de la sanción que se ha establecido para el acusado, pues es la ejecución, que tiene varios objetivos como la transformación del individuo para bien de la comunidad, la purificación el alma y sobretodo de esta manera se da la compensación del daño causado.³⁷

Este es el procedimiento que se sigue cuando se ha cometido un ilícito dentro de las comunidades, es decir se ha violentado uno de los principios generales vigentes, basados en costumbre, usos, hábitos de los pueblos y nacionalidades indígenas, y lo que se pretende con este procedimiento es de alguna manera garantizar los derechos tanto del afectado o acusador como del acusado; pues para iniciar un juzgamiento es necesario que quien se siente afectado de aviso a las autoridades indígenas de lo sucedido y presente sus pruebas para que se imponga el castigo correspondiente, pero también el acusado tiene el derecho a exponer sus argumentos ,aceptar en

³⁷<http://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>(Diciembre 2011)

caso de que sea culpable y pedir una disculpa a toda la comunidad por perturbar la paz social o presentar de igual manera sus pruebas para esclarecer el asunto y demostrar que no ha cometido ningún ilícito.

2.5 El Proceso Penal en General y el procedimiento en la administración de justicia ordinaria.

Una vez analizado el procedimiento en la administración de justicia indígena, es necesario incursionar en el estudio del proceso penal y el procedimiento en la administración de justicia ordinaria para así ver las similitudes y diferencias entre los mismos.

Jorge Zavala Baquerizo establece que el proceso penal es una institución jurídica, única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre estas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción.³⁸

Este concepto que expone el autor implica una institución jurídica con varias características que lo diferencian de los diversos actos procesales que el mismo proceso abarca, y sin duda surge de una verdadera relación jurídica entre el juez y las partes, ya que de lo contrario no existiera proceso penal. Es necesario recalcar que proceso es diferente a procedimiento pues muchas veces se confunden estos dos términos, así el procedimiento es: el camino previsto por la ley para que se desarrolle el proceso.³⁹ Es decir la ley establece el procedimiento o pasos a seguir para que se cumpla el proceso penal, y así su objetivo que es la imposición de una sanción ya que el proceso penal inicia lógicamente porque existe de por medio cierta infracción y un afectado; es lógico que para efectivizar la aplicación de una institución jurídica prevista en la ley, se deben seguir directrices a fin de que se cumplan correctamente todos aquellos actos procesales.

³⁸ Zabala Baquerizo, Jorge; Tratado de Derecho Procesal Penal; Edino; 2004; Pág. 39

³⁹ Ibídem; Pág.43

Este autor, sostiene que el proceso penal se inicia, se desarrolla porque se ha cometido una infracción. Si por circunstancias o condiciones especiales no se llega a imponer la pena, se dice que la finalidad del proceso penal no se ha cumplido por causas excepcionales. No se debe olvidar que conociendo la existencia de la infracción, se entiende que sus autores y más agentes deben ser sancionados con una pena y “para ese fin” se inicia, se desarrolla y concluye normalmente el proceso penal, y no para otro fin. En resumen, el proceso penal se inicia por haberse cometido una infracción (objeto) y para imponer una pena (fin).⁴⁰

Es lógico que si se inicia un proceso penal, pues es porque existe el cometimiento de una infracción y lo que se pretende con él es precisamente que se castigue esa conducta con la imposición de una sanción, todo ello de acuerdo a lo establecido en la ley penal vigente.

Dentro del proceso penal se siguen varias etapas en donde lógicamente quien es acusado tiene la posibilidad de probar que no es el autor de la infracción, es por ellos que se tiene que realizar todas las investigaciones necesarias a fin de que se fundamente o no una acusación.

Entonces el procedimiento que se sigue cuando se ha cometido un delito consta de varias etapas que según el código de procedimiento penal son:
Art. 206.- Etapas.- Por regla general el proceso penal se desarrolla en las etapas siguientes:

1. La Instrucción Fiscal;
2. La Etapa Intermedia;
3. El Juicio; y
4. La Etapa de Impugnación.⁴¹

En cada una de estas etapas se va cumpliendo ciertos objetivos como en la indagación previa que se da antes de la instrucción, en ella se investigara todos aquellos hechos que puedan concluir la existencia de infracción

⁴⁰ Ibídem; Pág.47

⁴¹ Código de Procedimiento Penal, Art.206

penal, y no podrá prolongarse por más de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por más de dos años en los delitos sancionados con pena de reclusión. Si el Fiscal llega a obtener elementos que le permitan imputarla autoría o participación en el delito a persona de inmediato iniciará la instrucción aunque el plazo ya hubiere vencido, pero tomando en cuenta que la acción penal no hubiere prescrito según la ley.

Luego de la indagación, cuando el Fiscal considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona la participación en un hecho delictivo, abrirá la etapa de instrucción fiscal, en la que se receptan las versiones del imputado quién relatará las circunstancias del hecho, cómo se dieron. Esta etapa durará el plazo máximo de 90 días y concluirá cuando se han realizado todos los actos de investigación y el fiscal emitirá el dictamen en 6 días que puede ser acusatorio si es que existen datos importantes que le permiten presumir que el imputado es el autor o participe de la infracción penal; y puede abstenerse, cuando el juez considere que no hay elementos suficientes como para promover un juicio en contra del imputado.

Luego viene la etapa intermedia, el juez convoca a audiencia preliminar en la que se escucha al imputado, Fiscal y acusador particular. Pero cuando el Fiscal no haya acusado, el Juez, si considera necesaria la apertura del juicio o si se ha presentado acusación particular, ordenará que se remitan las actuaciones a Fiscal superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento del inferior. Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el juez debe admitir el dictamen Fiscal y dictar auto de sobreseimiento.⁴²

La etapa de juicio, es aquella en la que si el juez considera que de los resultados de la instrucción Fiscal sí existen presunciones fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio. Si el Juez considera que los resultados de la Instrucción Fiscal no ameritan el auto de llamamiento a juicio, podrá archivar el proceso.

⁴² Código de Procedimiento Penal; Art. 231

El código de procedimiento penal en su artículo 251 establece claramente que la etapa del juicio se sustanciará en base a la acusación fiscal. Si no hay acusación Fiscal, no hay juicio. Aquí se receptarán testimonios del imputado, ofendido, testigos, peritos para llegar a establecer la infracción penal.

Y por último la etapa de impugnación, que según el código de procedimiento penal establece:

Art. 324.- Facultad de impugnar.-Las sentencias, autos y resoluciones son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código. Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes. El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.⁴³

El objetivo de estudiar el proceso penal en general y el procedimiento en la administración de justicia ordinaria, es para puntualizar las semejanzas y diferencias existentes frente a la administración de justicia indígena.

Si existen analogías entre los dos sistemas como:

- Los indígenas siguen un procedimiento que existe desde hace mucho tiempo atrás, para llegar a determinar la sanción; es decir, tienen que cumplir ciertos pasos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones que lo han venido haciendo de generación en generación; al igual que en la justicia ordinaria que tiene que cumplirse imperativamente un procedimiento para llegar a determinar la existencia o no de la infracción.
- En la justicia indígena existe una etapa de investigación o *Tapuykuna*, como en la indagación previa e instrucción fiscal de la justicia ordinaria, en ésta etapa se reúnen los elementos necesarios

⁴³ Código de Procedimiento Penal; Art. 324

para determinar la existencia de la infracción o si es que existen otros implicados para así establecer o no la culpabilidad.

- En la justicia indígena existe la instancia *Chimbapurana* en la que se da la confrontación de las partes, cada uno expone su versión ante la comunidad, presentando pruebas para esclarecer los hechos y admitir o descartar culpabilidad.
- Los indígenas tienen la etapa denominada *Killpichirina* en la que se impone la sanción correspondiente, las autoridades indígenas conjuntamente con la comunidad presente atribuyen la sanción al culpable dependiendo del delito, para que inmediatamente la ejecuten, como en la etapa de juzgamiento de la justicia ordinaria pues el juez luego de la investigación y recopilación de pruebas, llega a determinar la culpabilidad, y establece la pena a cumplirse por el delito cometido.
- En cuanto a la ejecución de la sanción o *Paktachina*, las autoridades indígenas se encargaran de hacer que se cumpla la sanción impuesta, al igual que el juez mediante sentencia ordena que se ejecute la misma.

Si existen similitudes en el procedimiento en la justicia ordinaria y la justicia indígena, pues se tiene que seguir una serie ordenada de actos, para así establecer la existencia de la infracción, la responsabilidad y culpabilidad.

Pero existen también algunas diferencias en el procedimiento como:

- En la justicia ordinaria el procedimiento se encuentra tipificado en el código penal, es decir está escrito mientras que en la justicia indígena no, pues su procedimiento existe desde hace algún tiempo atrás y está en la conciencia de cada uno de los indígenas por su cultura, hábitos y costumbre.
- El proceso penal se sustancia en la función judicial, ante un juez quien es la autoridad investida de jurisdicción y competencia para conocer

el caso, no puede realizarse fuera del ámbito judicial, mientras que en la justicia indígena no existe un lugar específico para sustanciar el caso, pues depende de varias circunstancias, y lo hacen en algún lugar de la comunidad, previo el consenso de los comuneros.

- El proceso penal al sustanciarse ante juez se lo hace de manera escrita, todo debe constar en hojas, a diferencia del procedimiento en la justicia indígena se realiza de manera oral, algunos aspectos pueden constar en actas pero no es indispensable ya que la comunidad presencia el juzgamiento.
- En cuanto a la impugnación, los indígenas no pueden hacerlo debido a que la comunidad luego de todas las investigaciones ha concluido que existe culpabilidad, por lo tanto debe imponerse la sanción que debe ser respetada por todos, es inimpugnable.

Luego de realizar éste análisis, se concluye que en los dos sistemas vigentes en el país existe un procedimiento que debe ser respetado y acatado, para cumplir efectivamente con su papel fundamental de sanción, por el cometimiento de un delito; cada uno tiene sus procedimientos con características propias que permiten comparar y diferenciar el uno del otro, pero que deben ir de la mano para que exista coordinación en la aplicación de éstos dos sistemas.

2.6 Análisis de las características en la administración de justicia indígena.

La administración de justicia indígena al ser un procedimiento propio de los pueblos originarios latentes en su costumbre y tradición, se caracteriza por tener una singular y especial forma de ejercer o aplicar su justicia, me permito resaltar algunas de las características que la diferencian de la administración de justicia ordinaria, entre las más importantes:

- No existe un lugar exacto en donde debe realizarse el proceso ya que al estar presente la comunidad puede llevarse a cabo en

cualquier espacio físico dependiendo en donde se cometió el delito, a diferencia de la justicia ordinaria que todo tiene que sustanciarse en la función judicial en donde se llevará a cabo todo el proceso.

- Todas las personas de la comunidad que deseen formar parte del procedimiento pueden hacerlo, es decir todos tienen derecho a participar cuando existe un juzgamiento por cierta infracción, es público, ya que las autoridades indígenas que lógicamente cuentan con jurisdicción llevan a cabo y dirigen todo el procedimiento, pero participa activamente la comunidad.
- Los indígenas administran justicia de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario, es por ello que el objetivo principal de sancionar una infracción es mantener esa paz y armonía en la comuna es entonces una sanción correctiva, por haberse violentado los principios ancestrales por siglos en los pueblos y nacionalidades indígenas.
- La justicia indígena, posee elementos jurisdiccionales propios que la diferencian de la justicia ordinaria, haciendo efectivo un procedimiento que ejecuta la autoridad indígena, sin tener que recurrir a la normativa vigente en el territorio, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución para las sanciones aplicables dentro de la comunidad indígena.
- El procedimiento de administración de justicia indígena es ágil, ya que se sustancia de manera oral en presencia de la comunidad y concluye con la sanción, es rápido pues no tiene que estar pasando por ningún trámite burocrático que es lo que muchas veces entorpece el proceso, pues indígena dirige y lleva a cabo todo el procedimiento.

La justicia indígena y justicia ordinaria son sistemas jurídicos diferentes e independientes, cada uno se ejerce de diferente manera, pese a existir circunstancias vinculantes que muchas veces los hace análogos, se

sustancian de diferente manera, en diferente lugar y por personas diferentes, que son características propias de cada uno de los sistemas.

2.7 Estudio del sistema legal Indígena.

El derecho indígena ha sido aislado de las legislaciones nacionales por mucho tiempo, no existía un reconocimiento real de los derechos indígenas y mucho menos aceptación de sus instituciones jurídicas propias que abarcan todas sus costumbres, ya que el estado sostenía que lo que pretendían las poblaciones indígenas era autogobernarse, y de esta manera podían llegar a desconocer las leyes nacionales vigentes para todos los habitantes de la república, es por ello que primaba un monismo jurídico y el Ecuador no formaba parte de tratados internacionales en donde ya existía un reconocimiento y una verdadera reivindicación de los derechos de los indígenas.

Luego de varias luchas y protagonismo de los indígenas, es que se da una apertura y se reconoce los derechos de los mismos, y se plasma constitucionalmente un pluralismo jurídico que reconoce la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos entre ellos el indígena, pero se presentan varios problemas alrededor de esta existencia, ya que se da un duelo entre los dos sistemas legales por no existir un cuerpo legal vigente que delimite las competencias de cada uno de ellos.

El pluralismo implica la coexistencia de cosas distintas, que se aceptan las unas y otras, que se interrelacionan; y puede ser jurídico, político, social, cultural. El tema que me ocupa profundizar es el pluralismo jurídico, el mismo que en el Ecuador está reconocido ya que al tener diversas culturas es necesario un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivos tanto los derechos como instituciones de las mismas. En éste caso con el pluralismo jurídico vigente se abren las puertas para los indígenas, para que puedan administrar su propia justicia, independientemente de si la administran o no correctamente.

Es necesario avocar una definición de pluralismo jurídico, con elementos importantes, que determinan la diferencia entre un estado unitario y un estado plurinacional, así Elisa Cruz Rueda sostiene:

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los estados nacionales.⁴⁴

El pluralismo jurídico parte de una realidad es decir de la interculturalidad que se refiere a la interacción entre grupos humanos de distintas culturas, llevada a cabo de una forma respetuosa. Para esto, se concibe que ningún grupo cultural esté por encima del otro, favoreciendo en todo momento la horizontalidad y la relación justa entre sociedades y colectividades. En las dinámicas interculturales se establece una comunicación basada en la apertura a la diversidad cultural y el aprecio al conocimiento mutuo. Sin embargo, no es un proceso exento de conflictos, pero estos deben resolverse mediante el respeto, el diálogo, la escucha mutua, el acceso equitativo y oportuno a la información pertinente, la búsqueda de la concertación, y el mutuo aprovechamiento de la sinergia lograda. Es importante aclarar que la interculturalidad no se refiere tan solo a la interacción que ocurre, por ejemplo, entre un asiático y un sudamericano, sino además la que sucede entre un habitante de la ciudad y uno del campo, entre hombres y mujeres, niños y ancianos, etc.⁴⁵

⁴⁴ Cruz Rueda, Elisa, "Principios Generales del Derecho Indígena", en *Hacia jurídicos plurales*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, Pág. 31.

⁴⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Interculturalidad> (Diciembre 2011)

La Constitución de la República en su artículo 1, reconoce la multiculturalidad y la plurinacionalidad⁴⁶, y es a partir de éste reconocimiento que se da una reivindicación de los derechos indígenas, reconociendo la existencia de los pueblos y nacionalidades indígenas con sus creencias, idiomas, costumbres y sobre todo sus formas de organización social que les ha permitido aplicar sus propias normas y procedimientos basados en su tradición histórica.

En el Ecuador y en los países latinoamericanos ha existido por mucho tiempo un solo sistema jurídico es decir un monismo jurídico, el mismo que no permitía la aplicación de las instituciones indígenas vigentes en el país, ya que no estaban reconocidas; más tarde con una lucha constante de varios movimientos indígenas a través de sus organizaciones es que en realidad se consigue la reivindicación de los derechos e instituciones de los pueblos y nacionalidades indígenas, lo que da vida al pluralismo jurídico.

El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un estado plurinacional, la cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucionalmente y políticamente en la estructura del estado.

Es verdadera la interculturalidad ya que en el país existe diversidad de culturas y es precisamente esa interrelación la que les permite convivir en un marco de respeto entre ellas sabiendo que la diferencia es la que les caracteriza a cada una; pero la plurinacionalidad se aleja un poco de la realidad por cuanto se refiere a un ente colectivo capaz de autogobernarse por sí solo, tiene que ver indudablemente con la libertad y autonomía, que les permite resolver sus conflictos de acuerdo a su historia, con una determinada cultura y creencia.

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que

⁴⁶ Constitución del Ecuador; Art. 1.

redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del estado nacional. El estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista (...) sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.⁴⁷

Al existir un pluralismo jurídico en el Ecuador, se reconoce el sistema legal indígena, que les ha permitido desarrollarse como sociedades capaces de ejercer sus propias instituciones jurídicas entre ellas la justicia indígena, con sus propios procedimientos pese a no existir normas escritas que cobijen todos aquellos pensamientos de los pueblos ancestrales y que sin duda existe ese vacío, esa carencia de una verdadera normativa reguladora y protectora de los pueblos indígenas que sin duda se da en la mayoría de los países latinoamericanos, sin embargo se concluye :

Que el Sistema Legal Indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo a los modos de vida y a la realidad de cada Pueblo o Nacionalidad Indígena.⁴⁸

2.8 Conclusión.

En este capítulo se analizó el reconocimiento efectivo del derecho indígena que hoy se plasma en la lucha constante por lograr la creencia en un derecho que sistematiza el convivir de los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyo objetivo fundamental es conseguir la paz en la comunidad, así como el respeto a su cultura, hábitos y tradiciones; este derecho indígena cuenta con ciertas características propias como que carece de un cuerpo legal escrito que regule la convivencia de sus miembros, pues se rigen a normas milenarias que han existido desde siempre; así como también tienen una visión filosófica que se basa en su costumbres y tradiciones con ese derecho de pertenencia que predomina en sus mentes;

⁴⁷ Grijalva, Agustín; "El estado plurinacional e intercultural en la constitución ecuatoriana de 2008"; en Carlos Espinoza y Danilo Caicedo, coord., Derechos Ancestrales justicia en contextos plurinacionales; Quito; Ministerio de Justicia; 2009; Pág. 391.

⁴⁸ [http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/2/\(diciembre 2011\)](http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/2/(diciembre 2011))

este derecho es transmitido oralmente de generación en generación es decir se mantiene vivo en la conciencia de cada uno de los indígenas.

Existen ciertos elementos que forman parte del derecho indígena, como la autoridad, legislación, procedimiento y sanciones que permiten hacer efectivo este reconocimiento que hoy ha sido nacional e internacional, plasmado en la Constitución y tratados internacionales en pro del sector indígena. De este derecho se desprenden muchos más, como el reconocimiento de ciertas instituciones jurídicas propias, como la administración de justicia indígena, y ha sido preciso en primer lugar analizar la concepción que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas sobre la Justicia, ellos creen que la justicia es el castigo que debe imponerse a una persona por cometer una infracción, de esa manera hacen justicia. Pero para ello previamente se tiene que cumplir con un procedimiento el mismo que no pueden dejar de observar ya que así se garantiza la seguridad de los indígenas cuando se ha cometido un delito el mismo que debe ser investigado, probado para luego si ser sancionado.

En este capítulo también se estudia el proceso penal en general y el procedimiento en la administración de justicia ordinaria, para que frente a la justicia indígena se concluya que existen ciertas semejanzas como que se sigue un debido procedimiento que garantiza el derecho a la defensa de los indígenas que son parte de un juzgamiento, ya que se van cumpliendo ciertas etapas y cada una de ellas con cierta finalidad para así determinar o no la culpabilidad.

Todo esto, porque hoy se reconoce la eficacia de un pluralismo jurídico que permite la coexistencia de dos sistemas jurídicos vigentes en el Ecuador, cuya finalidad es que se respeten las identidades de todos los habitantes así como sus instituciones entre ellas la de resolver sus propios conflictos internos, por lo que se da el reconocimiento de un sistema legal indígena capaz de ejercer sus derechos e instituciones consuetudinarias.

CAPITULO III.

3. JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS

La justicia indígena se encuentra plenamente vinculada con los derechos humanos, puesto que la misma Constitución le da el reconocimiento a este sistema jurídico propio de los indígenas para solucionar sus conflictos internos, pero siempre que no vayan en contra de los derechos humanos, por lo que considero fundamental el estudio detallado del procedimiento de administración de justicia indígena con el respeto de los derechos humanos y la garantía de que las sanciones aplicables en el cometimiento de un delito no vayan en contra de los mismos.

En este capítulo se profundizara todo lo relativo a derechos humanos, concepto y tratados internacionales que cobijan el respeto inmediato de los mismos, para evitar sanciones indígenas que atenten contra la integridad de las personas, sanciones que los indígenas justifican con el respeto a sus costumbres y tradiciones, pero que no pueden por ello sobrepasar otros derechos que son también fundamentales. Este análisis implica también el estudio de la normativa vigente sobre justicia indígena y derechos humanos.

3.1 La sanción indígena, respeto y garantía de los derechos humanos.

Los pueblos indígenas al administrar su propia justicia, observan su derecho consuetudinario, pero ya en el ejercicio jurisdiccional, podrán aplicar todas aquellas normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos de acuerdo a la Constitución, en la que se reconoce esta institución jurídica, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Los indígenas, cuando se comete un delito dentro de su comunidad siguen el procedimiento con el objetivo de sancionar al culpable, por perturbar la armonía y violentar los principios ancestrales que rigen en su comunidad por ese derecho único de pertenencia que no puede ser de ninguna manera vulnerado, y las sanciones son consideradas crueles como baños en agua helada, ortiga, látigos, que estarían atentando contra los derechos

humanos que son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básico, que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.⁴⁹

Pero para los indígenas estos castigos los han venido ejecutando reiteradamente desde épocas inmemoriales, y no saben hasta qué punto se los pueda considerar atentatorios contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Sí existe duda al respecto, ya que en el mundo solo aquellos países que son signatarios de estos instrumentos internacionales respetan estos derechos, es un tema de análisis por ejemplo la pena de muerte que países como Estados Unidos, India, Japón no han firmado los protocolos en donde se pretende abolir la pena de muerte.

Sin embargo, se ha luchado constantemente por conseguir la protección integral y el reconocimiento de los derechos humanos de todas las personas a nivel internacional, es por ello que crea la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la misma que fue adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 y se basa fundamentalmente en la paz, justicia y libertad en el mundo, de esta manera plasmando el reconocimiento de una verdadera dignidad, derechos iguales e inalienables, de todas las personas.

Debido a las constantes injusticias y tratos crueles e inhumanos que se han dado el mundo, es que después de la segunda guerra mundial se funda las Naciones Unidas, y quienes lideraban en ese entonces la comunidad internacional pusieron un alto a todos estos atropellos creando la Carta de las Naciones Unidas que se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, más tarde entonces se firma ya la declaración universal de los derechos del hombre que recopila todos aquellos derechos esenciales que garantizan ante todo el derecho a la vida a una vida digna libre de discriminación e injusticias.

⁴⁹http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos(enero 2012)

Es importante avocar todo esto sobre los derechos humanos ya que alejándonos un poco de su propio derecho consuetudinario las sanciones indígenas si atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las personas, entonces para evitar todo este vacío que existe en cuanto a la aplicación de las sanciones indígenas que no vayan en contra de la Constitución y derechos humanos, se debe crear una ley que regule la justicia indígena en cuanto a su jurisdicción, competencia y cuáles son los límites frente al sistema jurídico estatal.

3.2 Violación a derechos humanos.

Uno de los aspectos más importantes dentro del tema de la justicia indígena es la violación a los derechos humanos, pues es verdad y una realidad que este sistema muchas veces sobrepasa los límites de las garantías de estos derechos reconocidos universalmente, las sanciones que imponen diversas comunidades son exageradas y al no tener una normativa que regule y restrinja estas sanciones pueden desencadenar en la violación de los derechos humanos.

Para los pueblos indígenas su costumbre y tradición son los parámetros para la subsistencia de su propia identidad e instituciones jurídicas que se han venido ejecutando desde hace mucho tiempo, y que no les permite reconocer que el sistema jurídico estatal sea el que limite la administración de justicia y ante todo la aplicación de sanciones de acuerdo a su historia con el único objetivo de corregir aquellas conductas contrarias a sus principios trascendentales que al ser vulnerados pues traen consigo una conmoción social.

Siempre el objetivo de la justicia indígena será aplicar una sanción a quien haya transgredido sus normas originarias y principios ancestrales, y aquellas sanciones sin duda son las que ya conocemos y las que por siglos vienen ejecutando los indígenas, pues para ellos la cárcel no es la sanción correcta ya que cuando quedan en libertad vuelven a cometer delitos sin

ningún temor, es por eso que aplican estas sanciones como multas, baño con agua fría, ortiga, fuste, látigo, pero que muchas veces desencadenan en muerte como en el caso que será analizado más adelante, considerándose así una “justicia indígena” mal aplicada, que implica castigos crueles y atentatorios contra los derechos humanos, como linchamientos severos, quemaduras, ortigasos, pero de manera excesiva; en fin, un sinnúmero de ejecuciones que realmente preocupan ya que los indígenas están desconociendo de esta manera una norma constitucional que obviamente está por encima de sus normas consuetudinarias.

Lo que se torna importante es una socialización por parte de las autoridades a los pueblos indígenas a través de sus mismas organizaciones como la CONAIE para que estén al tanto de lo que el estado reconoce y permite que se realice dentro de sus comunidades, y para ello si es muy necesario que el legislativo se preocupe ya con carácter urgente una ley que regule la administración de justicia indígena, sobretudo en la ejecución de la sanción para que observen ineludiblemente el derecho a la vida, debido proceso, derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles, así como también el derecho a la no agresión física ni psicológica, para de esta manera garantizar la aplicación efectiva de lo que en realidad es la JUSTICIA INDIGENA.

3.3 Aplicación de sanciones en niños y adolescentes indígenas.

Hoy en día existen un sinnúmero de tratados y convenios en pro de los niños, niñas y adolescentes; con el fin de garantizar una mejor condición de vida a través de varios derechos como la salud, nutrición, educación, recreación, que son fundamentales para su supervivencia, pero hay que reconocer que todas éstas garantías se han dado de manera general y universal, proyectado a una niñez occidental, una niñez extremadamente protegida por sus mayores, como en el caso de la Convención del Niño, en la que se establecen los derechos de los niños.

La ideología occidental de la infancia como un periodo de felicidad e inocencia, promueve la exclusión de quienes no lo son. Es decir, con la ratificación de la Convención del Niño, las sociedades de países en vías de desarrollo son juzgadas como violadoras de los derechos de la niñez por el hecho de no adaptarse a la imagen de infancia tomada por occidente.⁵⁰

Pues es lógico que tengan una visión, que responde únicamente a sus necesidades y forma de vida, pero la realidad es otra, pues hay que aceptar que existe diversidad cultural y que la nueva estructura del estado y de la comunidad internacional necesariamente tiene que adaptarse a ello, por lo que es necesario que todo se realice de manera intercultural para así poder hacer efectivos los derechos de los indígenas sobre todo los de libertad y autonomía, que son lo que van a influir necesariamente en dirigirse hacia uno u otro sistema.

En el caso de los niños indígenas, por su cultura, costumbres, creencias, religión, son diferentes; puesto que el mismo entorno en donde se desarrollan no les permite ir más allá, sino adaptarse a sus formas de vida muchas veces sin acceso a la educación, ya que los escasos recursos, o no hay lugares en donde puedan estudiar y les impide cumplir con este derecho fundamental, mientras que para los occidentales es un deber del estado y una obligación de los padres.

Los niños y adolescentes indígenas también han sido víctimas de opresión, discriminación, humillación y tratos crueles, por muchos años y sobretodo obligados a trabajar, ya que eran tomados en cuenta solamente para servir a sus amos a sus mayores. ⁵¹Antiguamente los jóvenes indígenas no sentían que gozaban de derechos en sus comunidades es por ello que tenían el sueño de salir de ellas a la ciudad en donde iban perdiendo paulatinamente sus costumbres e identidad, por vivir de otra manera sujetos a leyes estatales que les obligan a hacer o no hacer algo.

⁵⁰ Ávila, Ramiro; "El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los derechos de los niños"; en Carlos Espinoza, Danilo Caicedo, coord; Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales; Quito; 2009; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Pág. 68

⁵¹ Visita a indígenas en la comunidad de Amanta; Diciembre de 2011.

Hoy en día luego de una constante lucha es que se ha dado una verdadera reivindicación de los indígenas y es por ello que los niños y adolescentes indígenas tienen ese sentimiento de pertenencia reafirmando cada día más esa identidad característica que los hace únicos.

La comunidad internacional se ha preocupado por garantizar los derechos de los niños y adolescentes en general, pues existen varios tratados internacionales en favor de este sector, hoy el interés superior del niño sobre cualquier otro está latente en nuestro país, pues niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos así la Constitución recoge estos principios en los siguientes artículos:

Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su

intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.⁵²

La Constitución claramente establece todos estos derechos en beneficio de niños, niñas y adolescentes que sin duda deben ser respetados a fin de que se pueda desarrollar a plenitud su personalidad, de igual manera los tratados internacionales velan por su protección y cuidado así para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo

⁵²Véase Art.46 de la Constitución del Ecuador.

armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.⁵³

Existen varios tratados internacionales en beneficio de este sector como la Convención sobre los Derechos del Niño que recopila la garantía de los derechos del niño, para que se desarrollen en ambientes seguros con una vida digna y puedan así participar activamente en la sociedad. Pero así como tiene derechos tienen también obligaciones que cumplir las mismas que se encuentran establecidas en leyes que rigen en el país a todos los habitantes de la república, y cuando violan una de ellas tienen sanciones en el código penal y procedimiento penal.

Pero qué pasa con los niños y adolescentes indígenas, que están inmersos dentro de todo este marco de protección integral pero que sin duda cometen ciertos delitos dentro de sus comunidades, como es que se les sanciona, como es el procedimiento de administración de justicia indígena para este sector que de ninguna manera puede ser sujeto de maltratos o atentados contra su integridad personal. Se sigue lógicamente un procedimiento de juzgamiento ya que existe de por medio una persona afectada por alguna infracción que haya cometido el menor, pero su juzgamiento es más correccional, pues se aplican sanciones como trabajo comunitario para mantenerlos ocupados, charlas de valores y respeto a los principios ancestrales, pero también se hace un llamado a sus padres ya que ellos son responsables de sus hijos y tienen que educarlos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, haciéndole sentir ese derecho de pertenencia que no puede ser vulnerado de ninguna manera.

La realidad de la niñez indígena, es muy apreciable; deben someterse a las normas y principios ancestrales y hacer estrictamente lo que ha venido haciendo sus mayores reiteradamente; y así viven el día a día, por lo que considero de manera imperiosa que el estado al hoy considerar el interés

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 53.;
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4668:inter-es-superior-del-nino-y-de-la-nina&catid=47:derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=420#_ftn8

superior del niño sobre cualquier otro, debe hacer una especial énfasis en los niños, niñas y adolescentes indígenas, puesto que la diversidad cultural hoy en día así lo exige.

3.4 Ejercicio de los derechos humanos.

La Constitución y los tratados internacionales hacen un llamado para que se respeten los derechos humanos en el mundo, pues todas las personas deben ser libres de todo tipo de explotación, intimidación, discriminación y ante todo libre de maltrato físico y psicológico, como vemos hoy estas garantías se basan en la libertad de todas las personas, aunque muchas veces se ven vulneradas, pues los estados por su soberanía no aplican lo establecido en los tratados internacionales a pesar de que una vez ya aceptados y ratificados adquieren el carácter de vinculantes y deben cumplir los estados internamente.

Pues la administración de justicia indígena trae consigo una cierta violación de estos derechos ya que en la comunidades estas sanciones son propias de su cultura y de ninguna manera violan "según ellos" los derechos humanos, sino por el contrario ayudan para que aquellos infractores no vuelvan a cometer más delitos y con esto se consigue la paz comunera.

Pero es el estado el que reconoce otro sistema jurídico para la solución de conflictos, por tanto debe ser éste el que de la misma manera establezca las limitaciones ineludibles para el ejercicio pleno de los derechos humanos, el Ecuador está obligado a respetar por ser miembro de las Naciones Unidas y a las vez signatario de los tratados garantistas de los derechos humanos.

El Ecuador por lo tanto debe crear una norma para la aplicación de la justicia indígena corroborando de esta manera con lo establecido en la Constitución, y así se prohíba todo tipo de sanción exagerada que atente contra los derechos humanos, puesto que, sí existen otras medidas mucho más blandas a fin de corregir esa conducta que perturba la paz social en las comunidades indígenas.

3.5 Análisis de la normativa sobre justicia indígena y derechos humanos.

La Constitución del Ecuador en su artículo 171 reconoce claramente la justicia indígena, la misma que puede aplicar sus normas y procedimientos propios siempre que no vayan en contra de la misma Constitución y de los derechos humanos.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.⁵⁴

La carta magna da potestades jurisdiccionales a los indígenas, para que de acuerdo a sus costumbres resuelvan sus conflictos internos, en éste sentido el estado al reconocer el pluralismo jurídico permite que exista otro sistema jurídico, el mismo que causa gran incertidumbre en cuanto a su aplicación, por lo que se torna indispensable que el Estado busque los mecanismos para que se efectivice funcionamiento de los dos sistemas, a fin de no causar conflictos de competencia y sobre todo establecer cuáles son las sanciones que deben o no aplicarse.

La declaración universal de los derechos humanos también implica que no se deben aplicar sanciones que atenten contra la integridad personal de las personas, pues los pueblos indígenas también deben observar los tratados internacionales que son aplicables en su territorio pues ellos por su costumbre y derecho histórico no pueden dejar de acatar las normativas vigentes en su país a y las cuales el Ecuador es signatario, existe una norma constitucional en la que se establece:

⁵⁴Constitución del Ecuador; 2008; Art. 171

Art. 417.-Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.⁵⁵

Esta norma claramente establece que por ningún motivo se puede dejar de observar los derechos humanos pues siempre tendrán que aplicarse a favor del ser humano que es sujeto de derechos, y hoy ya no derechos individuales o sociales sino una verdadera reivindicación por los derechos colectivos o de tercera generación.

El convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, también es garantista de los derechos de los indígenas pues su fundamento es la declaración universal de los derechos humanos y otras, así el artículo 3 del convenio establece:

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.⁵⁶

Este convenio reconoce a los indígenas como sujetos de derecho, el mismo que busca fortalecer su identidad y que los aborígenes sean capaces de ejercer por sí solos sus propias instituciones, pero observando la Constitución y los derechos humanos que son universalmente reconocidos y que deben ser respetados por todos los estados, pues la persona en todo ámbito debe

⁵⁵ Constitución del Ecuador; 2008; Art. 417

⁵⁶ Convenio 169 OIT; Art. 3

ser merecedora de respeto y gozar de una vida digna. Hoy en día existen varias leyes y tratados internacionales que el Ecuador ha ratificado en pro de los pueblos indígenas, así como el reconocimiento de sus instituciones jurídicas, como la justicia indígena, que se basa exclusivamente en su costumbre y tradición, pero teniendo en cuenta que su derecho histórico no puede violentar los derechos humanos con la aplicación de sanciones que no estén permitidas por el estado.

Es importante el análisis de los derechos humanos y la justicia indígena ya que por una parte los indígenas pueden hacer efectivos sus derechos y seguir sus propios procedimientos, para solucionar sus conflictos internos, pero el objetivo en sí de la justicia indígena es aplicar una sanción a quien haya cometido un delito dentro de su comunidad, éstas sanciones que son propias de su derecho histórico no pueden ser castigos crueles que atenten los derechos humanos de aquellas personas, es por ello que el estado debe cumplir un papel fundamental en éste aspecto, creando una ley que haga prevalecer los derechos humanos y no justifique de ninguna manera la costumbre jurídica de los pueblos indígenas para la aplicación de este tipo de sanciones, ya que se estaría desnaturalizando el verdadero sentido de la justicia indígena.

3.6 Conclusión.

Luego de analizar el tema de los derechos humanos sobretodo la normativa vigente tanto nacional como internacional, nos obliga a respetar irrefutablemente los derechos humanos universalmente reconocidos que por ningún motivo pueden ser vulnerados. Los pueblos y nacionalidades indígenas están llamados de igual manera a respetarlos, por lo que no se puede justificar con el reconocimiento de la justicia indígena, sanciones crueles que atentan contra la integridad de las personas y que muchas veces acaban con la vida, es inconcebible, que el estado reconozca otro sistema jurídico que atente contra el derecho a la vida.

Actualmente, en Latinoamérica estamos viviendo transformaciones sociales que implican una reivindicación de los derechos indígenas que si han sido olvidados por muchos años y que al existir ya una interculturalidad y un pluralismo jurídico, se da vida a esa costumbre ineludible que está presente en nuestro país y que es imposible desconocerla, ya que ésta existe con o sin reconocimiento estatal, pero una costumbre que no puede de ninguna manera sobrepasar otros derechos que son indispensables como la integridad de las personas y ante todo el derecho a la vida, que claramente la Constitución garantiza en su artículo 66 numeral 1, derecho a la inviolabilidad de la vida, no habrá pena de muerte.

Los derechos humanos están latentes, y deben ser observados imperativamente por los indígenas, pues ellos si pueden aplicar sus usos, hábitos y costumbres, en los procedimientos para solucionar sus conflictos, pero siempre respetando la Constitución y sobretodo los derechos humanos universalmente reconocidos.

CAPITULO IV.

4. DELITOS COMUNES EN PUEBLOS INDÍGENAS

En los pueblos y nacionalidades indígenas, se aplica la justicia indígena de acuerdo a sus costumbres, usos y hábitos con mecanismos propios de sanción, los mismos que son respetados y acatados por los comuneros, quienes están conscientes de que al cometer una infracción pues las autoridades y toda la comunidad se encargaran de seguir el procedimiento correspondiente a fin de sancionar a quienes han violentado normas y principios históricos y han causado conmoción en toda la comunidad.

Existen un sinnúmero de delitos que se cometen en los pueblos indígenas, y es preciso analizar algunos de ellos, los más usuales, para ir realizando un estudio comparativo con la justicia ordinaria y cómo es la sanción en cada uno de los sistemas, encontrando así similitudes y diferencias; previo a ello es importante hacer un breve análisis del delito en general y profundizaren cada uno de los delitos más frecuentes en las comunidades indígenas y las sanciones aplicables a los mismos.

4.1. El delito. Concepto. Características.

La justicia indígena para ser aplicada por las autoridades indígenas y el procedimiento correspondiente, tiene de por medio el cometimiento de una infracción, cuyo objetivo primordial es la sanción a quien sea responsable de ello. Para estudiar los delitos más comunes en las comunidades indígenas es preciso precedentemente el estudio breve del delito en general, y como se considera dentro de la justicia ordinaria.

Para el análisis del delito cabe precisar el código penal en su artículo 10 que establece lo siguiente:

Art. 10.- Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.⁵⁷

⁵⁷Código Penal del Ecuador ; Art. 10

Esta norma hace una clasificación o división de las infracciones, pero en realidad no da una definición exacta de lo que es una infracción simplemente establece que ésta se divide en delitos y contravenciones y que esto dependerá de la sanción aplicable, es una definición formal pero no podemos encontrar en la normativa legal vigente una norma en donde se describa el concepto de delito.

Creo necesario e importante avocar los criterios de varios autores, juristas para llegar a establecer lo que es el delito. El Dr. Ernesto Albán Gómez sustenta:

Delito es un acto típico, antijurídico y culpable, si se dan estos presupuestos el acto será punible, aunque la punibilidad no deba considerarse un elemento del delito sino su consecuencia⁵⁸.

Este autor describe los elementos constitutivos del concepto de delito, pues indudablemente si se trata de un acto por que lo realiza una persona, se refiere a la conducta humana, y esta conducta está tipificada en la ley, ya que una persona no puede ser juzgada ni sancionada por una conducta que no esté previamente establecida en la ley así reza el artículo 2 del Código Penal:

Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

⁵⁸ Albán, Ernesto; Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo 1; Parte General; Ediciones legales S.A; 2011; Pag.115

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada⁵⁹.

El delito es acto también antijurídico por que se opone a lo establecido en la ley, se opone al derecho, viola la normativa vigente y ante todo cuando se comete un delito hay que tener presente que está de por medio un bien jurídico protegido de ahí parte estrictamente lo que debe o no considerarse como delito, lo que afecta o lo que se vulnera con esa conducta.

Culpable, ya que si existe la persona que realizó el acto pues es el autor del delito por tanto le es imputable el cometimiento del mismo.

El extraordinario autor Luis Jiménez de Asúa, también sostiene que el concepto de delito se centra en sus elementos: acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal, y luego de analizar varios aspectos establece que:

"Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁶⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Derecho Penal parte General, también hace un análisis muy profundo sobre la teoría del delito, partiendo de aproximaciones muy generales entiende que:

"Delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Se dice que esta es una definición formal a la que se opone definiciones materiales...⁶¹"

⁵⁹ Código Penal del Ecuador; Art. 2

⁶⁰ Jiménez de Asúa, Luis; La Ley y el Delito; Sudamericana; 1980; Pág. 207

⁶¹ Zaffaroni, Eugenio; Derecho Penal parte general; 2002; Pág. 373

Estos autores definen al delito de una manera acertada y se corrobora una definición con otra, por lo que luego de analizar y estudiar cada una de ellas para el tema que nos ocupa, el delito si es una acto ya que proviene de una persona, típico porque se encuentra establecido en la ley, antijurídico ya que se opone a la normativa vigente y al derecho que tienen por objeto regular el convivir de la sociedad, y culpable pues quien comete el delito es responsable por su conducta.

4.2. Estudio de principales delitos cometidos en pueblos indígenas.

La justicia indígena es el sistema auténtico utilizado por los indígenas para la solución de sus conflictos internos, este sistema histórico ha perdurado hasta nuestros días, tomando como punto de partida la costumbre que se ha venido empleando reiteradamente convirtiéndose así en un modelo único de autogobernarse y ejercer sus propias instituciones jurídicas.

Se caracterizan por la lucha constante de alcanzar la paz y armonía en las comunas, pero muchas veces se ve alterada por la conducta anti ética de ciertos individuos que no poseen ese sentimiento de pertenencia que identifica a cada uno de los indígenas y que por varios motivos sociales, económicos cometen delitos en las comunidades, pese a estar conscientes de las sanciones que la comunidad aplica en estos casos; sin embargo estas conductas que van en contra de las normas y principios de los indígenas se presentan a diario y algunas con más frecuencia que otras es por ello que es imperioso establecer algunos de los delitos más frecuentes o aquellas circunstancias que según los indígenas deben ser sancionados:

- Delitos contra la propiedad, son los más comunes como el robo, el hurto, el abigeato o robo de animales.
- Delitos contra la vida como homicidios, que son producto de riñas o peleas callejeras, y que pone en tela de duda por no poderse esclarecer quien debe juzgar si la justicia indígena o la justicia ordinaria.
- El adulterio que se da con mucha frecuencia, y en ese caso se castiga a los dos que han cometido el mismo.

- Abusos sexuales como violaciones que la comunidad no perdona frecuentemente quieren sancionar con la muerte ya que se da entre familiares y sobre todo a adolescentes indígenas.
- La ociosidad es algo que los indígenas no perdonan pues ellos creen que todos tienen la obligación de trabajar, debido a que cada uno tiene por lo que trabaja, y ésta es mal vista ya que los ociosos dedican su tiempo a cosas vanas pudiendo desencadenar en el cometimiento de ilícitos que afectan a la comunidad.
- Conflictos de tierras se dan con frecuencia en las comunidades indígenas, puesto que son herencias y no llegan a un acuerdo entre familias y personas se adueñan de lo que no les corresponde, por no encontrarse delimitados.
- Brujerías y chismes son también muy comunes, terminan generalmente en agresiones físicas entre familias enteras ocasionando ya un conflicto mayor que luego tiene que ser resuelto por las autoridades indígenas.

De manera muy general éstos son algunos delitos y conductas antisociales que se suscitan con frecuencia en las comunidades indígenas, que consideran atentatorios a sus principios y normas históricas, por perturbar la paz y armonía social en la comunidad, consecuentemente deben ser sancionadas de acuerdo a sus costumbres, aplicando sus propios mecanismos ya que son conductas que todos los miembros rechazan y que afectan no solo el plano familiar sino ya social, poniendo muchas veces en conflicto a toda la comunidad; por ese derecho histórico que les pertenece y que lo han venido ejerciendo de generación en generación es que se apoyan en él y trasciende hoy en día al sistema estatal que califica muchas veces a ésta institución como atentatorio contra los derechos humanos, cuando no se aplica de manera efectiva y correcta.

4.3. El robo, la sanción indígena y penal.

Es conveniente realizar el análisis profundo y comparativo de algunos de los delitos más comunes en las comunidades indígenas, para establecer cómo

se dan, como se juzgan y como se sancionan; y desde ésta perspectiva efectuar una breve comparación con la justicia ordinaria en donde los delitos contra la propiedad son también los delitos más frecuentes. Indudablemente, para considerar delito, existe de por medio un bien jurídico protegido, es decir el estado está llamado a garantizar el respeto de ellos, y lo hace a través de la imposición de una pena en caso de que se haya atentado contra alguno de ellos.

En el código penal ecuatoriano dentro de los delitos contra la propiedad en el título X se encuentran el Hurto, El robo, el Abigeato y la Extorsión.

Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas el robo es "Acción o efecto de robar. Objeto o cosa que se substrahe ilícitamente. Rapto. Impropiamente, hurto. Precio abusivo. Impuesto injusto. Estrictamente, el delito contra la propiedad, consistente en el apoderamiento de una cosa mueble ajena, con ánimo de lucro y empleando fuerza en las cosas o violencia en las personas".⁶²

Según el código penal, el robo es:

Art. 550.- El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad.⁶³

El código penal argentino respecto al robo establece:

Art. 164.- "Será reprimido con prisión de un (1) mes a seis (6) años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia física en las personas, sea que la

⁶²Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Tomo V; 1979.Pag. 793

⁶³Código Penal Ecuatoriano; Art. 550

violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad".⁶⁴

El código penal argentino en el artículo 164 establece la definición de robo, repitiendo la definición de hurto, solamente agregando ciertos elementos determinados como son la fuerza en las cosas y la violencia contra las personas.

Al robo muchos lo consideran una figura agravada del hurto, por cuanto lo que les diferencia es que se haya cometido con violencias y amenazas a las personas y fuerza en las cosas, teniendo que hacer una diversificación de ellos estudiándolos por separado por cuanto son delitos diferentes e autónomos ya que cada uno cuenta con sus características propias a pesar de sus elementos análogos se diferencian en la gravedad de la conducta y en la peligrosidad de su autor, por cuanto se pone en riesgo incluso la vida ya que se por cometer el delito de robo se puede cometer hasta un homicidio.

Es indudable que el delito de robo es autónomo, por cuanto tiene características propias, como la violencia o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas que le dan singularidad a este delito que es uno de los más comunes en nuestro país. En cuanto a los elementos del delito de robo según el código penal lo puedo establecer de la siguiente manera:

- Violencia o amenazas contra las personas, es un elemento importante que no puede faltar, ya que lo particulariza de otros delitos y es constituyente de la conducta típica. Es inevitable esta agresión ya que el fin es apoderarse de la cosa.
- Fuerza en las cosas, de igual manera éste elemento es característico del robo, efectivamente apoderarse de la cosa supone un cierto despliegue de fuerza sin el cual resultaría simplemente

⁶⁴http://www.codigopenalonline.com.ar/codigo_penal_argentino_delitos_contra_la_propiedad.html(Marzo 2012)

inconcebible.⁶⁵ Es lógico, por cuanto este sería el medio para cometer el delito, y lograr el objetivo mismo que es el apoderamiento de la cosa.

- Con ánimo de apropiarse, este elemento es también importante ya que sería el objetivo mismo del cometimiento del delito, para apoderarse del bien ajeno es que se realiza previamente los otros elementos. Es decir con violencia o amenaza contra la persona, y ejerciendo fuerza en las cosas, es que se puede lograr el fin último que es apropiarse de la cosa ajena.

Luego de analizar el concepto del robo y sus elementos, cabe hacer referencia al mismo delito pero en la jurisdicción indígena; es claro que para los indígenas el robo es la apropiación de la cosa ajena, sin tener presentes cada uno de sus elementos que lo diferencian de los otros delitos, para ellos lo indebido ya está en la conducta antisocial que sobrepasa los principios ancestrales que afecta el entorno comunitario y perturban la paz y tranquilidad de la comunidad.

El delito de robo en los pueblos y nacionalidades indígenas, es el que se comete con más frecuencia ya que existen ciertos jóvenes que forman pandillas y se dedican a delinquir robando cosas ajenas sobretodo el robo de ganado conocido como abigeato que esta también tipificado en el código penal :

Art. 554.- El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración a la cuantía del ganado substraído⁶⁶.

Este delito es frecuente en los pueblos indígenas, ya que con su trabajo se ganan la vida con esfuerzo y sacrificio, el mismo que está enfocado generalmente en la agricultura y crianza de animales por lo que consecuentemente existe también gente que no tiene oficio, pues pasa la

⁶⁵Damianovich, Laura; Delitos contra la Propiedad.;1988; Pág. 135

⁶⁶Código Penal del Ecuador; Art. 554

vida vagando y cometiendo éstos ilícitos⁶⁷, y que por ello son sancionados por la comunidad.

En cuanto a las sanciones aplicables para el delito de robo, son diferentes para cada uno de los sistemas. La sanción aplicable para éste delito de robo se encuentra establecido en el código penal en el artículo 551:

Art. 551.- El robo será reprimido con prisión de uno a cinco años, tomando en consideración el valor de las cosas robadas.

Art. 552.- La pena será de reclusión menor de tres a seis años, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- 1 Si las violencias han producido heridas que no dejen lesión permanente;
- 2 Si el robo se ha ejecutado con armas, o por la noche, o en despoblado, o en pandilla, o en caminos o vías públicas;
- 3 Si se perpetrara el robo con perforación o fractura de pared, cercado, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas; y,
- 4 Cuando concorra cualquiera de las circunstancias de los números 2o., 3o. y 4o. del Artículo 549.

Cuando concurren dos o más de las circunstancias a que se refiere este artículo, la pena será de reclusión menor de seis a nueve años.

Si las violencias han ocasionado una lesión permanente de las detalladas en los Arts. 466 y 467, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

Si las violencias han causado la muerte, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.⁶⁸

Como se puede observar la sanción es cumplir una pena tipificada en el código penal y es aún más severa si concurren algunas de las

⁶⁷ Comunidad de Gallorumi, visita diciembre de 2011.

⁶⁸ Código Penal del Ecuador; Art. 551-552

circunstancias establecidas en el mismo cuerpo legal. Pero en la justicia indígena no existe un cuerpo legal que determine la sanción aplicable para cada uno de los delitos por ello he considerado oportuno estudiar el delito en una comunidad específica, así según los indígenas de la comunidad de Amanta, provincia del Cañar; cuando se comete el delito de robo de inmediato se detiene al culpable para que en primer lugar de su versión de lo sucedido aceptando o no la culpa a las autoridades indígenas y luego del procedimiento respectivo determinar que sanción se va aplicar.

4.4. El hurto, la sanción indígena y penal.

El hurto es otro de los delitos que se cometen en las comunidades indígenas, pero para ellos es igual que el robo puesto que existe el ánimo de apropiarse de la cosa ajena; no observan los elementos constitutivos de cada uno de los delitos que son independientes el uno del otro.

Según el código penal el hurto es:

Art. 547.- Son reos de hurto los que, sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse.

Además, son considerados como reos de hurto los individuos de reconocida conducta delictuosa, que habitualmente se dedicaren a la comisión de delitos contra la propiedad y que se hallaren registrados como tales en las Oficinas de Seguridad del Estado. La pena para esta clase de delincuentes será de uno a tres años de prisión.⁶⁹

Este delito atenta el bien jurídico protegido que es la propiedad, y tiene sus elementos propios que lo diferencian del robo como:

- Sin violencias ni amenazas contra las personas ni fuerza en las cosas, este elemento es fundamental para divisar que se trata del delito de hurto, el mismo que no utiliza ni violencia ni fuerza contra su

⁶⁹Código Penal del Ecuador; art. 547

verdadero o legítimo propietario, es decir no aprovecha estas formas especiales para cumplir su objetivo.

- Sustraer fraudulentamente la cosa ajena, este elemento también es importante ya que quita de una manera engañosa o encubierta sin el consentimiento de su dueño pero sin ningún tipo de fuerza.
- Con ánimo de apropiarse, al igual que en el robo el objetivo es apropiarse de la cosa ajena, circunstancia que es muy debatida en el sistema penal por cuanto hasta qué punto puede o no apropiarse de la cosa, que no vamos a profundizar por cuanto por nuestro estudio es importante analizar los aspectos más relevantes y ligeros.

Este delito de igual manera es usual en las comunidades indígenas, pero ellos lo asimilan como robo, no encuentran diferencia entre estos dos delitos, que son diferentes ya que cada uno cuenta con sus propios elementos, sostienen que existe el ánimo del individuo para llevarse un objeto que es ajeno y que no les pertenece lo cual viola el principio ancestral muy importante que es “ama shwa” y que es significativo para estos pueblos y nacionalidades indígenas. En cuanto a la sanción para estos delitos no existe una concreta para cada uno, en realidad depende de varios aspectos y sin duda de la decisión que tome la comunidad que es la que juzga y sanciona al culpable.

4.5. El homicidio, la sanción indígena y penal.

No es un delito muy frecuente en las comunidades indígenas, pero creo importante analizarlo debido a que no está claramente definido el juzgamiento para quien comete un homicidio dentro de una comunidad indígena y cuál es el sistema jurídico que tiene que juzgarlo.

Previo a ello, cabe observar lo que describe el código penal respecto a éste delito:

Art. 449.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.

Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor extraordinaria, de doce a dieciséis años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1. Con alevosía;
2. Por precio o promesa remuneratoria;
3. Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento;
4. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;
5. Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;
6. Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;
7. Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;
8. Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; y,
9. Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.⁷⁰

El homicidio tiene sus elementos propios que lo hacen independiente del asesinato, el mismo que para ser tal debe cumplir con alguno de los requisitos establecidos en el Artículo 450 del código penal. Es dar la muerte a otra persona, y este delito es muy grave dentro de la legislación penal pues atenta contra el bien jurídico protegido que es la vida, cuya sanción está tipificada en el Artículo 449 descrito anteriormente.

⁷⁰ Código Penal del Ecuador; Art. 449-450

Actualmente cuando se han dado casos de homicidio en las comunidades indígenas pues de igual manera aplican la justicia indígena queriendo muchas veces también acabar con la vida del culpable, lo que no es permitido por la legislación vigente ya que no existe en el Ecuador pena de muerte, en este país se garantiza incondicionalmente la vida, por lo que no se puede permitir que en casos graves como homicidios o asesinatos, sea la justicia indígena la que juzgue dejando en la impunidad a estos antisociales que seguramente volverán a cometer muchos delitos más.

Considero, por lo tanto trascendental la creación de una ley que regule los procedimientos de juzgamiento del uno y otro sistema, que delitos debe conocer la justicia indígena y cuáles son las sanciones permitidas para aplicarlas siempre que no violen los derechos humanos universalmente reconocidos.

4.6. Competencia de las autoridades indígenas frente al autor del delito.

Una realidad que vive hoy en día el Ecuador frente a la justicia indígena es que no existe una ley que regule la misma, y establezca ciertos límites para la aplicación de sanciones; y esto acarrea varios problemas de competencia cuando los delitos se cometen dentro las comunidades indígenas por personas que no pertenecen a la misma, qué sistema debe aplicarse el indígena o el ordinario y es precisamente lo que pone en duda, pues los jueces y fiscales sostienen que la justicia indígena sí existe porque la propia Constitución ya la reconoce pero solo para los miembros de sus comunidades y es por ello que si una persona no perteneciente a la comunidad comete un delito en ella no puede ser juzgada por autoridades indígenas pues ésta debe ser juzgada por la justicia ordinaria.

De la misma manera si es que una persona que pertenece a la comunidad comete un delito como homicidio pues ésta debe ser juzgada por la justicia ordinaria ya que de lo contrario se estaría abriendo una puerta para la impunidad, ya que los comuneros obviamente sancionaran al culpable, pero queda en libertad para seguir cometiendo muchos delitos más. Otra circunstancia paradójica que se presenta es el caso de un indígena que

comete un delito fuera de su comunidad es lógico que éste va a ser juzgado por la justicia ordinaria pues la justicia indígena no podría justificar el cometimiento del delito.

Nina Pacari sostiene que al encontrarse establecido un sistema jurídico, en el caso de que en cualquier comunidad indígena un miembro cometa el delito de robo, ni la víctima, ni sus familiares, ni cualquier otro comunero están facultados para ejecutar justicia y mucho menos para aplicar una pena aunque ésta fuera del mismo daño o mal que ha sufrido la víctima. Aún más, ni la autoridad competente puede aplicar como pena el propio daño que ha causado a la víctima, puesto que, en las normas comunales desarrolladas existen distintos sistemas punitivos o distintas formas de sanción como el de la indemnización de daños y perjuicios, la reparación, la restitución vía trabajos agrícolas, entrega de productos agrícolas equivalentes a la misma cuantía que se haya establecido por el daño...⁷¹

Otro caso de análisis es si un indígena comete un delito en otra comunidad que no es la suya en donde se aplica la justicia indígena, éste debe ser juzgado pues en donde cometió el delito ya que perturbó la paz y transgredió los principios y normas de esa comunidad por lo que están en todo el derecho de juzgarlo ahí mas no en su comunidad que incluso podrían evitar una sanción por justificarlo de alguna manera, y no permitir que otra comunidad sea quien lo juzgue.

La competencia de las autoridades indígenas lógicamente es efectiva dentro de su circunscripción territorial, no puede ir más allá, la Constitución no le permite aplicarla fuera de su comunidad ya que ahí si se vulnerarían muchos derechos por cuanto no existe regulación en torno a la justicia indígena y cada comunidad juzga según sus costumbres.

⁷¹Pacari, Nina; "Pluralidad Jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida";2002; Pág.84

4.7. Conclusión.

La justicia indígena, surge del cometimiento de un ilícito del irrespeto a las normas y principios de los pueblos y nacionalidades indígenas, están en su derecho de castigar como lo han hecho sus padres a quien ha cometido un delito dentro de su comunidad, aplicando sus costumbres usos y tradiciones, y existen sin duda varios delitos que son muy frecuentes como el robo, robo de ganado, hurto, y también uno que preocupa y es muy debatido el homicidio.

Existen algunas similitudes con la justicia ordinaria en cuanto a estos delitos, como por ejemplo que son conductas antisociales que violentan normas establecidas y que son sancionados aunque de diferente manera, pero se les aplica una sanción. Y es precisamente la sanción la que diferencia a estos mismos delitos pero en dos sistemas jurídicos diferentes, mientras en la justicia ordinaria es la cárcel con prisión o reclusión, en la justicia indígena se trata de purificar el alma y la mente, con ortiga, baños en agua fría, trabajo comunitario, latigazos, etc., que son sanciones que los indígenas han venido aplicando de generación en generación.

Son sanciones, que atentan contra la vida e integridad de las personas, a pesar de que ellos tienen la potestad para administrar su propia justicia, no se puede permitir que estas sanciones desencadenen en muerte, es inconcebible que se amparen en la justicia indígena para acabar con la vida de quien robo un ganado. El derecho a la vida es un derecho universalmente reconocido, y no se puede permitir que esto suceda en nuestro país en sus comunidades ya que debe existir ya una norma que limite la aplicación de estas sanciones atentatorias a los derechos humanos.

CAPÍTULO V.

5. LA SANCIÓN INDÍGENA Y LÍMITES PARA SU APLICACIÓN

Una vez analizada de manera profunda la justicia indígena como aquella institución jurídica propia de los indígenas para la solución de sus conflictos internos; sus características y procedimiento es trascendental profundizar en un aspecto muy relevante como es la sanción indígena, que es un tema muy debatido en la actualidad, ya que para muchos esta sanción es atentatoria a los derechos humanos, y es por ello que el estado defensor de los derechos de las personas debe poner limitaciones para la aplicación de la misma y así evitar violaciones a la Constitución como a tratados internacionales, por ello en este capítulo se analiza las limitaciones a la sanción indígena.

El tema central de éste trabajo se enfoca básicamente en la sanción indígena, cómo se aplica, cuál es su procedimiento; no hay duda que el objetivo mismo es la aplicación de medidas conciliadoras que logren la armonía colectiva, que las han venido aplicando desde sus orígenes, pues es verdad que hemos pasado por procesos de cambio y hoy existe en Latinoamérica una verdadera reivindicación de los derechos indígenas que por muchísimos años se aisló y sobretodo discriminó, pero no puede ser motivo de justificación para que se ejecute una "justicia indígena" que implique tratos crueles e inhumanos a las personas.

Se amparan en su costumbre jurídica, defienden y ratifican su capacidad para autogobernarse y solucionar sus problemas a su manera como lo han venido haciendo reiteradamente por varios años, hoy con más libertad, al estar reconocidos tanto los derechos como sus instituciones en la Constitución, defienden su derecho histórico y exigen que se respeten sus normas, principios y procedimientos propios apoyados en usos, hábitos y costumbres.

Luego de haber realizado en los capítulos anteriores un estudio detallado de la justicia indígena, cabe el estudio de un caso práctico el mismo que

implica la aplicación de todos los conocimientos adquiridos en el desarrollo de ésta tesis.

5.1. Procedimiento de sanción en la justicia indígena.

El procedimiento que los pueblos y nacionalidades indígenas aplican para llegar a instaurar una sanción es el de administración de justicia indígena que va desde la Willachina, que es aquel aviso o demanda que realiza el afectado, con esto inicia el proceso; luego viene la Tapuykuna, que es la investigación, pues esta etapa es importante ya que las autoridades indígenas deben actuar con mucha cautela, adoptando todas aquellas pruebas necesarias para llegar a establecer la culpabilidad y poder aplicar o no la sanción; sigue también una etapa trascendental que es la Chimbapurana, la confrontación entre acusado y acusador, aquí cada uno va a dar su versión defendiendo su posición, el afectado la razón por la que acusa a la otra parte, y el acusado sus razones para eximirse de responsabilidad a hay veces que aceptan también la responsabilidad y piden una disculpa a la comunidad.

Una vez investigado y confirmada la culpabilidad del acusado viene la Killpichirinao sanción, la misma que es instaurada por las autoridades indígenas y toda la comunidad que se encuentra presente en este procedimiento de juzgamiento, y son quienes dependiendo de la gravedad del delito o como se haya afectado a la comunidad anunciaran la sanción correspondiente al culpable. Luego de que ya se ha establecido la misma, se da la Paktachina que es ya el cumplimiento de la sanción, la comunidad exigirá que se ejecute en ese momento a fin de que se garantice su acatamiento.

Como vemos al igual que en la justicia ordinaria se tiene que cumplir un procedimiento para de ahí poder sancionar al culpable, solo que los indígenas no tienen absolutamente nada escrito no cuentan con un cuerpo legal que les señale cómo es que tiene que cumplirse en cada caso, las sanciones ya dependen de la comunidad y que tan grave sea el delito,

mientras en la justicia ordinaria no se puede sancionar por algo que no se encuentre previamente establecido en la ley; es una garantía constitucional que se aplica a todos los habitantes de la república, así lo establece el Artículo 76 numeral 3 de la Constitución del Ecuador:

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Esta norma constitucional aplica para todos los habitantes de la república, no existe norma que exprese que al estar reconocido otro sistema jurídico (justicia indígena) tenga que dejar de observarse otras normas que son imperativas para todos. La justicia indígena siente estar limitada lógicamente tanto por la constitución como por los tratados internacionales, ya que no existe una ley especial que permita la correcta y efectiva aplicación de dos sistemas jurídicos capaces de solucionar conflictos administrando justicia sin que exista contradicción alguna.

5.2. La sanción penal en general.

Lógicamente la sanción es una consecuencia del cometimiento de una infracción, ésta se aplica luego de que se haya seguido un procedimiento en el que se establezca o confirme la culpabilidad de un individuo el mismo que tiene que responder por su conducta y es ahí en donde tiene que aplicarse la pena correspondiente la misma que se encuentra tipificada en el código penal como son prisión, reclusión, multa, trabajo comunitario y que se aplican de acuerdo a la infracción que se cometa la misma que

dependerá de cada caso en particular ya que muchas veces hay que observar si existen agravantes o atenuantes.

Categoricamente la pena nace como un mecanismo de control social pues el estado impone normas que nos exige una conducta correcta frente a los demás y ante todo no sobrepasar sus derechos, es por ello que todos conocemos la ley y sabemos que si actuamos en contra de ella consecuentemente tendremos una sanción. Si es necesario que el estado imponga sanciones para conseguir una armonía social de lo contrario sería un caos social, sin embargo, existen varias discusiones doctrinarias al respecto, diversos tratadistas sostienen que no es necesario imponer leyes penales.

Para poder determinar el fundamento mismo de la pena es necesario hacer un análisis, así el doctor Ernesto Albán Gómez frente a este tema sostiene "que existen varias teorías que se han formulado para fundamentar la sanción penal, dividiéndolas en dos grupos; las llamadas teorías retributivas o absolutas y las teorías preventivas se encuentra por supuesto posiciones mixtas o eclécticas, que en definitiva son las que predominan en la doctrina y en la práctica.

- Teorías retributivas o absolutas, son aquellas que encuentran el fundamento y fin de la pena en su propia naturaleza. La pena realiza un ideal de justicia: es justa en sí misma, porque es la consecuencia necesaria y absoluta del delito, con prescindencia de cualquier utilidad que de ella pudiera derivarse. En definitiva, se castiga pura y simplemente porque se ha cometido un delito. Estas teorías se denominan retributivas por que sostienen que el delito, que es un mal, debe ser retribuido indispensablemente con otro mal, que es la pena.
- Teorías preventivas, estas teorías se oponen al criterio retributivo, señalan que la pena debe tener una utilidad: debe ser también un medio empleado por el estado, junto a otros de diversa naturaleza,

en la prevención y lucha contra la criminalidad. Según esto se castiga para que no se cometan delitos...."⁷²

- Y existen las teorías mixtas también que aceptan las dos anteriores.

Según estas teorías, el fundamento de la sanción penal sería en primer lugar un acto de justicia, pues es un corolario, si se ha cometido un delito que es considerado un mal atentatorio contra los derechos de otras personas pues siempre va a existir un afectado por ello y debe castigarse por ello indudablemente con otro mal que en este caso es la pena, es ahí que se considera retributiva. Y es lógico que el estado tome en cuenta esta teoría ya que debe establecer leyes penales en donde se castiga el cometimiento del delito, si alguien lo realiza sabe que luego de un procedimiento tendrá una sanción penal que de igual manera se encuentra establecida en el código penal.

La teoría preventiva, hace referencia a que la sanción penal debe ser una utilidad un beneficio por cuanto si se le aplica una pena es con el objetivo de que se vaya eliminando la criminalidad y ya no se cometan más delitos, sin embargo los delincuentes cumplen la pena y siguen cometiendo más delitos. Luego del análisis de estas dos teorías en realidad el fundamento de la sanción penal abarca las hipótesis de cada una de ellas, ya que el estado sin duda impone una pena para quienes cometan delitos con el fin de hacer justicia y de sancionar por su conducta antisocial, pero también tiene por objetivo evitar que sigan cometiendo delitos, y con ella llegar a la conciencia de las personas que entienden claramente que si se comete un delito tendrá que cumplir una sanción.

5.3. Cuál es la sanción aplicable frente a un delito indígena.

En la justicia indígena no existe como en la justicia ordinaria, un cuerpo legal en donde se encuentre tipificado cada uno de las sanciones aplicables

⁷²Albán, Ernesto; Manual de derecho penal ecuatoriano ;Ediciones legales S.A; 2011, Pág. 18-20

cuando se comete un delito, pues aquí la comunidad a través de las autoridades indígenas que siguen el procedimiento correspondiente a fin de lograr que le individuo sea sancionado por su conducta atentatoria contra los principios históricos latentes en las comunidades indígenas, es claro que no existe una sanción para cada uno de los delitos, esto dependerá en primer lugar de la comunidad en donde se comete el delito, de quien es el autor, quien es el afectado, las comunidades aplican la justicia indígena pero ésta no es absoluta depende de todas estas circunstancias.

Sin embargo en los pueblos indígenas existen algunos delitos que son más comunes que otros pero muchas veces las sanciones aplicables son las mismas para ellos, como: baños en agua fría, ortigada, exclusión de la comunidad, trabajos comunitarios, todo esto con un fin correctivo y espiritual de que la persona se arrepienta de lo cometido purificando su alma y ante todo se comprometa a no volver hacerlo y se reincorpore a la comunidad, a fin de lograr nuevamente la paz social respetando sus normas y principios fundamentales como: ama llulla(no mentir), ama shuwa (no robar). Concretamente no se ha logrado conciliar en el mundo indígena una sanción para cada delito sino ya en el cumplimiento mismo del procedimiento es que la comunidad al presenciarlo es la encargada de establecer cuál es la sanción que se va aplicar, dependiendo de la gravedad del delito cometido.

5.4. Análisis del principio non bis in ídem.

Non bis in ídem (Latín: *No dos veces por lo mismo*), también conocido como *autrefois acquit* ("ya perdonado" en francés) o *doublejeopardy* ("doble riesgo" en inglés), es una defensa en procedimientos legales.⁷³

El principio non bis in ídem, hace referencia a que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa; este principio recoge varios argumentos lógicos que son indispensables para garantizar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución y lograr de esta manera una verdadera seguridad jurídica.

⁷³http://es.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem(marzo 2012)

La Constitución del Ecuador reconoce este derecho, en su artículo 76, numeral 7, literal i;

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.⁷⁴

El artículo 5 del Código de procedimiento penal expresa:

Art. 5.- Único proceso.- Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho.⁷⁵

También es preciso analizar el artículo 344 del Código Orgánico de la función Judicial:

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;⁷⁶

⁷⁴Constitución del Ecuador; Art. 76, 7, i.

⁷⁵Código de Procedimiento Penal; art. 5

⁷⁶Código Orgánico de la Función Judicial; Art.344, c.

Es primordial el análisis de este principio que rige en la legislación ecuatoriana, y sin duda tiene plena relación con la justicia indígena ya que al existir el reconocimiento constitucional pues también hay la garantía de que si existe ya un juzgamiento por parte de las autoridades indígenas, pues ya no se puede juzgar nuevamente por ese delito en la justicia ordinaria, es lógico porque al coexistir dos sistemas jurídicos no se pueden aplicar los dos a una persona por el mismo delito.

Si no existiera normativa tanto constitucional como legal que garantice la aplicación de este principio en los procesos penales, pues sin duda los jueces tratarían de revisar lo actuado por los indígenas, ya que no existe regulación en cuanto a la aplicación de la justicia indígena ni establezca límites tanto para el uno como otro sistema. Existe un caso en el Ecuador denominado el de La Cocha, en el cual se pretendía juzgar a los involucrados dos veces, ya fueron sancionados por la comunidad pero se pretendía también juzgar en la justicia ordinaria y el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi Carlos Poveda declaró la nulidad de la investigación realizada por el Fiscal en ese entonces, defendiendo el derecho no solo de los indígenas sino de todas las personas a no ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Carlos Poveda frente a este tema sostiene "Cuando expedí la resolución en el caso referido, hubiera ansiado fervientemente que haya existido esta disposición constitucional (art 76 numeral 7 literal i)) para haber mejorado mi motivación y fundamentación, sin embargo uno se adecua en el tiempo a lo que tiene y esa decisión tuvo ingredientes jurídicos, que por ventaja la historia ha ido contemplando en nuestra legislación interna".⁷⁷

Existe indudablemente un vacío legal, que cada vez se torna más evidente en cuanto a la regulación de la justicia indígena para determinar cuáles son los delitos que debe conocer el uno u otro sistema jurídico vigente, y que se

⁷⁷ Poveda, Carlos; Reflexiones Básicas e ideas iniciales sobre el Proyecto de Ley Coordinación y Cooperación entre los sistemas Jurídico Ordinario e Indígena; en Carlos Espinoza, Danilo Caicedo, coord.; Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales; Quito; 2009; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Pag.476.

dé una coordinación y cooperación entre ellos, para así garantizar una verdadera interculturalidad en todos los procesos logrando el respeto de lo realizado por los indígenas y evitando que los jueces de la función judicial revisen lo actuado ya por autoridades indígenas.

5.5. Régimen penal especial para indígenas.

Los pueblos y nacionalidades indígenas, tienen sus propias instituciones jurídicas basadas indudablemente en las prácticas históricas que han sido transmitidas de generación en generación y que las siguen aplicando y ante todo respetando debido a ese lazo ancestral que los une, y que será así por muchas generaciones más, y con mayor razón es que hoy si existe una lucha constante por la reivindicación de los derechos de estos pueblos milenarios.

Es así que ellos para solucionar sus conflictos, tienen su propio régimen penal que lo considero especial por cuanto no está escrito, es decir no existe una norma en la cual consten todos los procedimientos para cada uno de los delitos cometidos dentro de su comunidad. Sin embargo, creo importante que la ley penal observe cuidadosamente la jurisdicción penal que los indígenas adoptan frente al régimen penal establecido en el ordenamiento jurídico vigente el mismo que se aplica para todos los habitantes de la república.

Me refiero además a un régimen penal especial de los indígenas que la Corte Nacional de Justicia debe considerar, para que en los casos que se encuentren los indígenas sometidos a la administración de justicia ordinaria, se respeten y hagan efectivos los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

5.6. Límites a la aplicación de sanción en justicia indígena.

La sanción que aplican los pueblos y nacionalidades indígenas, dentro de un marco de costumbres, usos y hábitos, se encuentra plenamente validada

por ellos quienes se someten a su propia jurisdicción para la solución de conflictos, lo que les permite en caso de violentar los principios y normas indígenas juzgar y sancionar a su manera.

Estas sanciones que utilizan los indígenas, se encuentran limitadas debido a que el estado garantiza a través de la constitución varios derechos a todos los ciudadanos, evitando que se vulnere alguno de los previamente establecidos en la carta magna. Es verdad que la propia constitución le da el reconocimiento a este sistema de solución de conflictos para que ejecute sus propias normas y procedimientos en la solución de sus conflictos internos, pero a la vez limita el mismo ya que claramente establece que no pueden ir en contra de los derechos establecidos en ella ni contra los derechos humanos. Los indígenas al aplicar su propia justicia, no observan ni tienen presente los derechos humanos y aplican sanciones que para ellos son normales ya que es su tradición, pero en muchos casos cuando no lo hacen de manera adecuada atentan contra la integridad de las personas y contra la vida.

Es por ello que la justicia indígena no puede sobrepasar la Constitución y los derechos en ella establecida, con carácter urgente se debe socializar a este sector sobre el verdadero alcance de la justicia indígena y sus sanciones, para de esta manera lograr el efectivo reconocimiento de ésta institución jurídica que existe en nuestro país, pero que en varios casos como el que analizo más adelante, no se administra de manera correcta.

La líder indígena Lourdes Tibán respecto a la ejecución de sanción indígena establece que los indígenas deben observar mínimos jurídicos para la administración de justicia indígena que son limitaciones que no pueden ser omitidas como:

- Derecho a la Vida: la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte.

- Derecho al debido proceso: como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o a través de terceros. Además el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad.
- Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles: éste es un derecho de todas las personas, por ende las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición.
- Derecho a la no agresión física ni psicológica: éste derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa de derechos humanos, pero la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas, donde el fuste, el baño o la ortiga conlleva la reacción curativa y reivindicativa de los actores involucrados.⁷⁸

Se puede concluir, que frente a los múltiples abusos que se han dado por parte de las comunidades indígenas en la mala aplicación de sanciones indígenas, es necesario imponer un límite para evitar la violación de varios derechos constitucionales universalmente reconocidos; los propios indígenas son quienes admiten que sus castigos muchas veces se les va de las manos, pero ellos lo que en realidad buscan es la paz social en sus comunidades a través de medidas que purifiquen el alma y la conciencia del infractor que perturbó la armonía entre sus comuneros.

5.7. Análisis caso práctico.

En nuestro país existen varios casos que serían necesarios analizarlos, para configurar los aspectos más relevantes y que a la vez se tornan preocupantes con respecto a la justicia indígena.

Luego de haber concluido el análisis de la justicia indígena, como una institución propia de los indígenas para la solución de sus conflictos creo

⁷⁸Tibán, Lourdes; "Manual de Administración de Justicia Indígena"; Quito; Fudeki; 2004; Pág. 44-45

importante analizar un caso práctico en donde aplican todos los conocimientos adquiridos a lo largo del desarrollo de este trabajo, que me ha permitido conocer circunstancias que muchas veces pasan desapercibidas y que solo con la investigación, estudio, preparación y sobretodo sacrificio se puede llegar a plasmar en lo que hoy he denominado “ JUSTICIA INDÍGENA Y SANCION PENAL EN EL ECUADOR”.

Pese a existir varios casos en el país, cabe ahora el análisis de un caso muy particular⁷⁹, el mismo que implica un verdadero atentado contra la vida, y violación de los derechos humanos y de los derechos establecidos en la Constitución.

ANTECEDENTES.

El 12 de abril del 2005, DAVID LEMA MAYANCELA, se encontraba en su domicilio ubicado en la Unión, Nazón, provincia del Cañar, cuando llegan 2 personas MANUEL GANZHI Y JUAN MANUEL ORTIZ, los mismos que ingresan a su casa y solicitan a David Lema que vaya con ellos a la Ciudad de Cañar para arreglar unos asuntos, a pesar de que se resiste lo llevan a él y a su hijo Rolando Lema a la fuerza en el vehículo de Ortiz.

Lo llevan hasta la casa comunal de Gallorumi comunidad de Cañar y lo acusan del delito de robo de ganado (abigeato), realizando un careo como ellos lo llaman entre David Lema y dos detenidos más. Le piden que se sacara la casaca y le quitan todo el dinero que llevaba, lo agredieron, golpearon, castigaron hasta que GANZHI y ORTIZ lo amarraron para inmovilizarlo e incitaron a los comuneros ahí presentes para que lo sigan castigando, con golpes, agua fría de una laguna. El hijo de David Lema, Rolando intentó ayudarlo pero fue imposible así que el huyó del lugar, al siguiente día lo encontraron y llevaron nuevamente a la casa comunal, cuando llegó vio que su padre agonizaba y al decirle unas palabras fallece.

⁷⁹Ver anexo 1.

Los sacerdotes del lugar y policías, constataron la muerte de DAVID LEMA, quien al ser sometido a la "justicia indígena" de esa comunidad, muere con politraumatismos e hipotermia.

Su esposa MARIA CRUZ CALLE CALLE, indignada por lo sucedido pone la denuncia en la fiscalía, y luego de sustanciarse el proceso correspondiente se llega a determinar que existe un culpable, JUAN MANUEL ORTIZ por el delito que cometió toda la comunidad, trámite que se sustancio en segunda instancia y en casación, declarándose culpable del delito tipificado en el Artículo 461 del código penal y se le impone la pena de tres años de prisión y cincuenta dólares de multa a JUAN MANUEL ORTIZ.

ANALISIS

Los indígenas tienen el derecho a ejercer sus propias instituciones jurídicas y consecuentemente pueden administrar su propia justicia para resolver sus conflictos, en base a tradiciones y costumbres; pero deben observar ineludiblemente los derechos establecidos en la Constitución.

En este caso en particular, es preciso analizar varios puntos que son relevantes:

- No existe el debido proceso que debe cumplirse en la administración de justicia indígena, por cuanto al señor DAVID LEMA le llevan de su domicilio a la fuerza hacia la comunidad para que directamente sea juzgado, sin que exista en primer lugar una denuncia por parte de la persona afectada, para que de ahí recién inicie el procedimiento; a él lo juzgan sin ninguna investigación ni prueba, y peor aún sin el derecho a la defensa, no existió el debido procedimiento que a diferencia de la justicia ordinaria tiene que existir.
- Realizan el juzgamiento sin probar que DAVID LEMA es el culpable, se basaron solamente en presunciones, debieron realizar las debidas investigaciones para poder juzgarlo; el no pudo defenderse ya que al

retirarlo de su domicilio fue directamente a la comunidad para sancionarlo.

- La comunidad no pensó en las consecuencias, pues lo sancionaron con látigos, sumergiéndolo a una laguna de agua fría, lo golpearon y terminaron con su vida, y quien los juzga? Si en realidad fue una multitud que aplicó la justicia indígena, entonces como se puede sancionar a esa multitud, como considerar al delito que han cometido los comuneros en base a su costumbre y tradición? indudablemente existe un vacío legal.
- Al final del proceso cumple la pena, una sola persona que fue la que incitó a que la comunidad entera juzgue y castigue cruelmente a DAVID LEMA, pues no sé hasta qué punto puede ser culpable una sola persona cuando el delito lo cometieron varias personas, que debieron ser sancionadas, pero como no existe una ley que regule estos conflictos no se puede determinar en realidad la culpabilidad.
- Acabar con la vida, es realmente un atentado contra los derechos humanos que se encuentran universalmente reconocidos, a lo mejor no fue ésa la intención de la comunidad pero de la manera como lo juzgaron desencadenó en la muerte, no se puede permitir que por existir otro sistema jurídico que juzgue y sancione a su manera, atenten contra los derechos de las personas que son mucho más importantes que las instituciones jurídicas vigentes que para poder aplicar debe observar los derechos humanos ya que la Constitución así lo exige.
- Es este caso se dio una violación directa a los derechos del señor DAVID LEMA, quien falleció por ser juzgado y sometido a una mala administración de "justicia indígena", sin cumplirse con el debido proceso; finalizando así, con un atentado contra la vida, entonces vemos que al no existir una regulación en la administración de justicia indígena no existe seguridad jurídica en cuanto a las consecuencias que derivan de la errónea aplicación a éstos ya que se están vulnerando los

derechos de las personas y ésta institución no puede sobrepasar la Constitución ni los derechos humanos universalmente reconocidos.

- La justicia indígena existe o no existe, pero sí creo como en éste caso en la “justicia indígena” mal aplicada la misma que desnaturaliza completamente la esencia de esta institución jurídica propia de los indígenas que si bien es cierto se aplica por que así lo han venido haciendo antiguamente y además por su libertad y autonomía que es básicamente la razón primordial por la que ellos no aceptan otro sistema diferente al suyo.

CAPITULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones.

- Al finalizar la investigación y estudio de los aspectos más relevantes sobre la justicia indígena, puedo concluir que indudablemente se trata de un sistema propio de los indígenas para resolver sus conflictos internos, basados en sus usos, hábitos y costumbres; el mismo que implica la aplicación de normas y procedimientos ancestrales, y es administrado por sus propias autoridades.
- Existe un reconocimiento constitucional de los derechos e instituciones de los pueblos y nacionalidades indígenas, a partir del pluralismo jurídico vigente hoy en el Ecuador; y una de las instituciones más importantes para éste sector es la administración de justicia indígena, ya que les da potestad para aplicar sus normas y procedimientos, siempre que éstas no vayan en contra de la propia Constitución es decir los derechos en ella establecidos, ni contra los derechos humanos universalmente reconocidos.
- Hay que reconocer que el sector indígena ha sido discriminado por mucho tiempo y consecuentemente no ha sido sujeto de derechos, pero hoy si existe una verdadera reivindicación de los derechos indígenas, lo que implica el reconocimiento de un pluralismo jurídico y consecuentemente de sus instituciones jurídicas, por lo que la justicia indígena debe existir, siempre que no sobrepase los derechos fundamentales de las personas, ya que sí existe una aplicación excesiva de sanciones en las comunidades indígenas que muchas veces ha desencadenado en muertes.
- Al aplicar la justicia indígena, se debe observar los derechos humanos ya que si se está violentando los mismos, en la aplicación de sanciones graves que atentan contra la integridad de las personas por no existir una ley que determine cuáles son las sanciones admitidas dentro del

ordenamiento jurídico, ya que al reconocer esta institución jurídica propia de los indígenas, no se puede permitir que se vulneren los derechos de las personas.

- Luego del estudio profundo y análisis de la justicia indígena en el Ecuador, nos encontramos frente a la coexistencia de dos sistemas jurídicos vigentes en el país, que permiten solucionar conflictos de manera diferente pero efectiva, siempre que se lo haga correctamente; pero paralelamente debe existir una ley que compatibilice la aplicación de éstos sistemas, ya que en varios aspectos crea confusión , como que no se especifica la competencia que tiene cada uno de ellos frente a un delito cometido por un indígena o por una persona no indígena en la comunidad indígena, no existe coordinación entre los dos sistemas, ya que cada uno de ellos percibe a la justicia indígena de manera diferente.

6.2. Recomendaciones.

- Evidentemente existe un vacío legal en cuanto a la regulación de la justicia indígena; que no permite resolver los conflictos de competencia que se presenta con la justicia ordinaria, pese a ser otro sistema jurídico constitucionalmente reconocido y vigente en el país, que admite solucionar conflictos de una manera diferente y cumpliendo ciertos requisitos, por lo que mi recomendación principal es que debe existir una ley que regule la administración de justicia indígena y justicia ordinaria, que delimite o especifique qué debe conocer cada uno de los sistemas jurídicos vigentes en el país, es una exigencia que se torna indispensable e inmediata para así evitar un sinnúmero de conflictos que se presentan a diario y que confunden las funciones que tienen cada uno de estos sistemas.
- Creo que si se debe dar a las comunidades indígenas la oportunidad de efectivizar su derecho consuetudinario, pero socializando e impartiendo conocimientos de lo que establece la Constitución y tratados internacionales sobre justicia indígena, ya que los pueblos ancestrales

desconocen las leyes vigentes y creen que sus normas históricas son las únicas que rigen en su comunidad; es ineludible fomentar la información necesaria sobre lo que pueden o no hacer, incluso se les puede establecer otro sistema de solucionar sus conflictos internos como es la mediación, ya que a través de ella se pueden llegar a varios acuerdos sin necesidad de aplicar sanciones enérgicas, pero todo ello con la iniciativa del gobierno para evitar estos castigos con mano propia.

- Al existir una ley que compatibilice los dos sistemas jurídicos, se exige u obliga a los jueces, abogados, autoridades en general para que juzguen y apliquen la ley pero respetando las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que hoy no se acepta el derecho que en realidad tienen, pues se desconoce al momento de administrar justicia ya que consideran un mecanismo atentatorio contra las personas, por los diversos abusos de los indígenas y por lo que la prensa ha escandalizado este tema.
- La promulgación de una ley que regule la justicia indígena es favorable para los dos sistemas, pues ayudaría a solucionar diversos conflictos sobretodo de competencia; pondría un límite a cada una de las sanciones indígenas abusivas que atentan contra la integridad de las personas, que vulnera derechos que se encuentran claramente establecidos en la Constitución y tratados internacionales. Con esta ley se brinda un mejor acceso a la justicia para las comunidades indígenas, aplicando sus usos y costumbres, sellando así el reto ya cumplido de la existencia del pluralismo jurídico hoy vigente en el Ecuador.
- Cooperación y coordinación entre los jueces y juezas nacionales con las autoridades indígenas, que ejercen funciones jurisdiccionales; por cuanto están llamados a administrar justicia, para así lograr un país con una Justicia de calidad, en donde cada uno se limite a cumplir sus funciones ya establecidas sin que exista, como hoy, confusión frente a quien debe juzgar o no en cada delito.
- Un tema que creo también importante y debe incluirse en la ley de regulación de justicia indígena, son las acciones que se pueden

interponer frente a lo que resuelvan las autoridades indígenas, ya que no pueden ser absolutas pues tiene que existir también la posibilidad de que cuando se crea que se ha vulnerado un derecho y no esté de acuerdo con la imposición de la sanción, se pueda apelar a esa decisión, con medios o acciones que permitan ejercer un derecho fundamental de interponer un recurso.

Bibliografía.

- ALBAN, Ernesto. "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano". Tomo I, Parte General. Ediciones Legales S.A. 2011
- AVILA, Milton. "Manual Teórico Practico JUSTICIA INDÍGENA". Cuenca. Ediciones Carpol. 2006.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Doceava Edición. Editorial Heliasta S.R.L.1979
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Doceava Edición. Editorial Heliasta S.R.L.1979
- CAICEDO, Danilo; ESPINOSA, Carlos. "Derechos Ancestrales Justicia en contextos Plurinacionales". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.2009.
- CRUZ RUEDA, Elisa. "Principios Generales del Derecho Indígena", en Hacia jurídicos plurales, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- DAMIANOVICH, Laura. "Delitos contra la Propiedad.".1998.
- ECUARUNARI 2008. "Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad kichwa del Ecuador".
- GARCIA SERRANO, Fernando; "La Jurisdicción Indígena del monismo jurídico a la interlegalidad"; 2008.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal". 11ª Edición. Editorial Sudamericana.1980
- PEREZ GUARTAMBEL, Carlos. "Justicia Indígena". U de Cuenca. 2006.
- REGIMEN PENAL ECUATORIANO. Ediciones legales.
- REVISTA YACHAYKUNA. ICCI
- SALGADO, Judith. "Justicia indígena: aportes para un debate". Edición Abya-Yala. 2002.
- TIBÁN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl. "Manual de administración de justicia indígena en el Ecuador". Edición Fudeki. 2002-004.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge. "Tratado de derecho procesal penal". EDINO. 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio. "Derecho Penal parte general". 2002.
- Páginas de la WEB.
- <http://www.conaie.org>

- <http://www.ecuarunari.ec>
- <http://icci.nativeweb.org>
- <http://www.indigenas.bioetica.org>
- <http://twitter.com>
- <http://www.icr.org.com>
- <http://www.conaie.org>
- <http://virtual.rikuna.panka.RUNAKUNA>
- <http://runakuna.blogspot.com>
- <http://comunidadchichicorumi.wordpress.com>
- <http://icci.nativeweb.org>
- <http://alainet.org>
- <http://www.indigenas.bioetica.org>
- <http://www.ecuarunari.ec>
- <http://www.codigopenalonline.com.ar>
- Constitución del Ecuador, 1998.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Código Penal.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código de Procedimiento Penal.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Contacto directo con los indígenas de las comunidades de Gallorumi, Amanta y Molobog de la Provincia del Cañar.

Anexo 1.

Dr. Patricio Sacoto Sacoto y C. de

CANAR. OCTUBRE 27 DE 2005.- LAS 17H10.



VISTOS: Concluida la audiencia preliminar, la causa se encuentra en estado de resolverse para el efecto se considera PRIMERO: Que la instrucción fiscal se origina en la imputación que realiza el Sr. Dr. Patricio Sacoto Sacoto, en contra de los ciudadanos Manuel Ganzhi Tenelema, Juan Manuel Ortiz y Segundo Tamay, identidad de este último ha sido rectificadada, por el de Jerónimo Tamay Montero, por el delito de asesinato cometido en las circunstancias de tiempo y lugar descritas en el auto de instrucción fiscal. SEGUNDO.- Luego de haber consultado a las partes, si tienen alegaciones que formular con respecto a los requisitos de procedibilidad, prejudicialidad, competencia o de validez que pudieran afectar a este proceso, los abogados de los imputados, alegan que no se ha cumplido a cabalidad con el debido proceso, situación ésta que no tiene asidero legal por cuanto del proceso se evidencia que ha sido tramitado conforme a las normas procesales vigentes, sin que se haya omitido solemnidad alguna que vicie el procedimiento, ni que exista alguno de los elementos contenidos en el inciso primero del Art. 229 del Código de Procedimiento Penal, por lo que se declara la validez del proceso. TERCERO.- La fiscalía por intermedio de su representante, Dr. Patricio Sacoto Sacoto, en su dictamen acusa a los imputados como autores del delito tipificado y sancionado en el Art. 455, inciso segundo del Código Penal, absteniéndose de acusar a Jerónimo Tamay Montero, por ello, corresponde a la fiscalía aportar los elementos de convicción suficientes para llegar a establecer la presunción del delito, elementos de convicción sobre la participación de los imputados Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Manuel Ortiz. Así observamos de autos los siguientes elementos incriminatorios a.- Diligencia de identificación del cadáver de quien en vida respondía a los nombres de David Antonio Iema Mayancela, con las versiones de Luis Heriberto Calle Calle, y José Ángel Guatman. b.- Acta de levantamiento de cadáver de fs. 9 de los autos. c.- Diligencia de reconocimiento exterior y autopsia, practicado por los facultativos peritos Marco Ochoa Molina y Victor Espinosa. d.- Diligencia de Reconocimiento del lugar desde donde fueron trasladados quien en vida respondía a David Antonio Mayancela y su hijo Sergio Rolando Lena Calle. e.- Diligencia de Reconocimiento médico legal practicado en las personas de Manuel Antonio Paredes Fernández, y Manuel Mesías Chimbay Cayamcela. f.- Obra del proceso el informe policial suscrito por los Policías Luis Montalera Orellana y Luis Cevallos Calle, mismos que obran de fs. 10 a 20 en la obra g.- Fondo de los autos Manuel Antonio Paredes Fernández, que en la principal refiere haber sido, contratado por su cuñado de nombres Mesías Chimbay, a fin de

realice un flete al sector conocido como la Loma Redonda a traer un ganado, pero antes tenía que recoger en la ciudad de Biblián al hoy fallecido Lema Mayancela, que ya en el lugar embarcaron el ganado y los trasladaron hasta la Ciudad de Cuenca, que luego regresaron dejando al Sr. Lema en la ciudad de Biblián, y se retiraron a sus domicilios, que el día lunes once de septiembre, a eso de las trece horas mas o menos, mientras regresaba del sector de Pimo, en Zhud, fue detenido por la Policía Nacional, aduciendo que en su contra se había presentado una denuncia por robo de ganado, siendo detenido incluso su vehículo, que al día siguiente en junta de su cuñado, se encontraban en la Ciudad de Cañar, en el consultorio del Dr. David Andrade, que a este lugar llegaron miembros de la Comunidad de Gallo Rumi, y lo han detenido, trasladándole a dicha comunidad para investigarlo, que fueron interrogados por los Sres. Manuel Ganzhi y Juan Ortiz, que ellos dirigían a la multitud, y fueron también objeto de agresiones físicas, que posteriormente Manuel Mesías Chimbay expuso: que el Sr. Qué, le vendió el ganado fue el Sr. Lema hoy fallecido, por lo que miembros de dicha comunidad se trasladaron al domicilio de Lema a traerlo, que llegando aproximadamente a las veinte y dos horas en el lugar, en el transcurso de la noche lo golpearon, por orden de Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Ortiz: una vez que lo maltrataron este (Lema Mayancela) acepto que había entregado el ganado, y que el, tenía contactos por todo lado, posteriormente le sacaron al Sr. Lema de la sala, expresando que lo iban a bañar, pero cuando nuevamente lo trajeron, ya vino en malas condiciones de salud y que a las siete de la mañana más o menos falleció. En similar forma depone Manuel Mesías Chimbay Cayancela, agregando únicamente que el compro el ganado a David Antonio Lema, por cuanto recién había llegado de los Estados Unidos. A fs. 59 Sergio Rolando Lema Calle. a fs. 59 expresa que el día de suscitado los hechos el deponente, se encontraba en su domicilio que lo tiene en el sector de Nazon del Cantón Biblián, y que en horas de la noche llegaron a este sector algunas personas preguntando por su padre David Lema, que el deponente a pesar de haber expresado que su padre se encontraba durmiendo y borracho, ingresaron alrededor de cinco personas al interior de la casa, tomándole al deponente y a su padre, y en junta de bastantes personas que se encontraban en varios carros, siendo uno de ellos el Sr. Ortiz, vehículo este marca HINO FB, con cajón de madera de color blanco con azul, lo trasladaron a la comunidad de Gallo Rumi, del Cantón Cañar, al llegar a dicho sector, realizaron un careo con otras personas que se encontraban en el lugar aduciendo que eran cómplices de su padre, luego le hicieron desvestir a su padre y que fue Manuel Ganzhi, el que saco del bolsillo del pantalón de

658 Seiscientos cincuenta y ocho



su padre la cantidad de seis mil dólares americanos, para luego comenzar agredirla, el Manuel Ganzhi, el Ortiz, Margarita Álvarez y el marido de ésta Segundo Lombay, que Manuel Ganzhi, incluso amenazaba a la gente que no quería castigar al ladrón y que iba a cobrar una multa de cincuenta dólares, mientras su padre suplicaba manifestando que él no tenía nada que ver con el robo de ganado, amenazándole incluso que le iban a sacar a una laguna a la que el deponente se opuso, agrega que luego le sacaron del rancho a su padre y luego cerraron la puerta, momentos en que fué aprovechado por una señora de esa comunidad y lo saco al deponente, que permaneciendo escondido, pero al tratar de trasladarse a su casa, nuevamente le cogieron miembros de la comunidad, y que nuevamente el deponente fué golpeado por Manuel Ganzhi y que a su padre observo tendido sobre una estera y tapado con una cobija, que al levantarse la camisa observo que estaba con moretones, le entrego un reloj para posteriormente fallecer y que el Sr Manuel Ganzhi del dinero que le saco a su padre, le devolvió únicamente la cantidad de ciento cincuenta dólares. Roberto Pomavilla, expresa en su versión de fs. 60, que el día da ocurrido los hechos se encontraba en la casa de David Lema, en el sector de Nazon, ha donde llegaron unas cinco personas entre las que se encontraba el Sr. Que consta en la fotografia del periodico que UD. me indica (Fiscal), que luego de tumbar las puertas ingresaron estas personas, le sacaron al Sr. Lema, a su hijo y al deponente, y que luego al deponente lo abandonaron en una quebrada, previamente de haberlo agredido. A fs. 61 Maria Eufemia Moyano Pambay, expresa también que el día, doce de abril del año que recurre, desde su domicilio que lo tiene en el sector de Nazon, observo como algunas personas sacaron del domicilio a David Lema y a su hijo, los llevaron hacia abajo en donde se encontraban esperandoles algunos carros con gente campesina, que trataron de intervenir pero fué imposible, en razón de que existía mucha gente. A fs. 58 ripde su versión Maria Cruz Calle, esposa de David Lema, quién refiere, que al llegar a tener conocimiento de que a su esposo e hijo los habían llevado de su domicilio miembros de una comunidad del Canton Cañar, la deponente sollicito su ayuda al Párroco de la Comunidad de Nazon, quien le indico que su esposo ya había fallecido por cuanto él se fué a dicha comunidad. Indicandole además que todo esto estaba dirigido por el Sr. Manuel Ganzhi. h.- En el desarrollo de la instruccion fiscal rinden sus versiones también los Sres. Policías, Cristian Meléndez Cabezas, Luis Cevallos, Luis Montaleza Orellana, Luis Chisaguano, quines refieren que al tener conocimiento de que la comunidad de Gallo Rumi, habían secuestrado a los Sres. Luis Antonio Paredes, Manuel Mesías Chimbay Cayamcela, David Lema Mayancela y su hijo Sergio Rolando

Lema Calle, por disposición de sus superiores, trataron de rescatarlos y conversar con los miembros y dirigentes de la comunidad, entre los cuales se encontraban Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Manuel Ortiz, fue imposible por cuanto querían firmar una acta con muchas prebendas, sin embargo de las diligencias practicadas se pudo establecer, que los ahora imputados fueron quienes incentivaron a las comunidades, pero cuando la comunidad resolvió entregar, se percataron del fallecimiento del Sr. Lema Mayancela. i.- Rinden también sus versiones Manuel Jesús Bermejo Álvarez, Segundo Jesús Montero Bermejo, María Dolores Bermejo Tamay, María Luz Murudumbay Chimborazo, quienes expresan que el doce de abril del año en curso, a eso de las once de la noche aproximadamente, llegaron a conocer que su compañero Jerónimo Tamay Montero, había sido llevado por miembros de la comunidad de Gallo Rrumi, por cuanto le inculpaban de un robo de ganado, que en el lugar es decir Gallo Rrumi, la gente manifestó, que el Sr. Jerónimo Tamay, no tenía nada que ver en el hecho que se le inculpa. Luego que se comprobó que Jerónimo Tamay nada tenía que ver se regresaron a sus domicilios. j.- Dentro del expediente deponen, Milton Remigio Padilla Narváez, Gregorio Zhau Tenelema, Jesús Tacuri Buñay, Luis Antonio Tacuri Buñay, Rafael María Padilla Narváez, Francisco Padilla García, Gregorio Tacuri Lazo, entre otros quienes en lo principal dicen, que el día doce de abril en horas de la noche, tuvieron conocimiento de que en la comunidad de Gallo Rrumi, habían cogido a un ladrón de ganado, que los estaban investigando, pero como existía mucha gente no se puede determinar quienes procedieron agredirlo, y al día siguiente se enteraron que el David Lema, había fallecido, otros testimonios como el de María Guadalupe Caizan Sotamba, expresa, que el día de los hechos vio únicamente que se encontraba presente Manuel Ganzhi, pero esto al día siguiente de los hechos, en tanto Juan Ortiz no estaba presente, otros como el de María Sara Ochoa Lema, no ve a ninguno de los hoy imputados. CUARTO.- Con estos elementos procesales se puede establecer que evidentemente la materialidad de la infracción requisito sine-qua-non, se ha probado conforme a las normas procesales, que la participación, de los ahora imputados Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Manuel Ortiz, también es evidente, pues la versión de Sergio Rolando Lema Calle, hijo del ahora fallecido David Lema, es presencial de los hechos y aún más es quien identifica a Ganzhi Tenelema y Manuel Ortiz como los dirigentes, que incitaban a cometer el hecho que hoy se investiga, incluso y lo que hay que recalcar identifica a Juan Manuel Ortiz, desde el momento mismo en que son trasladados de su domicilio de Názon a la comunidad de Gallo Rrumi, hecho que corrobora con los

657 *Escritura de acusación y N.º*



testimonios de Manuel Paredes Fernández y Manuel Mesías Chimbay Cayamcela, también fueron agredidos, e identifican a los ahora imputados, en cuanto a Jerónimo Tamay Montero, y de acuerdo a las versiones receptadas, como la de Manuel Jerónimo Bermejo Álvarez, Segundo Jesús Montero Bermejo, Jerónimo Tamay, fue trasladado desde su domicilio a la comunidad de Gallo Rumi, con el objeto de también ser investigado, situación que así procedieron, es decir su participación en el hecho no es claro. Es necesario considerar el hecho de que el certificado médico presentado por la defensa de Juan Manuel Ortiz, de que se encontraba enfermo e internado en el Centro Médico La Salud, en la Ciudad de La Troncal el día doce de abril, más ese mismo día en horas de la noche el Sr. Manuel Ortiz es identificado plenamente en Nazon, y en la comunidad de Gallo Rumi, por los agredidos Paredes, Lema Calle y Chimbay, y en más participa de las conversaciones con elementos de la Policía Nacional. Con estos elementos procesales se ha llegado a establecer presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito, así como presunciones graves y fundadas de que los imputados Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Manuel Ortiz, son presuntos autores del delito cometido, a lo indican los elementos de convicción que han sido detallados en lo expuesto el JUZGADO CUARTO DE LO PENAL Y TRANSITO DEL CAÑAR, dicta AUTO DE LI AMANIMIENTO A JUICIO contra los imputados MANUEL GANZHI TENELEMA Y JUAN MANUEL ORTIZ, como presuntos autores y responsables del ilícito contemplado en el Art. 455, inciso segundo del Código Penal, se dicta prisión en firme de los acusados. Conforme determina el Art. 173 A del Código de procedimiento Penal, comuníquese de este particular al Sr. Director del Centro de Rehabilitación Social de Azogues, en donde se encuentra detenido Juan Manuel Ortiz. Oficiéase al Sr. Jefe de la Policía Judicial del Cañar, para que proceda a la captura de Manuel Ganzhi Tenelema. Se dispone el embargo de sus bienes hasta por la cantidad de trescientos dólares por cada uno de ellos, o rindan fianza por igual valor por así disponer la Ley, diligencia que cumplía el Sr. Alguacil Mayor del Cantón Cañar, en cuanto a la situación jurídica de Jerónimo Tamay Montero, por lo analizado en el considerando anterior, atento a lo dispuesto en el Art. 241 del Código Adjetivo Penal, dicto AUTO DE SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DEL PROCESO y a favor del imputado GERONIMO TAMAY MONTERO, disponiendo que por el momento no se puede continuar con la tramitación de la causa, se dispone se deje sin efecto todas las medidas de orden personal dictadas en contra de Tamay Montero. Consérvese en el archivo el proceso a efectos del Art. 248 de la ley antes señalada. Déjese copia de esta resolución

en el libro respectivo. Léase e insértese esta resolución en el expediente y notifíquese mediante boleta. CUMPLASE.

LO CERTIFICO

RAZON: En Cañar, a los veinte y siete días del mes de octubre del año dos mil cinco, a las diecisiete horas con veinte, veinte y uno, veinte y dos, y veinte y tres minutos. NOTIFIQUE, con el contenido del auto que antecede al Dr. Patricio Sacoto Sacoto, por boleta que dejé en el casillero judicial N. 51. Al Dr. Vicente Ordóñez Angamarca, Defensor de Oficio, por boleta la misma que dejé en el casillero judicial N. 22. A la acusadora particular Maria Cruz Calle Calle, por boleta la misma que dejé en el casillero judicial N. 5 del Dr. José Urgilez Campos. A los imputados Manuel Ganzhi Tenelema, Jerónimo Tamay y Juan Manuel Ortiz, por boleta la misma que dejé en el casillero judicial Nros. 16 y 37 de los Dres. Diego Neira y Wilson Mendoza. CERTIFICO.

RAZON: Se remitieron las correspondientes comunicaciones como son al Sr. Director del centro de rehabilitación Social de Varones de la Ciudad de Azogues, a los Sres. miembros de la Policía Nacional como ordena en la resolución que antecede. CERTIFICO.

Cañar, Octubre 27 de 2005.



TRIBUNAL PENAL SEGUNDO DEL CAÑAR. ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA.

En la ciudad de Cañar, a uno de febrero del dos mil seis, siendo las diez horas diez minutos. El Tribunal Penal Segundo del Cañar presidido por el Dr. Alex Castro Cárdenas e integrado por los doctores Leonardo Santacruz Martínez y Aníbal Correa Molina, Jueces Segundo y Tercero en su orden y con la intervención del abogado Edgar Quezada Coello en calidad de Secretario Interino, se instalan en audiencia pública a fin de resolver la situación jurídica del acusado JUAN MANUEL ORTIZ, quien ha sido llamado a responder en juicio por el delito tipificado y sancionado en el Art. 455 inciso segundo del Código Penal. Previo a dar inicio el señor Presidente dispone que se deje constancia de la hora legal, manifestando que nos encontramos dentro de la misma y a continuación se pasa a constatar la presencia de las partes procesales convocadas para esta diligencia, expresando que el Tribunal se encuentra debidamente integrado contando con la presencia del señor Fiscal Dr. Patricio Sacoto Sacoto, de la acusadora particular María Cruz Calle Calle, de su defensor el Dr. Jhon Urgiles, del acusado Juan Manuel Ortiz y de su abogado el Dr. Fausto Niveló Tenezaca, a quienes se dispone ubicarse de conformidad a ley, así como se verifica la nómina de los testigos solicitados tanto por fiscalía como por la defensa, se les aísla en lugares determinados para el efecto. El señor Presidente ordena que por secretaría se da lectura de la pieza procesal correspondiente, dado cumplimiento se concede la palabra al señor Fiscal, quien comienza haciendo una relación circunstanciada de los hechos, que el presente enjuiciamiento se inicia por ser de conocimiento público y en base también a una serie de partes policiales presentados por el Lcdo. Cristian Meléndez, así como por la denuncia presentada y debidamente reconocida por parte de María Cruz Calle Calle, vino a su conocimiento que el día doce de abril del año dos mil cinco en circunstancias en que el esposo de la denunciante David Lema Mayancela se encontraba descansando en su domicilio que lo tiene ubicado en el barrio la Unión de la parroquia de Nazón perteneciente al cantón Biblián en junta de los menores Sergio Rolando Lema Calle y Roberto Pomavilla a eso de las veinte y un horas aproximadamente han llegado dos ciudadanos que responden a los nombres de Manuel Ganzhi Tenelema y Juan Manuel Ortiz en busca del ahora fallecido Lema Mayancela, ante lo cual el hijo de la denunciante ha salido al balcón de la vivienda y les ha manifestado que su padre estaba descansando y que no les podía atender por lo que los antes mencionados ingresaron al interior de la vivienda a pedirle a David Lema que les acompañe hasta la ciudad de Cañar porque tenían que arreglar algunos asuntos ante la negativa del occiso lo llevan a la fuerza en junta de su hijo Rolando y del menor Pomavilla para a unos pocos metros de la casa dejarlo abandonado a éste último que al señor Lema y a su hijo lo transportaron en el carro del señor Ortiz hasta la comunidad de Galloirumi acusándole de un supuesto robo de ganado, que a eso de las nueve y media o diez de la noche llegaron a la casa comunal del mentado sector y procedieron al realizar un careo entre David Lema y las otras dos personas que también estaban detenidas el señor Antonio Paredes y Manuel Ganzhi que el fallecido Lema había manifestado desconocer sobre estos hechos en eso intervino el párroco de Honorato Vásquez a quien no le hicieron caso y le sacaron a la fuerza, le pidieron a Lema que se sacara la casaca y Ganzhi le arrebató la cantidad de seis mil quinientos dólares que éste tenía en su poder dinero que ha sido contado en presencia de los concurrentes para luego proceder a flagelarlo, ante la brutal agresión Lema había tratado de evitar los golpes en eso Ganzhi y Ortiz lo amarran para inmovilizarlo e incitan a los comuneros a que le sigan castigando en caso de no hacerlo se les iba a sancionar con una multa de cincuenta dólares y no se les iba a permitir el uso del agua, que frente a estos hechos el hijo del fallecido trato de ayudarlo pero sus esfuerzos fueron en vanos y que gracias a una caritativa mujer pudo el hijo

huir del lugar pasando la noche debajo de una gran piedra y cuando ya amaneció salió a la Panamericana intentando regresar a su casa para contar a sus familiares sobre los acontecimientos pero lamentablemente fue recapturado y llevado hasta la casa comunal cuando entró al salón vio a su padre que agonizaba quien se despide le entrega un reloj y le pide que cuide a su madre para poco después fallecer y el día miércoles trece de abril del referido año llegan los sacerdotes de Nazón y Honorato Vásquez en junta de la policía quienes constatan el fallecimiento del señor David Lema, en base a esto se dicta Auto de Instrucción Fiscal en contra de Manuel Ganzhi Tenelema, Juan Manuel Ortiz y Gerónimo Tamay, durante la etapa investigativa se ha practicado las diligencias de identificación del cadáver, reconocimiento exterior y autopsia donde los señores facultativos establecen que la muerte se dio por politraumatismo e hipotermia, con las fotografías que obran del proceso, con los recortes de prensa así como con la diligencia de reconocimiento del lugar de fs. 65 se probó la materialidad de la infracción, en lo que tiene que ver con la responsabilidad se han receptado las versiones de Antonio Paredes Fernández, de Mesías Chimbay, y de Rolando Lema Calle, quienes fueron también objeto de los maltratos y son testigos presenciales de los hechos, ha rendido también su versión el menor Roberto Pomadilla Maillazhungo quien refiere que los señores Ganzhi y Ortiz les sacaron a la fuerza del domicilio de David Lema para posteriormente dejarlo botado en la quebrada, la ofendida María Cruz Calle nos refirió que fue su hija Inés Celestina Lema Calle quien le avisó sobre lo que le había sucedido a su esposo, así también María Moyano Pambay, rinde su versión a fs. 61 de los autos, y pudo observar que el día 12 de abril vio ingresar a la casa de David Lema a varias personas armadas de palos, chicotes y armas de fuego y que éstos sacaron luego a David Lema, a su hijo y se los llevaron carretero abajo, rinden también sus versiones los señores policías quienes son coincidentes en decir que las negociaciones las realizó el señor Teniente Cristian Meléndez con el señor Ganzhi y Ortiz, y a fin de probar la fiscalía su tesis solicita se tenga como prueba lo siguiente: 1.- Se recepte el testimonio del Dr. Víctor Espinoza Encalada perito; 2.- Se recepte el testimonio del señor Paúl Espinoza Vintimilla; 3.- Se recepte el testimonio de María Cruz Calle Calle; 4.- Se recepte el testimonio de Sergio Rolando Calle; 5.- Se recepte el testimonio del menor Roberto Pomavilla Mayllazhungo; 6.- Se recepte el testimonio de los señores policías Luis Chisahuano, Luis Montaleza, Luis Nazareno Cevallos y del Teniente Cristian Meléndez; 7.- Pide se incorpore a los autos copias certificadas de los partes policiales informativos así como copias de las notas de prensa. A continuación el señor Presidente pone en consideración de las partes la documentación presentada por fiscalía sin que se haga observación alguna sobre las mismas, por lo que se ordena agregarse a los autos. Se pasa a receptar el testimonio de la ofendida María Cruz Calle Calle, testimonio que se encuentra grabado en el cassette Nro. 1 lado A. Se concede el uso de la palabra al Dr. Jhon Urgiles abogado de la parte acusadora, quien manifiesta que sería ocioso repetir lo manifestado por fiscalía pero si recalca la situación en la que ha quedado la ofendida, que se ha demostrado hasta la saciedad que no solamente Juan Ortiz y Manuel Ganzhi fueron los agresores sino que éstos dirigieron también a otras personas para que hagan lo mismo que el hecho narrado por el señor fiscal se suscitó el día 12 de abril del año dos mil cinco, donde son plagiados el señor Paredes y Chimbay y luego de ser torturados éstos dan el nombre del señor David Lema y esa misma noche se trasladan hasta la casa de David Lema y proceden también a éste y a su hijo a plagiarlos, tenemos que su hijo Rolando Lema Calle quien presencia todo los acontecimientos, se les hizo firmar a la fuerza una acta a los plagiados donde se les exculpa de responsabilidad a los plagiarios y que renunciaban a reclamar en lo posterior absolutamente nada, seguros que ellos no podían impulsar el proceso ya que se les acusaba del robo del ganado y como David

per el señor Coronado y fiscal 7471

Lema ya falleció no tenían nada que temer, y no eran ya los acusados quienes se convirtieron en juzgadores de un supuesto delito que dicen cometido por el occiso, que lamentablemente en nuestro país esta clase de hechos se vienen dando con frecuencia donde los supuestos líderes campesinos vienen presionando a la justicia dando la razón a hechos como el cometido por el señor Ortiz, pues son éstos dirigentes quienes golpean salvajemente a David Lema e incluso lo llevan a una laguna para realizarle un supuesto ritual cuando lo sacan en un estado grave, expresa que no se necesita ser médico para interpretar el informe pericial ya que se manifiesta que el fallecido tenía el 90% de su cuerpo flagelado fue totalmente torturado, se pregunta en dónde está Amnistía Internacional, los Derechos Humanos para proteger a la familia del fallecido, indica que el hoy acusado estará reviviendo en su mente cada uno de los acontecimientos, que lamentablemente no han comparecido los otros plagiados y esto es comprensible ya que tienen miedo, que los testigos solicitados por la defensa son todos miembros de la comunidad de Gallorrumi y es obvio que éstos van a declarar en favor del acusado si lo único que les faltó es matar al muchacho para que no quedara testigo alguno ya que el hijo del occiso también fue plagiado, como no reconocer la participación de la policía quienes cumplen un papel protagónico y preponderante, no es que ellos levantan su informe yendo a la comunidad a preguntar a los moradores sobre los hechos, sino que éstos están presentes en las negociaciones para rescatar a Paredes y Chimbay, si revisamos los partes informativos observaremos que cronológicamente se van presentado una serie de situaciones que tiene su inicio el día 12 de abril y culmina el 13 con la muerte de David Lema. Se ha comprobado la existencia material de la infracción con el acta de levantamiento del cadáver de fs. 9, con el acta de identificación de fs. 2, con la autopsia de fs. 4 y 5 así como con la partida de defunción de fs. 508, existe por lo tanto la infracción que no es otra que el plagio con asesinato y pide se tenga como prueba por parte de la acusación particular lo siguiente: Que hace suya la lista de testigos solicitados por fiscalía y que el contenido de los mismos que se tenga como prueba: 2.- Todos los documentos que han sido reproducidos en esta audiencia por parte de fiscalía. 3.- El contenido del parte policía de fs. 7 a la 29. 4.- Las fotografías de fs. 38 a la 51. 5.- Las notas de prensa. 6.- Los recortes de los periódicos. 7.- Pide se agregue a los autos documentación que en 6 fojas presenta. 8.- Ratifica los términos de la acusación en contra de Juan Manuel Ortiz como autor de plagio con asesinato. El señor Presidente pone en consideración de la defensa la documentación presentada por la parte acusadora sin que se haga observación alguna por lo que dispone se agregue a los autos, en cuanto a las demás prueba no se puede dar paso ya que nos encontramos en un sistema acusatorio. A continuación el señor Presidente ordena la recepción de los testimonios solicitados por Fiscalía y acusación esto es del perito médico Dr. Víctor Rosendo Espinoza Encalada, portador de la cédula Nro. 010102999-9, del Teniente Cristian Eduardo Meléndez Cabezas, con cédula Nro. 100120866-7, del perito Agrónomo Paul Antonio Espinosa Vintimilla, portador de la cédula Nro. 010221007-7. Siendo las doce horas con veinte minutos el señor Presidente dispone entrar en un receso convocando a las partes para las catorce horas para continuar con la audiencia, siendo las catorce horas con diez minutos se reinstala la diligencia y se continúa con la recepción de los testimonios esto es del señor policía Luis Alfonso Chisahuano Chisaguano, portador de la cédula Nro. 150066562-1, del policía Luis Rolando Montaleza Orellana, con cédula Nro. 010091195-7, del policía Luis Nazareno Cevallos Arévalo, portador de la cédula Nro. 050196763-2, del menor Sergio Rolando Lema Calle, para quien se nombra un curador designación que recae en la perronas de la Dra. Cristina González, del menor Luis Roberto Pomavilla Mayllazhungo, así mismo se le provee de un curador dado su minoría de edad designación que recae en la Dra. Cristina

90
González. Testimonios todos éstos que se hallan grabados. A continuación el señor Presidente pregunta al señor abogado de la defensa si va a declarar su cliente quien responde afirmativamente, por lo que pasa a recepcionar el testimonio del acusado Juan Manuel Ortiz, quien solicita se lo recepte con juramento y es aceptado por el Tribunal, testimonio que se halla grabado. Acto seguido hace uso de la palabra el señor abogado de la defensa el Dr. Fausto Niveló Tenezaca, indicando que por azares de la vida y por equivocación su amigo Juan Ortiz está atravesando una situación difícil en un caso que tiene connotación provincial, que lo único que busca la defensa es probar la inocencia del señor Ortiz y lo hace sustentado en la doctrina Nacional e Internacional, que se trataba de un delito en muchedumbre y que en autos no se ha probado cosa diferente a esta clase de delitos que lleva implícita la responsabilidad y autoría de miles de personas y no solo la del imputado Juan Ortiz en ningún momento se ha probado la responsabilidad individual del acusado mas bien su presencia está inmiscuida en esa sabiduría de un clan, que habla de una psicología colectiva que delinque a través de una muchedumbre con una filosofía de la masa, que aquel día fatídico un 12 de abril una masa de gente sin cabeza ni directivos de las diferentes comunidades guiadas por un perjuicio en su patrimonio lesionado por ciudadanos que sin valorar el esfuerzo, el costo y el sacrificio del campesino han vulnerado la propiedad privada robando el ganado de los campesinos, es así que Manuel Antonio Paredes y Manuel Mesías Ganzhi son llevados hasta el salón de actos de la comunidad de Gallorumi para pedirles a ellos den luces de quienes son los responsables, más por las versiones dadas por Paredes y Chimbay llegan a la conclusión de que el señor Lema es quien causaba estos perjuicios y es así con estos datos arriba al local de Gallorumi el señor David Lema propagándose la noticia en las comunidades de Suscal El Tambo y Cañar crece la masa se confunde y como consecuencia de ello involuntariamente se cobra la vida del señor Lema Mayancela, es esa virtud se levante un expediente donde se dice que el supuesto responsable es el señor Juan Ortiz y Manuel Ganzhi Tenelema, argumenta que para la defensa todo se lo hizo de forma apresurada que ya escuchamos de labios del imputado quien garantizado por un juramento sacramental de sus votos de fe nos manifestó que él no tuvo participación directa en los actos que posiblemente segaron la vida del señor Lema Mayancela que su defendido se enteró de la noticia en la ciudad de Cañar y desiste de un viaje a la costa y se va a la comunidad y habla con el señor Paredes porque era su amigo y le pregunta que te pasó cariverga porqué estas aquí que hiciste y le contesta Juan vos sois mi amigo me acusan del robo de ganado yo no tengo nada que ver porque a mi me contrataron para que haga un viaje nada más y le pregunta que hace el otro no se el a estado yendo a divorciarse y estaba consultando al Dr. David Andrade esto refiriéndose a Chimbay como la gente copaba todo el salón decían que vamos a tener a éstos de adorno investiguemos sino no van avisar en esos momentos la muchedumbre comienza el castigo iniciando con el señor Chimbay en esos momentos dijeron que llega la policía y es su defendido quien se acerca al patrullero y mantiene una conversación con el Teniente Cristian Meléndez y supo manifestar el oficial que estaba al tanto de la situación y que cuiden que no se salga fuera de control y que antes de irse el oficial les entrego un número de teléfono para que le llamen quedando comprometidos a regresar cosa que no sucedió sino al siguiente día como fue de conocimiento de las autoridades, cuando regresaron al salón se encontraron con la novedad que Paredes y Chimbay resultaron ser los ladrones y pedían perdón de rodillas a la gente que se encontraba ahí y manifestaba Paredes que lo hizo por cuanto se encontraba atravesando una mala situación económica ya que recién acabada de salir de la cárcel pero que el principal del robo era el David Lema y que le preguntó al señor Paredes el hoy acusado a vos ya te castigaron y respondió ya ñaño me sacaron la puta

que a eso de las 6 de la tarde seguían llegando más gente y dijeron vamos a ver a David Lema ya que el Chimbay decía por varias ocasiones que vive en Nazón en eso artísima gente fue a traer al señor David Lema y partiéron desde Aguarongo a eso de las 21 horas alrededor de unos 50 carros entre camiones y camionetas repletas de gente cuando en eso de las nueve y media de la noche llegaron a Nazón en este lugar se cruzaron en el puente y se quedaron parados, cuando llegó el hoy acusado ya sabían las demás personas donde estaba la casa de señor Lema y a pesar de ello preguntaron a unas señoras y ellas dijeron que Lema a lo que le contestaron David Lema entonces ellas murmuraron ha de ser por lo del ganado al escuchar esto la gente se enfureció más estas señoras indicaron a la gente de las comunidades la dirección y su defendido se quedó conversando con las señoras junto a los carros pero que al poco tiempo la gente de la comunidad bajaban por otra dirección gritando ya le tenemos al Lema entonces el hoy acusado giró su vehículo y se dirigió a Gallorumi pero nunca supo hasta no llegar a la comunidad que Lema había sido subido a su carro cuando llegaron al salón Paredes y Chimbay le gritaron el ladrón soy vos pero Lema negaba entonces los dos pidieron a los miembros de la comunidad que le castiguen a Lema para que declare como lo habían hecho con ellos en eso el señor Lema dio un nombre de un señor de apellido Tamay entonces la gente le fue a traer al señor Tamay cuando éste llega Lema indica que él no es solamente lo hizo para que no le sigan castigando en eso la gente se enfureció y le castigaron con mayor fuerza y que si no avisaba le iban a meter en el agua, que cuando llegó Tamay el señor Citiz se acercó por curiosidad para escuchar lo que decía llegó hasta donde estaba el señor Lema y la gente le pide que intercediera para que declare Lema y fue así que su defendido le imploró que no sea malo que avise que le van a seguir castigando que no haga esto más doloroso yo también soy un hombre joven Dios no quiera que yo pueda estar en un caso como el suyo o si no mis hijos en eso momento su defendido sintió mucho dolor y se puso a llorar y le gritaron no seas maricón que a lo mejor él también es cómplice y que la gente le pegó a él también y se pudo escapar por una puerta lateral del salón y se fue al carro pero como estaba corchado no pudo salir entonces se puso a dormir ya que estaba malanochado por su trabajo cuando se despertó escuchó la noticia que David Lema había muerto que esta es la verdad que todas las personas que integraban las comunidades azotaban a Lema y se convirtieron en una masa momentánea y eventual que al juntarse con otros pusieron en común aquella parte ancestral que es la mas común y dejaron de un lado el súper yo que es la parte diferenciada y consciente por eso la multitud delinquiró con la vida de Lema que nuestro propio Código Penal lo tipifica como un delito de muerte en muchedumbre porque tomaron parte más de dos personas que si bien existe una víctima pero no consta quien o quienes lo causaron por lo mismo se debe tener como autores a todos quienes ejercieron violencia en la persona del ofendido que esta tesis va a ser ratificada por los testigos presenciales de los acontecimientos, señores jueces se tiene que tratar a este caso como de inocencia automática porque de acuerdo a la doctrina general si el hombre dentro de la multitud hizo lo que no haría aisladamente no hay porque penarlo ya que se habla de inconciencia, luego refiere a citas del tratadista Edmundo Mezguer sobre los trastornos mentales transitorios, anota que si bien se ha perpetrado un delito éste no se ha comprobado conforme a derecho porque por imperio legal se debía haber comprobado la existencia material del mismo con una diligencia fundamental como es la del reconocimiento del lugar en donde ocurrieron los hechos esto es se debió hacer el reconocimiento del salón de la comunidad de Gallorumi y esto no se lo hizo más bien se ha practicado un reconocimiento en un lugar diferente como es la vivienda del señor Lema y pide se declare la inocencia de su defendido por cuanto no se probado conforme a derecho la participación del mismo en este ilícito y concluye su alegato pidiendo se

tenga como prueba por parte de la defensa lo siguiente: 1.- Pide se tenga como prueba de la defensa todo cuanto de autos le beneficie y por impugnado lo adverso. 2.- El testimonio que con juramento ha rendido su defendido Juan Manuel Ortiz. 3.- Se recepcen los testimonios de Estela Sotamba, Simona Lazo, Juana Tacuri Serafin Acero, Luz María Fajardo Tamay, Rosa Padilla, Juana Aguayza Guamán, Blanca Nube Fajardo Montero, María Mercedes Naula López, José Desiderio Campoverde Encalada, Luis Alberto Calle Fernández, Ariolfo Alvarez Calle, María Rosario Naula González, María Luz Murudumbay Chimborazo, Segundo Jesús Montero Bermejo, Nube Marlene Maldonado Padilla, María Zara Ochoa Lema, Rosa María Padilla López, José Luis Jérez Siguencia, Jesús Venancio Flores Alulema, Antonio Tacuri Buñay, Zoila Mercedes Velásquez Zhao, Guadalupe Caizán, Francisca Camas, Jorge Fajardo, Rafael María Padilla Narváez, Juan José Galán, Patricia Morales, María Rosario Tacuri Buñay, Aurelio Bermeo Alvarez, Julio Camas Montero, Aida Beatriz Tenesaca Calle, Liberto Buñay y Gloria Camas Camas. 4.- Se tenga como prueba las versiones que obran de fs. 505, 542, 501, 502, 506, 497, 500. 5.- El informe policial. 6.- Las certificaciones de antecedentes penales. 7.- Pide se agregue a los autos una literatura sobre los delitos en muchedumbre. 8.- El certificado conferido por el Centro de Rehabilitación Social de Azogues donde se califica la conducta de su defendido como excelente. 9.- Solicita de ser procedente se realice una inspección judicial al salón de Gallorumi y termina pidiendo se declare la inocencia de su defendido. El señor Presidente pone en consideración la documentación presentada por la defensa sin que se haga observación alguna por parte de fiscalía y acusación por lo que ordena sea agregada a los autos, manda a tener como prueba el testimonio del acusado en cuanto a la inspección judicial no sda paso por cuanto no es procedente y ordena la recepción de los testimonios solicitados esto es de los periodistas Patricia de los Angeles Morales Zhinin, portadora de la cédula Nro. 0301443915-4, Juan José Galán Montesdoca, con cédula Nro. 010399570-0, de Fanny Estela Sotamba Romero, portadora de la cédula Nro. 030083405-8, de María Simona Lazo Morocho, portadora de la cédula Nro. 030056103-2; testimonios que se hallan grabados. Siendo las diecisiete horas con cincuenta minutos. El señor Presidente suspende la diligencia convocando a las partes para el día de mañana jueves dos de febrero del año en curso a partir de las ocho horas treinta minutos para continuar con la audiencia. Siendo las ocho horas con cuarenta minutos se reinstala nuevamente la diligencia y se continúa con la recepción de los testimonios solicitados por la defensa esto es de Juan María Tacuri Lazo, con cédula Nro. 030017250-9, de Segundo Serafin Acero Mainato portadora de la cédula Nro. 030060866-8, de María Luz Fajardo Tamay, con cédula Nro. 030054074-7, de Juana Hortensia Aguaiza Guamán, con cédula Nro. 030092839-7, Blanca Nube Fajardo Montero, portadora de la cédula Nro. 03-0129738-8, de Luis Alberto Calle Fernández, con cédula Nro. 03-0075238-3, de Nube Marlene Maldonado Padilla, portadora de la cédula Nro. 030158351-4, siendo las doce horas diez minutos el señor Presidente dispone entrar un receso hasta las catorce horas. Siendo las catorce horas con diez minutos se reanuda la audiencia y se continúa con la recepción de los testimonios solicitados por la defensa esto es de Luis Antonio Tacuri Buñay, portadora de la cédula Nro. 03-0036677-4, de Zoila Mercedes Velásquez Zhao, con cédula Nro. 030142851-2, de María Guadalupe Caizán Zotamba, portadora de la cédula Nro. 030110505-2, de Juan Julio Camas Montero, con cédula Nro. 030062146-3. En estos momentos el señor defensor expresa que renuncia a los restantes testigos pedidos en la prueba y se recepte únicamente dos de buena conducta, situación que es aceptada por el Tribunal y por las demás partes procesales, y se pasa a recepcen los testimonios de Aida Beatriz Teneza Calle, portadora de la cédula Nro. 03-0046274-4, de Liberato Buñay Caizán, con cédula Nro.

Acta de la Audiencia 749

010111421-3, testimonios todos ellos que están debidamente grabados. El señor Presidente declara concluido esta primera fase de la audiencia y abre el debate concediendo la palabra al señor Fiscal, quien expresa que el día 12 de abril del año dos mil cinco en circunstancias en que el señor David Lema Mayancela se encontraba descansando en su domicilio ubicado en el sector de Nazón llegaron el señor Juan Ortiz y Mesías Ganzhi en junta de mucha gente y procedieron a la fuerza a llevarse al hoy occiso, a su hijo Rolando y al menor Roberto Mayllazhuño para a éste último dejarlo botando en una quebrada, son trasladados a la comunidad de Gallorumi en donde también estaban detenidos el señor Paredes y Chimbay, luego del respectivo careo entre los detenidos y no satisfechos con las respuestas proceden agredir brutalmente al señor David Lema no contentos con ese castigo proceden a bañarle en agua fría de una laguna y su hijo Rolando trató de ayudarlo siendo impedido por la comunidad que lo sacaron del salón, pero el menor pudo ver como lo ataron a las ventanas y lo siguieron castigando hasta dejarlo sin vida; hemos escuchado al señor perito Dr. Víctor Espinoza que el cuerpo del occiso tenía cubierto de equimosis y hematomas en un 90% con una serie de politraumatismos como también sufrió de hipotermia que son las causas del fallecimiento, también manifestó el señor perito que al realizar la autopsia se pudo observar las huellas de que había sido amarrado en sus extremidades razón ésta que se ratifico en el íntegro contenido de la autopsia. El teniente Cristian Meléndez fue claro en indicar que fue él quien mantuvo las negociaciones con la comunidad de Gallorumi, y quienes eran los encargados de las mismas eran Ganzhi y Ortiz, quienes dijeron que son ellos los únicos con los que podía mantener las negociaciones, así mismo todos los señores policías que depusieron en esta audiencia se ratificaron en los términos de los partes policiales y fueron claros en señalar que quienes estaban al frente de las negociaciones eran Ortiz y Ganzhi, se ha agregado también al expediente los recortes de prensa que refieren los acontecimientos que son materia de esta audiencia, la cantidad de testigos solicitados por la defensa fueron contradictorios entre ellos y no guardaron relación con las versiones rendidas en la etapa de investigación, comprobada como está hasta la saciedad la existencia material de la infracción con el protocolo de autopsia donde se diagnostica que la muerte se dio por politraumatismos e hipotermia, el cuerpo del occiso fue flagelado en un 90%, en el informe pericial consta que fue atado de las manos y tenía un surco a nivel de la cintura, que esto no es por la correa como se dice que todo lo que ha alegado la defensa lo debió probar con peritajes y documentos y no con testigos que salen sobrando, ya que nadie ve absolutamente nada a pesar que están presentes en el salón, cuando el protocolo dice lo contrario y esta si es prueba irrefutable en contra del acusado, en esa virtud fiscalía ha demostrado los dos presupuestos básicos como son la materialidad de la infracción la responsabilidad del acusado, que esté hecho ha causado alarma social a nivel de la provincia, hubiésemos querido escuchar todos los detalles de los acontecimientos por parte del hijo del fallecido pero como ustedes constaron el impacto psicológico que causó en el menor el recordar lo sucedido, pero el panorama está completamente claro de quien es el responsable en esa virtud el señor fiscal se ratifica en su dictamen y pide que se le imponga la pena condigna para el caso. A continuación se concede el uso de la palabra al señor abogado de la acusación Dr. Jhon Urgiles, conforme obra del proceso documentos que no se pueden reproducir en este momento como es el acta de reconocimiento y el protocolo de autopsia ya que éstos forman parte del delito de asesinato u homicidio calificado, la causa de la muerte fue ratificada por el señor perito quien en forma detallada nos indicó los términos de su informe, los testigos se han perjurado cuando manifiestan que en ningún momento se le ató, existe una declaración de un testigo presencial como es la del hijo del fallecido de nombres Rolando Lema Calle, donde nos narra con lujo de detalles la manera como fue

plagiado y no como dice la defensa que llegaron voluntariamente aquí estoy y vengo a ver de que se me acusa, si fue el propio acusado en su testimonio que dijo que le trajo a David Lema y a su hijo pero fue a la fuerza si fue el menor quien vio como le ataron de pies y manos a su padre para que no corree por el salón, que también había en el salón personas que no estaban de acuerdo con lo que habían hecho por eso incluso una señora ayuda a escapar del salón a Rolando pero lamentablemente fue recapturado cuando salía al carretero para dar aviso a sus familiares y es traslado nuevamente al salón de la comunidad y en un encuentro cercano con la muerte el padre lo abraza y le pide que cuide a su madre y le entrega un reloj y un anillo y se despide. Existe la declaración rendida por el hijo del señor Lema quien nos narró con lujo de detalles como fue plagiado él y su padre y no como se dijo aquí que fue en forma voluntaria llegó a decir aquí estoy de que se me acusa, si fue el mismo acusado quien reconoció que le trajo en su vehículo, se los trajo a la fuerza el testigo es presencial y no referencial. éste vio como lo amarraron de pies y manos para que no correata por el salón y lo flagelaron hasta dejarlo inconsciente y hubo también gente buena de la comunidad que le ayudó a escapar al menor pero lamentablemente fue recapturado y llevado a lado de su padre quien en un encuentro cercano con la muerte se abraza de su hijo le entrega un reloj y un anillo y le pide cuide a su madre y expira en presencia de su hijo, no estamos frente a un hecho voluntarioso como se trata de hacer aparecer, son Juan Ortiz y Mesías Ganzhi quienes se hacen justifica por su propia mano acusado a Lema de un supuesto delito, no cree la parte acusadora que quede duda de la forma como murió David Lema, si existiera alguna duda para ello están las fotografías desgarradoras que demuestran como se dieron los hechos, ha pedido el acusado que su testimonio sea bajo juramento y con una espontaneidad única ha manifestado que el señor David Lema vino en su carro para contradecirse que no ha visto el momento que lo subieron, pero si el señor abogado de la defensa en su alegato introductorio leyó hasta con punto y como lo narrado por el hoy acusado, no quedando duda que el mismo fue preparado, lo que único que le faltó fue pararse como lo hizo el acusado a lo mejor porque eso no estuvo en el libreto, entonces la declaración no fue espontánea como manifestara la defensa, que el delito por el cual viene acusando es por plagio con asesinato y pasa a dar lectura del Art. 187 del Código penal, se ha reconocido a lo largo de esta audiencia que se lo trajo a la fuerza momento en que se produce el plagio y la muerte se dio en manos de los plagiarios, acaso no narraron los testigos de la acusación como llegaron a sacarles de su domicilio y es más el menor Roberto Pomavilla Mayllazhúngu nos indicó que a él le fueron arrojando en una quebrada y se llevaron a David Lema y a su hijo Rolando, a continuación da lectura del Art. 450 del Código Penal, expresa también que se actuó con alevosía con ensañamiento, se buscó a propósito la noche ya que fue sobre las diez de la noche que se lo trajo de su casa, que el argumento de la defensa es conocido como el espíritu de cuerpo, ya que los testigos dicen todos fuimos pero nadie fuimos, que existe prueba suficiente sobre la responsabilidad de l acusado y hace un análisis de los Arts. 41 y 42 del Código Penal, se ha demostrado fehacientemente con los testimonios de los señores policías quienes narran con lujo de detalles que con quien negociaron era con el señor Ortiz y el señor Ganzhi, existe en autos las nota periodísticas y que se ha pedido se reproduzcan a favor de la parte acusadora, existe también un informe policial que va de fs. 7 a la 51, que nos da a conocer en forma secuencial de cómo se dieron los acontecimientos, a fs. 24 la policía informa sobre el secuestro de dos personas del señor Paredes y Chimbay a fs. 25 se informa que los secuestrados están siendo agredidos físicamente, a fs. 26 se informa ya del fallecimiento del señor Lema, a fs. 28 se habla ya sobre las negociaciones y rescate de los rehenes y rescate del féretro desde la casa comunal de Gallorumi, a fs. 9 del proceso consta el acta de levantamiento del cadáver,

en
est
cu
pr
Le
er
sa
pr
to
Ta
te
m
ex
pu
vi
er
co
la
a
a
y
ir
q
h
d
a
t
s
c
c
i
:
i

entonces no es que la policía llegó después de los acontecimientos a indagar, sino ellos están presentes de manera secuencial de cómo se iba desenvolviendo los hechos, a continuación recalca que sería cansino ponerse a analizar la prueba testimonial presentada por la defensa ya que todos ellos manifiestan que fue Ortiz a traer a David Lema y a su hijo, y que estuvo presente en el salón pero ninguno de ellos vio quienes eran los que agredían, todos los testigos han visto a un hombre correcto y que incluso le salieron las lágrimas viendo como salvajemente se mataba a un ciudadano, si es el propio acusado quien comandaba, no es por curio que pasa a coger el micrófono, todos los testigos han oído lo que dijo Margarita Bermejo a su esposo de apellido Tamay, mejor eras de estar cogiendo la cosa que Dios le dio, al parecer a todos los testigos les pasó diciendo esta frase, no cree el señor abogado de la acusación que una mujer honesta llegué a un determinado lugar y por el micrófono diga cosas íntimas, no existe uno sólo de los testigos que diga lo contrario notándose claramente que todos se pusieron de acuerdo para favorecer a la defensa en su tesis de que todos fuimos pero no vimos, y trae a colación la historia de Lope de Vega sobre la fuenteovejuno, que encuadra con lo que estamos tratando, quién mató a David Lema, responden la comunidad de Gallorrumi, tratando de evitar que éste delito otros no sea castigado; que lamentablemente la defensa estaba orientada por dos rortes, el abogado patrocinante anterior Dr. Neira quiso hacer aparecer que el acusado estaba enfermo el día de los acontecimientos cosa que no ocurrió como se lo ha probado con las certificaciones que ya fueron agregadas a los autos, que ya es hora de que se pare estos atropellos donde los indígenas a base de amenazas y presiones tratan que no se administre justicia a tal punto que es el propio señor Prefecto de nuestra provincia que reclama por la inocencia del hoy acusado encabezando una manifestación, se ha demostrado con el envío de las diferentes comunicaciones que obran del proceso exigiendo que se ponga en libertad al acusado ya que el caso que nos ocupa es un problema social y con que cinismo la testigo quien ostentaba la Vicepresidencia de la Comunidad dudaba si la firma fuera la suya, tanto fue el desafuero que la defensa del acusado que hace presentar un oficio que corre a fs. 523 firmado por el político Dr. Luis Macas y Manuel Morocho donde se dice que de las mil personas que acudieron a parar los robos y castigar al ladrón no se puede identificar como actores del hecho solamente a tres personas que se encuentra detenidas y perseguidas injustamente por la justicia ordinaria, entonces estamos por demás aquí ya que ellos tienen otra justicia, comandados por la CONAI y la FENOCIN, escuchamos en las testimoniales que Juan Ortiz estuvo presente en el salón de Gallorrumi y fue el Dr. Neira quien trató de justificar que nunca estuvo presente y es el propio Dr. Germán Encalada al señor requerido por la Defensoría del Pueblo quien da contestación al oficio y expresa que durante el 10 al 15 de abril del 2005 no ha tenido pacientes internados en su centro de salud, en otros países se castiga cuando se mata a los animales y no se diga a una persona, si nuestra propia Constitución proclama el derecho a la vida, la igualdad de condiciones, la seguridad jurídica, la inviolabilidad del domicilio, lo lamentable de esta caso es que queda una mujer que tienen que velar por sus hijos menores, el de una mujer que tiene que trabajar para solventar los gastos y pagar las deudas que dejó su esposo, y lo más grave el daño psicológico e irreparable que se ha causado en su hijo que todavía no puede conciliar el sueño porque en su mente esta presente el infierno que vivió junto a su padre. Hace a continuación un análisis de los Arts. 346 y 349 del Código Penal, que con el certificado falso conferido por el Dr. Encalada lo que se quiso es tratar de burlar a la justicia, que si bien por el mismo no hubo egreso económico, pero sabemos el ofrecimiento que se le hiciera es el de apoyarle en una candidatura para las próximas elecciones, y pide se inicie la acción legal pertinente, recalca una vez más que se ha probado tanto la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del

acusado en el delito de plagio con asesinato conforme lo establece el Art. 188 en relación con el Art. 450 numeral 7. del Código Penal y se le imponga el máximo de la pena que es la de 25 años y se le condene al pago de las indemnizaciones civiles y se declare con lugar la acusación particular. A continuación se concede la palabra al señor abogado de la defensa, quien expresa que el presente caso se trata de un asunto netamente jurídico y no de asuntos políticos, en su alegato indicó que había asumido la defensa por cuanto Juan Ortiz es su amigo porque le a proveído de materia orgánica para su terrenos, que la defensa tienen claro el norte a seguir en esta causa y da lectura de una frase del Dr. Baltasar Garzón, si bien existe un proceso penal donde la acusación particular y fiscalía están dados de la mano pero en lo jurídico nada se ha probado, el caso que nos ocupa es especial fuera de lo común pero que nadie se ha preocupado en averiguar cuales fueron los móviles que los comuneros hayan llevado a Paredes y Chimbay, para que éstos den luces al origen de este acontecimiento, es de exigir que el Ministerio Público tenga mayor cuidado en la práctica de las diligencias, que si bien tienen razón la parte acusadora y fiscalía de dudar del testimonio de su defendido pero esto es porque jamás se practicó el reconocimiento del lugar en el salón de Gallorruni, pero si se lo practico en un lugar diferente, que nuestra legislación exige dos presupuestos básicos como es la comprobación conforme a derecho de la existencia material de la infracción y la responsabilidad, no se ha probado que hubo el plagio si bien existió una invitación al señor Lema para que de a conocer sobre el perjuicio al patrimonio que habían venido sufriendo las comunidades, y frente a que fiscalía acusa por el delito de preterintencionalidad dando lectura al Art. 455 del Código Penal entonces el delito querido es el de las lesiones y lo no querido es la muerte, la intención cesó en la comisión del delito esto es el elemento subjetivo que no acompañó al objetivo en este caso la intención de la comunidad si la aceptaríamos fue la de averiguar pero no la de matar a Lema, la prueba en la que se basa la acusación y fiscalía no es nada consciente en razón que la ofendida solamente refiere lo que le contaron terceras personas, así mismo Rolando Lema Calle en nada aporta y peor el menor de apellido Pomavilla quien formaba parte de la familia del fallecido la tesis de fiscalía se ha debilitado porque se sustenta en un informe policial basado en el comentario de tres personas ya que los agentes ni siquiera llegaron al lugar de los hechos y que nada dicen sobre la participación individual de Ortiz en el flagelo y muerte de David Lema revelando claramente que este hecho se trata de un delito de muerte en muchedumbre, por su parte acusación particular viene acusando de plagio con asesinato tampoco esta tesis tiene asidero toda vez que se basa en la misma prueba testimonial y documental del señor fiscal y que de acuerdo a la ley estos no son testimonios propios sino testimonios de ofendidos que sin ser presenciales lo que buscan es una venganza particular en contra de su defendido, que la declaración de la ofendido por si sola no constituye prueba, recalcando que este hecho es un delito en muchedumbre que para hablar de asesinato es necesario que se cumplan las agravantes del Art. 450 del Código Penal, que los testimonios de la ofendida de su hijo y el empleado de la familia en nada abonan a la tesis de la acusación mas por el contrario se han quedado cortos ya que ellos manifiestan en forma concreta no saber quien o quienes sean los autores no ha justificado el flagelo en la humanidad de David Lema que el hijo del fallecido falsea a la verdad cuando dice que su padre fue colgado, que nadie duda de la existencia de un cuerpo sin vida y que esta sepultado pero lamentablemente no se ha probado la responsabilidad penal del procesado lo que hay es dudas sobre la vinculación causal del imputado en la comisión del delito al no haberse comprobado plenamente su responsabilidad penal y autoría directa como consta de autos toda la prueba de la acusación se basa en un informe pericial sustentado tan solo en un informe referencial

Setenta y cinco Junio 75

de tres personas que ni siquiera proporcionaron sus nombres y que el imperio del Art. 250 del CPP es en la etapa del juicio en donde se debe probar conforme a derecho la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado ni siquiera se ha practicado el reconocimiento del lugar de los hechos la culpabilidad de un acusado se lo obtendrá tanto de las pruebas de cargo y de descargo que aportan las partes dentro del juicio en íntima relación con lo que dispone nuestra Constitución, hace relación a la gaceta judicial de enero-abril de 1995 serie XVI Nro. 2 que recoge el fallo en un juicio penal por asesinato a Eduardo Powel y otros en donde se dispone que en caso de duda se debe absolver si los testigos expresaron que fue imposible determinar quienes atacaron entonces tendríamos que condenar a toda la comunidad pero esto es imposible por eso la ley habla sobre el delito de muerte en muchedumbre cosa que se lo ha probado con el testimonio que con juramento rindió su defendido y que sirve como medio de prueba a su favor en el cual no admite su culpabilidad y que ha sido ratificado con los testimonios receptados en audiencia, por su parte la acusación particular pretende responsabilizar a Juan Ortiz por el delito de plagio que esto no se dio por lo que la comunidad lo único que buscaba era el alcanzar una información sobre el perjuicio económico que venían siendo víctimas las comunidades, hace también un análisis sobre el asesinato situación que en el caso que nos ocupa no tiene asidero, los testigos presenciales en forma contundente y categórica manifiestan que Juan Ortiz si estuvo presente en el lugar de los hechos pero que él no actuó sino que fue la multitud de miles de campesinos que actuaron en el acto que segó la vida de David Lema testigos presenciales imparciales que merecen toda credibilidad ya que son idóneos y deben ser valorados de acuerdo al Art. 123 del CPP. Frente a las diligencias evacuadas en esta audiencia podemos decir con claridad que el delito que estamos investigando no es el de plagio con asesinato como tampoco es preterintencional lo que si se ha probado es que se trata de un delito en muchedumbre, la prueba testimonial de la parte ofendida nada concreto a dicho ya que la misma es únicamente referencial, el menor Rolando nunca vio lo que había ocurrido con su padre y Pomavilla falsea a la verdad, que si bien tenemos un cadáver pero no se ha aprobado la responsabilidad del acusado, pero la defensa si ha probado que se trata de un delito en muchedumbre y da lectura del Art. 461 del Código penal que no solo nuestra legislación habla al respecto sino el Código Penal Italiano en su Art. 62 inciso tercero, el Código Penal Uruguayo en su Art. 65, en el caso que nos ocupa no existe acuerdo previo su defendido no es instigador ni participa materialmente en la ejecución contra la vida de Lema por lo tanto que hacer con este hombre sumido en la muchedumbre y cómo sancionarlo la respuesta lo tiene el alemán Boon que habla de los casos de inconsciencia automática, Manzini abunda que si el hombre dentro de la multitud hizo lo que no haría aisladamente no hay porque penarlo, Edmundo Mezger esas circunstancias de las masas son definidas como trastornos metales transitorios que hacen que el hombre este en esos casos y para afinar todo esto tomemos lo que dice Jiménez de Ansúa en su obra Estado Peligroso cuando define a la muchedumbre como un agregado eterogéneo e inorgánico que actúa con una psicología colectiva y sus agregados son de distintas clases, entonces la psicología de la muchedumbre representa actuar en común y que tiene argumentos como la imitación, a su vez el Dr. Reinaldo Chico Peñaherrera en su obra Estudios de Derecho Penal Tomo II página 409 que dice " cuando se produce una muerte en muchedumbre generalmente es imposible determinar quien o quienes la causaron se llama complicidad correspectiva, en el caso que nos ocupa el parte policial o investigativo no se considera como prueba sino que tiene que ser valorada por el Juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica tomando en cuenta que si se han cumplido con las garantías del proceso de investigación de allí se deduce que no solamente es

necesario probar la existencia de la infracción sino también la responsabilidad del procesado las presunciones que deduzca el juzgador deben ser claras y precisas y concordantes así se pronuncia la sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en la gaceta judicial serie KVI-Nro-2, ya que si se dan las condiciones como en este caso existen dudas sobre la vinculación causal del imputado o acusado al no haberse probado plenamente su responsabilidad por lo tanto se debe declarar su inocencia ya que en casos de duda se debe aplicar lo mas favorable al reo y termina pidiendo al Tribunal se dicte sentencia absolutoria, se disponga la inmediata libertad de su defendido y se declare sin lugar la acusación particular se la califique de maliciosa y temeraria y se condene al pago de los daños y perjuicios, pero en el caso de que el Tribunal considere que tiene alguna participación se le imponga una mínima pena en aplicación al Art. 73 del Código penal en íntima relación con el Art. 29 Ibídem porque se ha justificado las atenuantes 6 y 7 de las que habla el mencionado artículo. No haciendo las partes uso de la réplica el señor Presidente declara concluido la audiencia siendo las diecisiete horas con cincuenta y cinco minutos y convoca a las partes para el día miércoles que contaremos ocho de febrero del dos mil seis, a partir de las dieciséis horas para la lectura de la sentencia. De todo lo actuado en esta diligencia dejo constancia en esta acta que doy fe.



Abg. Edgar Quezada Coello
SECRETARIO INTERINO

TRIBUNAL PENAL SEGUNDO DEL CAÑAR.

CAÑAR, 8 febrero de 2006.- Las CUERO.

VISTOS: El Dr. Patricio Sacoto Sacoto, Agente Fiscal del Distrito del Cañar, ante el público y notorio conocimiento de la muerte de quien en vida fuera David Antonio Lema Mayancela, de cuarenta y seis años de edad, hecho suscitado el día miércoles trece de abril de dos mil cinco en la comunidad de Gallorumi, perteneciente al cantón y provincia del Cañar, dispone abrirse indagación previa a efecto de la práctica de algunas diligencias investigativas sobre el hecho referido; evacuada la identificación, reconocimiento exterior y autopsia del fallecido, receptadas las versiones de Manuel Antonio Fernández Paredes, Manuel Mesías Chimbay Cayancela, María Cruz Calle Calle, Sergio Rolando Lema Calle, Roberto Pomavilla Mayllazhungo, María Eufemia Moyano Pambay, de los policías Luis Chisahuano, Luis Rolando Montaleza Orellana, Luis Nazareno Cevallos Arévalo, y del Tnte de Policía Cristian Meléndez Cabezas, verificado el reconocimiento del domicilio del hoy occiso, recopilados recortes de prensa e informes policiales, la mentada autoridad considera que el hecho punible podría tratarse de un delito asesinato, y a su criterio existiendo fundamentos suficientes para imputar la infracción a Manuel Ganzhi Tenelema, Juan Ortiz y Segundo Tamay, resuelve dar inicio a la instrucción fiscal, concluida la misma, el señor Juez de la causa al término de la audiencia preliminar, admitiendo el criterio del señor fiscal sustentado en el dictamen emitido, llama a responder en juicio a los dos primeros imputados como presuntos autores del delito contemplado en el inciso segundo del Art. 455 del Código Penal, sobreseyéndose provisionalmente el proceso a favor de Jerónimo Tamay Montero, suspendida la causa respecto a Ganzhi Tenelema por su condición de prófugo, el mentado auto en relación a Juan Manuel Ortiz, al no ser impugnado ha causado estado, radicándose la competencia en este Tribunal para sustanciar la etapa procesal subsiguiente, en esa virtud, con el Tribunal debidamente conformado, previa constatación de la presencia del señor Fiscal Distrital convocado, de la parte acusadora, del acusado y su abogado defensor, se lleva a efecto la audiencia pública de juzgamiento, siendo practicadas las pruebas solicitadas y escuchados los sujetos procesales en el orden legal predeterminado, cuyo contenido consta transcrito en autos con suficiente abundamiento. Siendo éste el momento procesal para resolver y haciéndolo se considera: PRIMERO.- No se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión de la causa, se declara por ello la validez de lo actuado.- SEGUNDO.- La existencia de la infracción encuentra debida justificación, con la declaración rendida por el Dr. Victor Espinoza Encalada, quien fuera designado perito para practicar la autopsia de quien fue David Antonio Lema Mayancela, el mentado profesional al rendir testimonio acredita el informe presentado que obra a fs. 4 y 5 de los autos, y al hacerlo refiere las lesiones observadas en el cuerpo de la víctima, destacando la presencia de múltiples excoriaciones en cara y dorso nasal, laceraciones en pabellones auriculares, equimosis, hematomas y excoriaciones en la totalidad del tórax, en abdomen equimosis y excoriaciones múltiples con presencia de surco equimótico, que deja huella en la unión de su parte superior con el tórax, dorso excoriaciones múltiples por donde sangra con facilidad, equimosis y hematomas, extremidades excoriaciones múltiples, equimosis y hematomas, edema de manos, presencia de equimosis en el pene. Edema hemorrágico congestivo en el cerebro, hemisferios cerebrales y circunvoluciones hemorrágicos congestivos, cerebelo hemorrágico congestivo. Músculos torácicos hemorrágicos, cavidad torácica presencia de sangre en lado derecho 50 cc aproximadamente, pulmones antracosis, hematoma en lóbulo inferior. Miembros superiores edema de manos, equimosis y hematomas en toda su extensión, miembros inferiores excoriaciones múltiples, equimosis y hematomas en

toda su extensión. Observando en forma general la presencia de hematomas y equimosis en el 90 % del cuerpo por flagelamiento, con sangrado en región de la espalda. Estableciendo como diagnóstico politraumatismo e hipotermia, acotando que ésta causa se sumó a las lesiones para producir la muerte. - TERCERO: Corresponde en esta parte de la resolución analizar los elementos probatorios válidamente introducidos, encaminados a efectos de justificar conforme a derecho el nexo causal entre el acto dañoso cuya ejecución se atribuye al acusado, o bien que se encaminan a sustentar su inocencia, cuadro demostrativo que en su conjunto al ser valorado, ha de orientar al Tribunal, a emitir el correspondiente pronunciamiento. Conviene precisar que en el curso de la audiencia pública se ha evacuado un sinnúmero de testimonios, y dado la amplitud de sus contenidos, no es posible hacer una transcripción de los mismos, en todo caso serán referidos en sus aspectos más sobresalientes a objeto de fundamentar el fallo; asimismo es menester puntualizar ciertos acontecimientos que configuran el contexto en el que ocurre el fallecimiento de David Lema Mayancela. En esa virtud el testimonio del Teniente Cristian Meléndez, permite conocer que el día 12 de abril del 2005, un grupo de campesinos en el número de doscientos encabezados por un señor Ganzhi, acudieron al destacamento policial de esta ciudad, demandando la entrega de un vehículo que se encontraba detenido por problemas de robo, negándose el deponente en hacerlo porque no había pruebas ni razón legal suficiente; enterándose luego que dos personas habían sido apresadas en un consultorio de un abogado de la localidad que según ellos eran causantes de los abigeos, por lo que armó un grupo de policías, trasladándose a Gallorumi, sin poder contactarse con los detenidos ni con los dirigentes porque habían cruzado los vehículos y le impidieron el ingreso a la casa comunal, dando parte de la situación a sus superiores, regresando a las dos horas tratando de explicar la situación legal, pero estaban recios a cualquier diálogo, a los 18H00 logró contactarse con algunos dirigentes para que le dejen ver a los secuestrados y constatar el estado anímico y físico de ellos, en principio accedieron, a lo que subió le cerraron las puertas, viendo por las ventanas que le castigaban a Antonio Pérez (Paredes), como estaban tornándose agresivos salió a informar, no siendo posible el rescate porque habían unas quinientas personas contra quince policías. El policía Luis Chisaguano encontrándose ese día de guardia, confirma haber recibido la información que una gran cantidad de personas venían a la Subjefatura de Tránsito o destacamento policial, dando parte al Teniente Meléndez, personas que llegaron con el Presidente de la Comuna, Manuel Ganzhi Tenelema y con una señora que había presentado una denuncia en la fiscalía sobre un robo de ganado, el señor se alteró, quería llevar el carro que había sido detenido en Zhud, al dialogar se retiraron; de igual manera recibió una llamada informándole que dos personas habían sido secuestradas por el parque infantil, luego aclara tratarse del parque central, por lo que se montó un operativo, pero al haber cruzado los carros, era imposible un diálogo; el sustento probatorio permite saber que estas dos personas eran Manuel Antonio Paredes Fernández y Manuel Mesías Chimbay, quienes fueron trasladados a la casa comunal de Gallorumi. - CUARTO: En conformidad al testimonio de Juana Aguiza Guamán, quien refiere vivir a unos trescientos metros del salón, motivada por la curiosidad se fue a la casa comunal, viendo en el lugar a Antonio Paredes quien era su conocido y a un señor Chimbay, preguntando a Paredes porqué le habían traído indicando que era por un robo de ganado, diciéndole a su vez ella que habían detenido a unos dos señores comerciantes de ganado que dieron las placas de un vehículo y que había un muchacho que podían reconocerlo; con dicho propósito trajeron a unos comerciantes que reconocieron a Chimbay; luego de este acontecimiento resulta evidente por el decir de la propia testificante, de las deponentes Fanny Esthela Sotamba, María Luz Fajardo Tamay,

De la visita al deceso J. An 253

Simona Lazo, Blanca Nube Fajardo y otros, los detenidos Paredes y Chimbay fueron investigados en base de torturas físicas, hasta que finalmente revelaran el nombre de David Antonio Lema, como participe en la sustracción de semovientes.- QUINTO: Teniendo esta información y el lugar de residencia de Lema Mayancela, esto es, en la parroquia Nazón del cantón Biblón, se organiza un operativo para la aprehensión del mismo; al respecto Serafin Acero menciona, que se fue en el carro de Juan Ortiz, ya en el lugar, preguntaron a unas señoras donde vivía David Lema sin dar con la vivienda, pasaron un alambre y escuchó decir a la gente regresen ya lo tenemos, salieron donde estaban los carros, se subió en el mismo que se fue, el vehículo estaba lleno de gente, al llegar constató que en ese automotor había venido David Lema y otro, que decían era hijo de Lema. Referencia fundamental en cuanto a por cierto el señalamiento que hace Sergio Rolando Lema Calle, que su padre y el deponente fueron trasladados en el carro marca hino FB, color blanco de Juan Ortiz, estableciéndose con absoluta claridad también que David Antonio Lema Mayancela, es privado de su libertad en forma ilegal y arbitraria, por cuanto no mediaba mandamiento de juez competente y estaba fuera de los casos permitidos por la ley.- SEXTO: Una vez en la casa comunal de Gallorumi, según los testigos de la defensa, David Lema es confrontado con los otros dos detenidos, esto es, con Paredes y Chimbay, produciéndose mutuas acusaciones, negativas de parte de Lema, incluso amenazas de éste, ante lo cual aquellos pedían que le castiguen a Lema como lo habían hecho con ellos, como así ocurrió, indicando luego el nombre de Segundo Tamay, como la persona que le entregaba el ganado, en conocimiento de este particular por vivir en la misma comunidad del testigo Luis Alberto Calle Fernández, quien dice además ser primo de Manuel Paredes, menciona que fue personalmente a traer a Tamay, ya con su presencia y luego de ser recriminado por la esposa de éste, Lema indicó que era falso lo manifestado por él, que había acusado al mismo únicamente para que no le sigan castigando, posteriormente dio otros nombres, entre estos de Jesús Mizhirumbay, unos señores Lazo, etc. Estando ya presente en Gallorumi David Lema, se conoce que llegó el párroco de Honorato Vázquez, llamado Fausto Jiménez, con quien dialogaron los detenidos y les confesó, la gente pedía al sacerdote que abandone el lugar, haciéndolo voluntariamente. Los testigos presentados por la defensa refieren el leve flagelamiento y la agresión de que fue víctima David Lema; Guadalupe Caizan al respecto dramáticamente señaló que le daba pena, le dolía el corazón ver, se tapaba los ojos. Finalmente le llevaron a una laguna del sector conforme indican María Juana Tacuri Lazo, Blanca Nube Fajardo, Julio Camas Montero, Luis Alberto Calle Fernández, Guadalupe Caizan. Uno de los testigos señala que cuando regresaron de la laguna, David Lema llegó temblando, vino a desmayarse, y pidió al deponente una chalina, pero que no le facilitó porque también él estaba con frío, en eso solicitó que le den trayendo al cura, produciéndose posteriormente el deceso.- Dicho cuadro lo reafirma Sergio Rolando Lema Calle al mencionar: que el día 12 de abril, martes a las diez de la noche, estaba con su papá y un vaquero, llegó Manuel Ganzhi y el señor que está allí (se refiere al acusado Ortiz), en eso dice nosotros fuimos a llamarle, entonces mi papá salió, allí me cogieron Manuel Ganzhi y el Segundo Ortiz, nos subieron al carro de él, marca hino FB, de cajón, color blanco, en el mismo les golpearon hasta llegar a Gallorumi, ahí le empezaron a pegar al padre con chicotes, con lo que aparecía, quiso defenderle, pero Manuel Ganzhi le sacó y no le dejó entrar, dice yo estaba llorando y veía que a mi papá le amarraron con soga, pedía perdón, cayó al suelo, le ataron con una soga a la ventana, le castigaron más y no resistió, una señora me dijo, mi hijo vamos te van a matar, como a tu papá, me hizo meter dentro de una mesa, a la una de la mañana se botó por una ventana y amaneció dentro de una piedra, a la cinco de la mañana salió a la carretera para avisar a sus

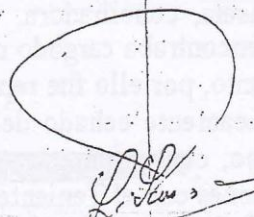
hermanos, pero le cogieron y le llevaron detenido nuevamente, le golpearon y le hicieron lo que tuvieron la gana, a su papá le metieron en la laguna cuando le sacaron le pegaron a lado de él, entonces le vio, lloró y le dio un anillo, un reloj y murió.

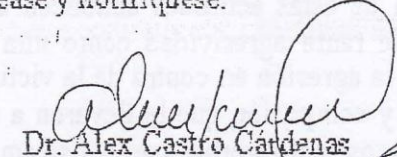
SEPTIMO: El Teniente de Policía Cristian Meléndez, luego de referirse a los acontecimientos del 12 de abril del 2005, menciona que al día siguiente, el 13 de abril les avisaron unas tres personas que no se identificaron por temor a represalias que habían secuestrado a dos ciudadanos más, Antonio Lema y su hijo, trasladándose al lugar a la ocho de la mañana con veinte policías, pudiendo observar con el párroco de Honorato Vázquez a Antonio Lema fallecido; al preguntarles quienes habían hecho no dijeron absolutamente nada, que su objetivo era sacar el cadáver y a los secuestrados toda negociación le hacía con los señores Ganzhi y Ortiz porque lideraban a toda la comunidad, prácticamente dirigían la negociación dichas personas, por lo que aproximadamente a la media hora de estar conversando con los dos dirigentes mencionados logramos evacuar el féretro y rescatar a escondidas al hijo de fallecido en una ambulancia. Luego fue el Coronel Eduardo Freire con un grupo de policías, donde empezaron las negociaciones nuevamente para lograr rescatar a los dos rehenes que sobraban, es decir de Antonio Paredes y Manuel Chimbay, tras dos horas de negociaciones con Antonio Ganzhi y Ortiz, y las personas que estaban allí, estas hacían lo que ellos decían, lograron en un momento dado rescatar a los rehenes con la condición de que firmen una acta bajo amedrentamiento psicológico y físico, firmaron dicho documento y se produjo el rescate siendo los perjudicados trasladados hasta el hospital, reitera que el grupo estaba comandado por Ortiz y otro. Testimonio éste que resulta concluyente en la determinación de la participación y responsabilidad del acusado. En apego al mismo, se muestra ~~el hecho de que Juan Ortiz y Manuel Mesías~~ los principales negociadores para el rescate primero del cadáver de David Lema y su hijo, y luego de los dos restantes rehenes, según el Teniente Meléndez, toda negociación se hacía con él y otra persona, porque lideraban a toda la comunidad, puesto que las personas que estaban allí hacían lo que ellos decían, ~~lo cual revela el liderazgo~~ que ejercía y el poder de decisión que ostentaba dentro de la comunidad o del conglomerado humano que había protagonizado el infuente acontecimiento, al tiempo que explica ciertos hechos que con sutileza se trata de desvanecer el acusado, sin embargo ~~se puede apreciar como verosímil que la concurrencia a la vivienda del occiso en su vehículo no era mal intencionada en tanto manifiesta incluso que no se percató de la presencia del agraviado en el interior de su vehículo; para el criterio del Tribunal por el contrario su presencia en el sector Nazón tuvo un propósito definido que no era otro que el apresar a David Lema y traerlo hasta la comunidad de Gallorumi para someterlo a investigación, precisamente para ello concurre, los apresan, y en ese automotor les trasladan al lugar de la agresión, cumpliéndose el objetivo inicial, resultando desestimable que la persona que era buscada, deseada, haya sido embarcada y transportada en dicho automotor sin que el acusado se haya percatado, mas cuando el niño Luis Roberto Pomavilla que también era conducido fue abandonado posteriormente en el trayecto, guarda entonces sinéresis y lógica la referencia dada por Sergio Rolando Lema, que al ser detenidos por Juan Ortiz les subieron al carro de éste, con todo ello, consuma inicialmente bajo su participación directa el hecho de privar ilegalmente la libertad de David Lema y de su hijo.~~

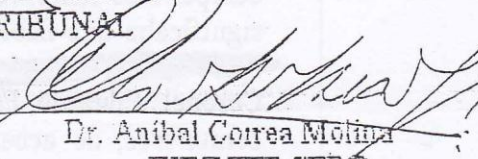
OCTAVO: Alcanzado el primer objetivo, el propósito de la detención era someter a investigación a David Lema, para conocer los pormenores sobre la sustracción de semovientes del sector, cuya participación había sido revelada por Manuel Antonio Paredes y Manuel Mesías Chimbay, no aparece prueba que diga lo contrario, en consecuencia Juan Ortiz era

participe en ese afán investigativo, pero esta investigación se lo hace a través de una serie de torturas físicas que a la postre le causarían la muerte. Siendo Sergio Lema una de las víctimas, reconoce entre otros a Juan Ortiz como uno de los principales actores en los actos de agresión a su padre, siendo éste quien además procedió a atarle a la ventana en circunstancias en que desfallecido no podía sostenerse en pie; algunos de los testigos de la defensa, niegan que este hecho haya ocurrido; empero la prueba material introducida en juicio a través del testimonio del perito médico Dr. Victor Espinoza, al haber observado edema en las manos del fallecido, confirma que las lesiones en sus manos son compatibles con ataduras; resulta entonces ciertas las afirmaciones que hace dicho menor. NOVENO: Los testigos de la defensa aludidos en considerandos cuarto, quinto y sexto, ante la contundencia de las evidencias, detención de Manuel Antonio Paredes y Manuel Mesías Chimbay, apresamiento y muerte de David Lema, y el cuadro de lesiones que presentaba, estando presentes en el lugar de los insucesos no pueden dejar de mencionar el desarrollo histórico de los mismos, negar que no fueron detenidos, que no se les torturó, que no murió allí, sería proceder contra todo lógica, empero cuando se trata de determinar responsabilidades e individualizarlas, ninguno identifica quien o quienes agredieron a Lema Mayancela a pesar de haberse encontrado en el mismo local o haber podido presenciar la agresión por las ventanas, aduciendo para ello diversos motivos, ya por tratarse de una multitud, porque pertenecían a diversas comunidades o porque estaban con bufandas o gorros como mencionan Fanny Esthela Sotamba y Simona Lazo, algunos como Nube Marlene Maldonado, Zoila Velásquez o Simona Lazo, señalan haber concurrido y estado en el lugar movidas por la curiosidad, elemento que resulta incompatible en el caso con la sensibilidad humana, al haberlos llevado a presenciar durante toda la noche hechos tan desagradables, acontecimientos que como dice Guadalupe Caizan fueron objeto de su compasión al ver como lo hacían a David Lema; no escapa a la razón del juzgador que su motivación no era esa, sino incuestionablemente la pertenencia de la mayoría de aquellos testigos a la comunidad que se creía afectada, aflorando la solidaridad comunitaria tan ancestral y arraigada en nuestro medio rural, que conlleva a la protección mutua, y que explica su falta de concreción identificatoria. Asimismo tratando de descargar la responsabilidad de Juan Manuel Ortiz, casi la totalidad de dichos testigos hacen mención a dos de sus actuaciones la noche de los acontecimientos, la primera tratando que la mujer de Segundo Tamay no agrede a David Lema con un garrote, vale destacar que todos casi literalmente escuchan las mis expresiones injuriosas proferidas a éste por aquélla, y la otra el requerimiento que por micrófono hacía Juan Ortiz a David Lema, que colabore, que no haga más dolorosas las cosas, que diga la verdad, por qué quiere seguir aguantando más? le preguntaba, que él siente el dolor, soy hombre joven y eso puede pasar con mis hijos, momentos en los que se puso a llorar, por lo que la gente dijo por qué lloras maricón, él también a de ser cómplice porque tiene un carró de cajón, siendo también agredido, por lo que abandonó el salón escapándose por una de las puertas. La mención de estas actitudes conducen a simular la personalidad de un Juan Ortiz, en medio de tanta agresividad como una persona sensata, conciliadora, que trataba de impedir la agresión en contra de la víctima, que se encontraba cargado de sentimientos de pena y compasión que le llevaron a caer en el llanto, por ello fue reprimido por sus compañeros tanto verbal como físicamente y prácticamente echado del lugar, lo que significaba que había perdido la confianza del grupo; ~~continuamente se le agredía~~ ~~apareciendo ante el grupo~~, manejando las negociaciones con el Teniente Meléndez y el Coronel Eduardo Freire, con capacidad de mando y persuasión sobre los demás comuneros, de acuerdo a lo que afirma aquel oficial de policía, dando al traste la credibilidad de dichas afirmaciones que resultan ser acomodaticias.- DECIMO:

Conforme a la acusación por el delito de homicidio en su modalidad de homicidio directo de Juan Manuel Ortiz respecto a la infracción perpetrada en contra de David Mejía de principio a fin, esto es, desde su apresamiento hasta la recuperación de su cadáver, incluso hasta que se alcanza la liberación de las demás personas retenidas, siendo el acusado quien lo detiene, lo transporta en su propio vehículo hasta la comunidad de Gallorumi, resulta ser un delito en su modalidad como lo dice Sergio Rolando Lema Calle, testimonio fundamental, y si bien él también fue una de las víctimas, sus asertos conforme se mencionó, encuentran plena corroboración con la prueba material, con algunos testigos de la misma defensa del acusado, con el testimonio del Teniente Cristián Meléndez, testigo imparcial cuyas actuaciones se derivan del cumplimiento de sus deberes inherentes al cargo, además es el principal negociador con los miembros policiales luego de haberse consumado la muerte de Lema, por manera que existe la plena convicción por concurrir prueba suficiente que el acusado Juan Manuel Ortiz es autor responsable de la detención y muerte de David Mejía y en consecuencia, acauciza acontecimiento éste que se produce como consecuencia de los tormentos dolosos a que fue sometido cuando se encontraba ilegalmente privado de su libertad, teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 238 del Código de Procedimiento Penal, que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surten efectos irrevocables, el tribunal considera que la conducta del acusado se adecúa al tipo penal previsto en el Art. 183 del Código Penal y sancionado en el inciso tercero del Art. 187 del mismo cuerpo de leyes. DECIMO PRIMERO: No es posible admitir atenuantes al acusado a objeto de modificar la pena a imponerse, puesto que en hecho concurren diversas agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción, por haberse obrado con alevosía, ensañamiento, imposibilitando a la víctima para defenderse y en pandilla. Probada la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LEY, declara Juan Manuel Ortiz, de 38 años de edad, casado, domiciliado en el sector de Gallorumi, de la parroquia Honorato Vásquez, del cantón y provincia del Cañar, ecuatoriano, autor responsable del delito tipificado en Art. 183 del Código Penal y sancionado en inciso tercero del Art. 187 del mismo cuerpo leyes, imponiéndosele la pena de DIECISEIS AÑOS de reclusión mayor especial, debiendo imputarse a la pena privativa de la libertad el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta causa. Con lugar la acusación particular propuesta por María Cruz Calle, condenándosele además al pago de los daños y perjuicios causados. Con costas, regulase los honorarios del defensor de la acusación en la suma de doscientos dólares, debiendo descontarse el porcentaje de ley para el Colegio de Abogados del Cañar. En cuanto a la petición de que se disponga el enjuiciamiento en razón del contenido de la certificación médica obrante a fs 631, una vez que tiene conocimiento del particular el Ministerio Público, corresponde a dicho organismo proceder conforme considere pertinente en derecho, atenta la facultad de proceder al ejercicio de la acción penal pública de instancia oficial. Léase y notifíquese.


Dr. Leonardo Santacruz M.
JUEZ SEGUNDO


Dr. Alex Castro Cárdenas
PRESIDENTE TRIBUNAL


Dr. Aníbal Correa Molina
JUEZ TERCERO

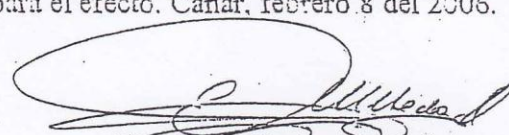
Patricio Sacoto Sacoto J Rinc 7551

CERTIFICO.



Abg. Edgar Quezada Coello
SECRETARIO INTERINO.

RAZON. No se dio lectura a la sentencia por cuanto no comparecieron las partes procesales convocadas para el efecto. Cañar, febrero 8 del 2006.



Abg. Edgar Quezada Coello
SECRETARIO INTERINO

En la ciudad de Cañar, a los ocho días del mes de febrero del dos mil seis, siendo las dieciséis horas con quince minutos. Notifico con el contenido de la sentencia que antecede al Dr. Patricio Sacoto Sacoto, Fiscal Distrital del Cañar, por boleta que la dejé en la casilla judicial Nro. 51. A la acusadora particular María Cruz Calle Calle, mediante boleta que la dejé en la casilla judicial Nro. 5. Al sentenciado Juan Manuel Ortiz, por boleta que la dejé en la casilla judicial Nro.40.-Lo certifico.



Abg. Edgar Quezada Coello
SECRETARIO INTERINO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA.-



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO
PENAL.- Quito, 22 de mayo del 2007.- Las 17h30.- VISTOS:

Avocan conocimiento de la presente causa los doctores Jaime Velasco Dávila en su calidad de Magistrado Titular y Gerardo Morales Suárez, Conjuez Permanente de este Tribunal. En lo principal, de la sentencia dictada por el Tribunal Penal Segundo de Cañar, el 8 de febrero del 2006, (fojas 752-755), que condena al acusado Juan Manuel Ortiz, a la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 183 del Código Penal y sancionado en el inciso tercero del artículo 187 del mismo cuerpo de leyes, el acusado interpone recurso de casación. El proceso correspondió a esta Sala por el sorteo efectuado el 27 de marzo del 2006, y habiéndose agotado el trámite correspondiente del recurso, se encuentra en estado de resolver, y para hacerlo se consignan las siguientes consideraciones: PRIMERA.- La Sala es competente para el conocimiento y resolución de este recurso, en virtud de la disposición de los artículos 349 y 358 del Código de Procedimiento Penal, artículo 200 de la Constitución Política del Estado, y artículo 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, habiéndose cumplido los requisitos de trámite, se declara la validez de lo actuado ante la Sala.- SEGUNDA.- El recurso de casación es un recurso extraordinario y formal, cuya finalidad es el control de la legalidad de la sentencia; permite la manifestación de inconformidad de los sujetos procesales para conseguir la corrección de la sentencia y enmendar las equivocaciones en que hubiere incurrido el Tribunal. En definitiva es un control que se efectúa al interior del proceso y su objeto fundamental es la decisión judicial, siendo necesario aclarar que toda sentencia busca la aplicación de la ley, pero en la casación lo que importa es que se corrijan los

errores legales. En ese contexto, el Código Adjetivo Penal en el artículo 349 prevé que el recurso de casación procede cuando se ha violado la ley de tres maneras: a) por contravenir expresamente a su texto; b) por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; y, c) por haberla interpretado erróneamente. La primera implica contrariar su contenido, hacer lo que no dispone; se trata de una violación directa. La falsa aplicación puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde, lo que constituye un error en la selección de ésta. Finalmente la interpretación errónea podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio.- **TERCERA.-** Del texto de la sentencia de mérito se desprende que el día 12 de abril del 2005 en la Comunidad de Gallorumi, del Cantón y Provincia del Cañar, se ha producido la muerte de quien en vida ha sido David Antonio Lema Mayanicele, disponiendo el Agente Fiscal del Distrito del Cañar, que se realicen las pertinentes investigaciones sobre el mencionado hecho; una vez que se han realizado las diligencias de reconocimiento exterior y autopsia del occiso y receptadas las versiones que se detallan; recopilados los recortes de prensa e informes policiales, al considerarse que podría tratarse un delito de asesinato imputa a Manuel Ganzhi Tenelema, Juan Ortiz y Segundo Tamay e inicia la instrucción fiscal y concluida la misma se llama a juicio a los dos primeros imputados, sobreseyendo a Segundo Tamay Montero.- **CUARTA.-** El artículo 352 del Código de Procedimiento Penal prevé que para la admisión formal de la casación, el impugnante debe fundamentarla lo que ha ocurrido en la especie de fojas 6-13 del cuaderno de esta Sala, observándose que en su extenso escrito ataca el fallo antes indicado, porque según el casacionista las irregularidades y contradicciones y los errores judiciales que se cometen en la



sentencia, evidencian la violación crasa de muchas normas, a saber: artículos 79, 80, 85, 86, 87, 88, 94, 95, 98, 99, 100 123, 124, 232, 241; 242, 243, 250, 252, 312, 315 y 320 del Código de Procedimiento Penal; artículo 84 numeral 7, 191, inciso 4º, 18, 163, 272 y 273 de la Constitución Política de la República; Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo suscrito por el Ecuador en Ginebra en junio de 1989, aprobado y ratificado por el Congreso Nacional, publicado en el R.O. Nro. 304 de 24 de abril de 1998; además de los artículos 8, 9, 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); manifiesta el recurrente que el presente recurso lo fundamenta en lo que dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que el presente recurso se basa y encuadra en: 1.- Por una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho; 2.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales; 3.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. Finalmente manifiesta que al haber fundamentado de manera debida el recurso, solicita que se case la sentencia y se le declare inocente del hecho y que en caso de no hacerlo implicaría desconocimiento de los derechos humanos que mantiene como integrante de un pueblo indígena.- **QUINTA.-** El señor Ministro Fiscal General del Estado, a fojas 18-21 de este cuaderno fundamenta el recurso de casación en los términos que siguen: 1) que la finalidad del recurso de casación es corregir los errores de derecho que contenga la sentencia, debiendo examinar si los hechos declarados corresponden a los presupuestos que contiene la ley aplicada por el Tribunal; 2) Estima que de la revisión de la sentencia impugnada, la existencia de la infracción se halla comprobada con las diligencias y constancias que consigna en el considerando tercero de su

dictamen, destacándose en forma general que el occiso presentaba hematomas y equimosis en el 90% del cuerpo, producido por flagelamiento, con sangrado en la región de la espalda, estableciendo el perito, que el politraumatismo e hipotermia se sumaron a las lesiones para que se produzca la muerte; continúa el Representante del Ministerio Público, que el doctor Patricio Sacoto Sacoto, en la audiencia de juzgamiento, manifiesta que el hoy occiso, el 12 de abril del 2005, ha estado en su domicilio, que lo ha tenido en el sector de Nazón, cuando han llegado Juan Ortiz y Mesías Ganshi, en compañía de mucha gente, llevándolo a la fuerza en compañía de su hijo Rolando y a otro menor, trasladándolos a la comunidad de Gallo Rumi, lugar en el que han estado ya detenidos Manuel Antonio Paredes Fernández y Mesías Chimbay, que luego del careo provocado por los comuneros, proceden a agredir brutalmente a David Lema para acto seguido bañarle en agua fría de una laguna, sin que su hijo haya podido ayudarlo, pero que dicho menor ha visto que lo han atado a las ventanas y lo han castigado hasta dejarlo sin vida; los testimonios son contradictorios, ya que dicen no haber visto nada pese a encontrarse presentes en el salón; no se ha realizado el reconocimiento del lugar donde se ha producido la muerte, pero si de la casa de la víctima en el sector de Nazón; es de advertir que el careo que se ha realizado entre los indígenas de la comunidad es por el robo del ganado del que han sido víctimas los miembros de la comunidad. El señor Ministro Fiscal General del Estado, manifiesta que el Tribunal sentenciador de manera apurada, ha dictado sentencia en contra del casacionista, sin embargo que según la autopsia la muerte se produce por flagelamiento y que los politraumatismos e hipotermia, como los golpes con chicote y palos, además del baño en agua fría son la causa del fallecimiento de Lema, golpes que han sido propinados

dictamen, destacándose en forma general que el occiso presentaba hematomas y equimosis en el 90% del cuerpo, producido por flagelamiento, con sangrado en la región de la espalda, estableciendo el perito, que el politraumatismo e hipotermia se sumaron a las lesiones para que se produzca la muerte; continúa el Representante del Ministerio Público, que el doctor Patricio Sacoto Sacoto, en la audiencia de juzgamiento, manifiesta que el hoy occiso, el 12 de abril del 2005, ha estado en su domicilio, que lo ha tenido en el sector de Nazón, cuando han llegado Juan Ortiz y Mesías Ganshi, en compañía de mucha gente, llevándolo a la fuerza en compañía de su hijo Rolando y a otro menor, trasladándolos a la comunidad de Gallo Rumi, lugar en el que han estado ya detenidos Manuel Antonio Paredes Fernández y Mesías Chimbay, que luego del careo provocado por los comuneros, proceden a agredir brutalmente a David Lema para acto seguido bañarle en agua fría de una laguna, sin que su hijo haya podido ayudarlo, pero que dicho menor ha visto que lo han atado a las ventanas y lo han castigado hasta dejarlo sin vida; los testimonios son contradictorios, ya que dicen no haber visto nada pese a encontrarse presentes en el salón; no se ha realizado el reconocimiento del lugar donde se ha producido la muerte, pero si de la casa de la víctima en el sector de Nazón; es de advertir que el careo que se ha realizado entre los indígenas de la comunidad es por el robo del ganado del que han sido víctimas los miembros de la comunidad. El señor Ministro Fiscal General del Estado, manifiesta que el Tribunal sentenciador de manera apurada, ha dictado sentencia en contra del casacionista, sin embargo que según la autopsia la muerte se produce por flagelamiento y que los politraumatismos e hipotermia, como los golpes con chicote y palos, además del baño en agua fría son la causa del fallecimiento de Lema, golpes que han sido propinados



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se presenta sobre treinta y ocho 38
66 766

El Ecuador ha sido es y será País Amazónico



por "cientos de comuneros" que han estado presentes; indica que Juan Manuel Ortiz, ha estado interviniendo como negociador entre la Policía y los comuneros además de conducir un vehículo que transportaba a varios indígenas hasta la casa de Lema, para las investigaciones que realizaban el Presidente de la Comuna Manuel Ganshi Tenelema con los comuneros de Gallo Rumi y otros de Cañar y El Tambo, los que han concurrido el 12 de abril del 2005 al destacamento de la Policía de Cañar pidiendo la entrega de un automotor que ha estado detenido por robo de ganado, que quienes han transportado el ganado robado han sido Manuel Antonio Fernández Paredes y Manuel Mesías Chimbay, siendo llevados a la comunidad para investigación, por lo que la Policía al enterarse ha concurrido a la misma y ha observado por las ventanas de la casa como castigaban a Antonio Pérez (Paredes), pero que como habían alrededor de quinientos comuneros que se encontraban irascibles no han podido actuar, ya que sólo eran quince Policías que al investigado lo golpeaban con palos, cabestros, que esto se encuentra confirmado con el protocolo de la autopsia que demuestra que los autores del delito colectivo, han sido cientos de comuneros de Gallo Rumi y que por la confusión, impide precisar de cual de todos ellos, provinieron los golpes que produjeron la muerte de Lema; continúa indicando que en la justicia indígena; no existe la pena de muerte, reconociendo a los comuneros que no son delincuentes, que no han querido acabar con la vida de Lema, hecho repudiable por la alarma e inseguridad que causa en la sociedad; que el juzgador no ha observado la finalidad de la prueba, en lo que atañe a la responsabilidad del acusado consignada en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal; que debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 32 del Código Penal, que establece que nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción,

si no lo hubiere hecho con voluntad y conciencia, lo que impedía aplicar los artículos 41, 42 y 43 del Código Penal; que el hecho cometido por cientos de comuneros tiene el origen en la investigación de robo de ganado, delito de abigeato que se comete en todo el Ecuador, pese a las seguridades que contratan los propietarios de los semovientes, frente a la falta de atención por parte de la Policía. El señor Ministro Fiscal estima que el Tribunal juzgador, ha realizado una falsa aplicación del artículo 42 del Código Penal, considerando que la Sala debería casar la sentencia en relación con el recurrente; que el juzgador al dictar la sentencia viola los artículos 1 de la Constitución que declara al Ecuador como un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico; además que el juzgador ha irrespetado los artículos 18, 24 numeral 1º, 163, 272 y 273 de la Constitución, así como el Convenio 169 OIT, suscrito por el Ecuador en Ginebra en junio de 1989. Finalmente manifiesta ser del criterio que por error in iudicando, se case la sentencia recurrida. - **SEXTA.** - Dado que el recurso de casación, no permite una nueva valoración de las pruebas aportadas, lo que corresponde a la Sala es analizar si en la resolución se ha incurrido en violación a la Ley, en alguna de las modalidades determinadas en el artículo 349 del Código Procesal Penal. Al respecto se señala que el Tribunal sentenciador considera que la materialidad de la infracción se encuentra demostrada con: a) Acta de fojas 2 de identificación del cadáver de David Antonio Lema Mayancela con la participación de los testigos Luis Eriberto Calle Calle y José Angel Guamán Zhumí; b) Diligencia de reconocimiento exterior y autopsia del cadáver del fallecido, practicada por los peritos doctores Marco Ochoa Molina y Víctor Espinoza Encalada, (fojas 4-5), en la que al examen externo, consta que observan hematomas y



REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



equimosis en el 90% del cuerpo por flagelamiento, con costras y excoriaciones en región de la espalda que sangra fácilmente; presentando en el tórax equimosis, hematomas y excoriaciones en su totalidad; en el abdomen: equimosis y excoriaciones múltiples presencia de surco equimótico que deja huella en la unión de su parte superior con el tórax; en el dorso; excoriaciones múltiples por donde sangra con facilidad, equimosis y hematomas; en las extremidades superiores: excoriaciones múltiples, edema de manos, equimosis y hematomas; en las extremidades inferiores: excoriaciones múltiples, equimosis y hematomas; emitiendo el diagnóstico: politraumatismo, hipotermia. Manera de la muerte (desde el punto de vista médico legal) asesinato. c) Acta de levantamiento de cadáver, realizada en la casa Barrial del sector Gallo Rumi (fojas 9) suscrita por el Teniente de Policía Cristian Meléndez Cabezas Jefe de la Subjefatura del Cantón Cañar; d) Diligencia de reconocimiento de fojas 65, esto es el domicilio de donde fue sacado el hoy occiso, realizada por el perito Agr. Paúl Espinoza VI.

SÉPTIMA.- El fallo del Tribunal Segundo Penal de Cañar declara que Juan Manuel Ortiz es autor responsable del delito tipificado en el artículo 183 del Código Penal, sancionado en el inciso tercero del artículo 187 ibídem, por lo que le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial, que se encuentra en el Capítulo III que trata de los Delitos contra la Libertad Individual, correspondiente al Título II de los Delitos Contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial del Libro II del Código Penal. El Tribunal juzgador equivoca la tipificación del delito por el cual se condena al acusado, toda vez que el artículo 187 tiene como núcleo fundamental que una persona arrestada o detenida, hubiere sufrido tormentos corporales, como resultado del cual padeciere lesiones y hasta la muerte. Con elemental

sindéresis jurídica se deja en claro que el arresto o detención de la víctima, debe haber sido dictada por autoridad competente y siguiendo los procedimientos especiales consagrados en el Código de Procedimiento Penal y leyes conexas, y que las agresiones físicas que sufrió hayan sido inferidas con ocasión de tal privación legal de su libertad.- **OCTAVA.-** La prueba recogida en el juicio, de ninguna manera permite que el Tribunal Penal haya llegado a esa conclusión, pues no existe respaldo probatorio alguno que establezca que David Antonio Lema Mayancela haya tenido una orden de prisión en su contra, resultando por lo mismo errada la apreciación del juzgador de primera instancia al deducir tal situación. La prueba recogida en la etapa del juicio y en los anticipos jurisdiccionales (artículo 252 del Código de Procedimiento Penal) posibilitan dar por cierto el hecho de que el fallecido Lema fue sacado a la fuerza de su domicilio, por una muchedumbre y luego conducido a la Casa Barrial de la Comuna "Gallo Rumi" el 12 de abril del 2005 en donde fue agredido y flagelado para luego sumergirlo en una laguna cercana, produciéndole una hipotermia que, con los politraumatismos que sufrió, le ocasionaron la muerte.- Nótese que en ningún pasaje del juicio se habla de que se cumplía una orden de detención o arresto en contra de la víctima, por lo que resulta evidente que el Tribunal de primer nivel ha apreciado indebidamente la prueba, apartándose que las reglas de la sana crítica, conforme manda el artículo 86 del Código Adjetivo Penal.- **NOVENA.-** Por otro lado el Ministerio Público imputó al acusado la comisión del delito tipificado y sancionado en el artículo 455 del Código Penal, esto es, homicidio preterintencional. Sobre este punto se debe dejar en claro que tampoco es correcta la apreciación del Fiscal en cuanto a tal tipificación, criterio que también fue acogido erróneamente por el Juez de lo



REPUBLICA DEL ECUADOR
CÓRTE SUPREMA DE JUSTICIA



Penal, que dictó el auto de llamamiento a juicio por dicho delito; como las declaraciones contenidas en dicha providencia no causan efecto irrevocable en el juicio (artículo 238 del Código de Procedimiento Penal) el Tribunal Penal cambió tal tipificación luego del cierre del debate, pronunciándose por la existencia del delito señalado en el artículo 183 del Código Penal, que fue materia del análisis de esta Sala. **DÉCIMA.** Habiendo ocurrido los hechos en la forma en que han sido admitidos en el fallo que se examina, aparece que el caso se encuentra previsto en el artículo 461 del Código Penal toda vez que incuestionablemente existió una agresión física a la víctima, en la que tomaron parte muchas personas, pudiendo ser identificado el acusado, produciendo la muerte del agraviado David Antonio Lema Mayancela. El legislador frente a la muerte de un ser humano en el que han tomado parte varias personas ha determinado una responsabilidad general entre todas ellas, sin que se la deba confundir con "solidaridad de responsabilidad" que por su naturaleza, corresponde al cumplimiento de obligaciones civiles. Existe suficiente constancia probatoria que ha sido analizada por el fallo impugnado, de que el acusado estuvo en el lugar, día y hora precisados antes, participando de modo directo en las agresiones que le causaron la muerte a Lema Mayancela, y que no han podido ser enervadas por su defensa. **DÉCIMA PRIMERA.** La Sala deja expresa constancia de lo siguiente: a) Si el fallecido David Antonio Lema Mayancela habría sido responsable del delito de abigeato, debió ser sometido a la jurisdicción y competencia de los Órganos Judiciales competentes para que luego del respectivo enjuiciamiento, que se debió llevar adelante bajo los principios del debido proceso (artículo 24 numeral 1 de la Constitución Política del Estado), merezca sentencia condenatoria o absolutoria; b) El régimen jurídico vigente en el Ecuador, no

permite a ninguna persona natural o jurídica ejercer justicia particularmente o "por mano propia", desde que los modernos sistemas procesales penales, mantienen ciertos principios que protegen los derechos individuales no sólo de los imputados, sino de las víctimas y aún de terceros (testigos) a fin de que sean debidamente respetados dentro de la sustanciación penal; c) El derecho Procesal Penal es de orden público, lo que significa que tiene aplicación obligatoria, por lo que sus disposiciones deben ser observadas tanto para la iniciación, continuación y conclusión del juicio penal, destacándose especialmente la recolección de elementos de convicción y pruebas propiamente dichas, que se evacuarán bajo el principio de legalidad, esto es, que deben ser pedidas, ordenadas y practicadas conforme a la ley (artículos 24 numeral 14 de la Constitución Política del Estado y 83 del Código de Procedimiento Penal); d) Si el Ecuador es un Estado Social de Derecho, como dispone el artículo 1 de la Constitución Política de la República, la Corte Suprema de Justicia no puede aceptar, bajo ningún punto de vista que ciertas comunidades indígenas ejerzan una justicia punitiva, castigadora, con grave detrimento para la integridad física de los presuntos imputados, que como en el presente caso, le produjo su muerte; el Ordenamiento Jurídico del País, permite a sus habitantes acceder a los Órganos Jurisdiccionales competentes, para obtener de ellos una real y efectiva administración de justicia, en la que se reconozcan las garantías de todos los sujetos procesales y se observe el procedimiento establecido para cada caso. En la especie no consta prueba que hubiere sido analizada por el Tribunal Penal del Cañar, que acredite que el acusado intentó las acciones judiciales pertinentes en contra del fallecido Lema Mayancela.- **DÉCIMA SEGUNDA.**- Si bien los artículos 84 numeral 7 y 191 inciso 4 de la Constitución Política de la República, el

Estado Ecuatoriano reconoce y garantiza a los pueblos indígenas el ejercicio de sus derechos colectivos y funciones de justicia según sus costumbres o derecho consuetudinario, no es menos cierto que el mismo deberá guardar conformidad con el ordenamiento jurídico del País y no contrariar las garantías ciudadanas. Es así que el numeral 3° del artículo 24 de la Carta Magna, establece el principio de la proporcionalidad entre infracciones y sanciones, así como también las sanciones alternativas a las penas de privación de libertad, pero en ningún caso admite la aplicación de tormentos físicos y agresiones corporales en contra de los imputados de un delito. Por otro lado nuestro Código Penal en los artículos 187, 204, 205 y 208 tipifican como delito, el uso de la fuerza o violencia en contra de personas detenidas, reconociendo por otro lado el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal el derecho a no autoincriminarse y además, la prohibición de obtener información en el juicio mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad del imputado (artículo 83 del Código de Procedimiento Penal), que proclama el principio de legalidad de la prueba antes comentado.

DECIMA TERCERA.- Esta Sala discrepa del valioso e ilustrado criterio del señor Ministro Fiscal General (fojas 20-21 de este cuaderno) que sostiene que no existe delito por el cual deba ser sancionado el acusado, citando a manera de ejemplo lo ocurrido en la muerte del ex Presidente de la República, General Eloy Alfaro. La Sala estima que no es admisible que se repitan tales hechos que atentan directamente al convivir social, y que queden en la impunidad, puesto que se afectaría gravemente la seguridad jurídica y el ejercicio de la administración de justicia estatal, perjudicando los derechos tanto personales como colectivos. No es posible que en pleno Siglo XXI en el Ecuador, se administre

justicia apartándose de los lineamientos científicos contemporáneos que reconocen que la imposición de una pena al infractor, antes que un castigo físico conlleva el propósito de alcanzar su rehabilitación y reinserción en el marco social. La muerte de un ser humano ocurrido en las circunstancias constante de autos no puede ser reputada como un acto de legítima administración de justicia, ejecutado por un sector del país por muy respetable que sea. El artículo 24 numeral 1 de la Constitución Política de la República, garantiza a todos los habitantes del País el debido proceso de juzgamiento, que debe observar el régimen jurídico vigente para cada caso, así como el trámite pertinente. Se relleva la circunstancia de que tal norma legal no establece salvedad alguna, que permita un juzgamiento distinto en el que prevalezcan los tormentos, golpes, flagelamientos e inmersión en agua fría.

DÈCIMA CUARTA.- El principio de igualdad ante la ley, se vincula estrechamente a la garantía de la integridad personal y a la prohibición de penas crueles y torturas, así como todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, etc. como establece el numeral 2 del artículo 23 de la Constitución Política, disposición, ésta que guarda concordancia con el inciso final del artículo 191 de dicho cuerpo de leyes.

DÈCIMA QUINTA.- Los convenios Internacionales invocados por el recurrente, de ninguna manera pueden oponerse a las disposiciones Constitucionales y Legislación Nacional, pues en caso contrario, el Ecuador reconocería como legítimas las actuaciones "judiciales" de comunidades indígenas que aplican sanciones corporales y tormentos que están prohibidos a nivel mundial, precisamente según tales convenciones. La Sala concluye que en la especie, se ha comprobado fehacientemente la existencia del delito tipificado y sancionado en el artículo 461 del Código Penal y que existe

Setenta y Setenta y dos 42
150
El Ecuador ha sido es y será País Amazónico

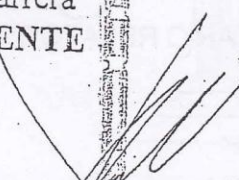


REPUBLICA DEL ECUADOR
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA

mérito probatorio suficiente para atribuirle responsabilidad al acusado con las pruebas analizadas en este punto en el fallo recurrido. Por las consideraciones legales que anteceden, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, de oficio se casa la sentencia, según el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y se declara a Juan Manuel Ortiz, autor responsable del delito antes señalado por lo que se le impone la pena de tres años de prisión, y cincuenta dólares de multa.- Se imputará a la condena el tiempo que hubiere permanecido privado de su libertad por esta causa.- Notifíquese y devuélvase.


Doctor Fernando Casarés Carrera
MAGISTRADO-PRESIDENTE

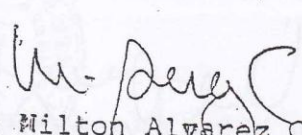

Doctor Jaime Velasco Dávila
MAGISTRADO


Doctor Gerardo Morales Suárez
CONJUEZ PERMANENTE

ECUADOR

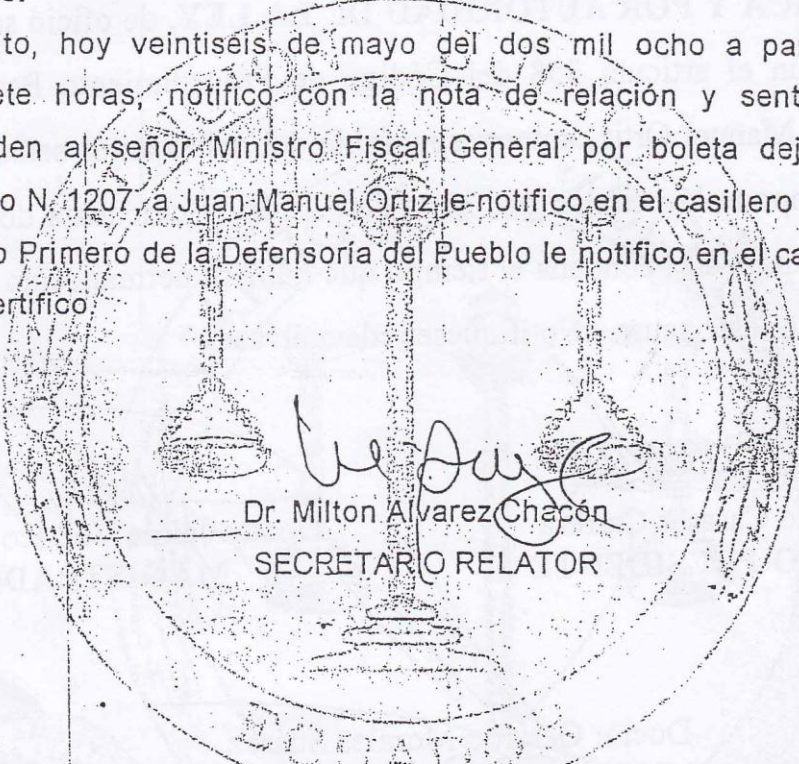


CERTIFICO:


Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

233-06-or

En Quito, hoy veintiseis de mayo del dos mil ocho a partir de las diecisiete horas, notifico con la nota de relación y sentencia que anteceden al señor Ministro Fiscal General por boleta dejada en el casillero N. 1207, a Juan Manuel Ortiz le notifico en el casillero No. 763, al Adjunto Primero de la Defensoría del Pueblo le notifico en el casillero No. 998.- certifico



Dr. Milton Alvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

RAZON: Siento por tal que la Ejecutoria Suprema que antecede es igual a la Resolución del juicio penal No. 233-06-OR que por Muerte se sigue en contra de JUAN MANUEL ORTIZ .- Certifico.- Quito, 12 de junio del 2008.



Dr. Milton Alvarez Chacón

SECRETARIO RELATOR DE LA PRIMERA SALA
DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA