



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS COMPARATIVO CONSTITUCIONAL CON
RESPECTO A LA JUSTICIA INDÍGENA, DEL CASO LA COCHA,
AÑOS 2002 Y 2010**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. José Alcívar Bernal

Autor
Ricardo Esteban Carrillo Sánchez

Año
2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

José Alcívar Bernal
Doctor en Jurisprudencia
170687979-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Ricardo Carrillo Sánchez
050337232-8

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I	
Bases conceptuales e históricas	4
1.1 Comunidad	4
1.2 Comunidad La Cocha	5
1.2.1 Ubicación de la comunidad La Cocha	5
1.2.2 Reseña sociológica de la comunidad La Cocha	5
1.3 Orígenes del Movimiento indígena, el proceso de “comunalización”	7
2. Capítulo II	
Justicia Indígena, justicia o castigo	11
2.1 Conflictos e Infracciones	12
2.1.1 Conflictos	12
2.1.2 Infracciones	13
2.1.3 Diferencia entre conflictos e infracciones	14
2.2 Jurisdicción, competencia y recursos en el ámbito de la justicia indígena	15
2.2.1 Jurisdicción	15
2.2.2 Competencia	19
2.2.2.1 Competencia material	21
2.2.2.2 Competencia Personal	22
2.2.2.3 Competencia Territorial	23
2.2.3 Recursos	24
2.3 La justicia indígena en el Código Orgánico de la Función Judicial	29

3. Capítulo III	
La Cocha	33
3.1 Caso La Cocha año 2002	33
3.2 Caso La Cocha año 2010	44
4. Capítulo IV	
Análisis Comparativo Constitucional	66
4.1 Divergencia constitucional de los casos la cocha años 2002 – 2010	67
4.1.1 Normas Constitucionales y concordancias, para los casos aplicados	67
4.1.1.1 Caso La Cocha 2002	67
4.1.1.2 Caso La Cocha 2010	68
4.1.2 Control Constitucional	71
4.1.2.1 Caso La Cocha 2002	71
4.1.2.2 Caso La Cocha 2010	73
4.1.3 Acciones Constitucionales empleadas	77
4.1.3.1 Caso La Cocha 2002	77
4.1.3.2 Caso La Cocha 2010	79
4.2 Pluralidad jurídica de la Justicia Indígena en materia constitucional	87
5. Capítulo V	
Conclusiones y Recomendaciones	93
5.1 Conclusiones	93
5.2 Recomendaciones	97

RESUMEN

El presente trabajo de titulación comprende el análisis constitucional, con respecto a la Justicia Indígena, de los casos más trascendentales ocurridos en el Ecuador en los años 2002 y 2010, en la comuna La Cocha, parroquia de Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi; aplicando las Constituciones vigentes en los procesos de ajusticiamiento indígena de cada año. Realizado de manera objetiva a pesar de la muy poca positivización de materia indígena en el ordenamiento jurídico estatal. Partiendo de la ubicación y una reseña sociológica de la comunidad La Cocha, y el proceso de comunalización para ser parte de la nacionalidad *kichwa*. Señalará el estudio de su aplicabilidad dentro de la República del Ecuador, de manera objetiva, diferenciando si esta es verdaderamente justa o resulta castigo por parte de las autoridades indígenas hacia los comuneros, que tuvieron por causa de su conducta, sea esta conflicto o infracción, teniendo en cuenta su "jurisprudencia" y "competencia", en relación a la Constitución, tratados internacionales y el Código Orgánico de la Función Judicial. Los casos La Cocha, serán profundizados objetivamente, a través de los procesos de sustanciación que se dieron para cada uno de ellos, y en especial, en el trato constitucional. La comprensión de la disparidad constitucional existente, que por asesinato, conocieron las autoridades indígenas y la jurisdicción ordinaria, empleando la Constitución de 1998 para el caso La Cocha del año 2002; y, la Constitución de 2008 para el caso La Cocha año 2010, con la respectiva diferenciación del control de constitucionalidad.

Empleando métodos tales como el exegético, sistemático, sociológico, descriptivo y sobre todo el histórico comparado, para el estudio de este tema, de gran importancia para el país; vista no solo como interesante para las partes procesales de cada caso, sino como influyente en la política ecuatoriana y en su ordenamiento jurídico, dejando ver a la luz, las falencias que los Asambleístas de Montecristi tuvieron al otorgar a los indígenas, una jurisdicción especial, que en la práctica es inaplicable, en base a principios de derecho y de neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This work includes analysis of the constitutional qualifications, with respect to the Indigenous Justice, the most significant cases that occurred in Ecuador in 2002 and 2010 in the town La Cocha, parroquia Zumbahua, Pujilí canton, province of Cotopaxi; applying the Constitutions in force in Indian execution processes each year. Made objectively despite the little positivization indigenous issues in the national laws. Based on the location and sociological review of the community of La Cocha, and the process of communalization to be part of the *Kichwa* nationality.

Says the study of their applicability within the Republic of Ecuador, in an objective, distinguishing if it is truly fair or punishment by the Indian authorities to commoners, who were due to his conduct, be it conflict or infringement, taking into account the "jurisprudence" and "competence" in relation to the Constitution, international treaties and the Code of Judicial Function. Cases La Cocha, depth will be objective, through the process of substantiation given for each of them, especially in the constitutional treaty. Understanding the existing constitutional gap that murder, they met the indigenous authorities and the ordinary courts, using the 1998 Constitution in the event's car of the year 2002 and the 2008 Constitution for the case of La Cocha 2010, with differentiation of the respective judicial review.

Using methods such as exegetical, systematic, sociological, descriptive and comparative historical especially for the study of this issue of great importance for the country seen as not only interesting for the litigants in each case, but as influential in Ecuadorian politics and its legal system, exposing to light the weaknesses of Montecristi Assemblymen had to give the Indians a special tribunal, which in practice is irrelevant, based on principles of law and neoconstitutionalism.

INTRODUCCIÓN

Este controversial tema: "Análisis comparativo constitucional con respecto a la Justicia Indígena, del caso La Cocha, años 2002 y 2010", merece un profundo estudio. Se tomarán referencias constitucionales de 1998 y 2008 sobre la materia de Justicia Indígena, de la cual se han vertido criterios, en textos, análisis y estudios por parte de personas interesadas y entendidas en el tema, aparte de un tratamiento sensacionalista y noticioso por parte de la prensa nacional. Sin embargo, orientaciones serias publicadas en revistas, libros y enfoques históricos y sociológicos, han motivado, que se ponga especial atención al tema de la Justicia Indígena en el Ecuador, como un hecho inédito que ha provocado el debate entre la justicia ordinaria y aquella que se origina en la "costumbre" (consuetudinario), lo que explica el comportamiento actual de los pueblos indígenas, afro ecuatorianos, cholos, mestizos, etc., dentro del territorio nacional.

La problemática que tiene la Justicia Indígena, atemoriza, porque los indios han tergiversado su justicia como tal, a modo de un medio de reivindicación, inventando hechos que han estado fuera de sus "costumbres" y que se contraponen con el sistema jurídico vigente. A la vez, también se anteponen a las garantías, principios y derechos civiles (artículos 4 y 11 Const. del Ecuador), violentando el ordenamiento jurídico internacional, instituido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobado por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que distingue entre derechos relativos a la existencia misma de la persona y los relativos a su protección y seguridad y de los derechos que tienen contenido económico y social.

Lo normado en el artículo 171 de la Constitución del 2008 sobre Justicia Indígena, es un enunciado, igual a lo que consta en la Constitución del 1998, que equivocadamente, los dirigentes y autoridades indígenas, en forma absurda, han dado pábulo para la aplicación de una justicia perversa, sin que exista norma legal alguna.

Inclusive esto ha llevado a falsas interpretaciones, a una defensa equivocada de quienes están a favor de la Justicia Indígena, sin tomar en cuenta que no se puede dar canonjías dentro del Estado a una de las minorías de la sociedad, porque altera el enunciado de la misma Constitución del 2008, artículo 11, inciso 2 que dice: 'Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)'. Siguiendo este ejercicio de derechos, tendrían que existir a la vez varias justicias paralelas dentro del Estado, que en su oportunidad pueden reclamar los afroecuatorianos, montubios, blancos, cholos, etc.; sin embargo, el haber creado la Justicia Indígena, se establece un doble privilegio, que será aplicado de acuerdo a sus necesidades y apetencias (si le conviene, aceptará la Justicia Estatal; y si no, se someterá a la Justicia Indígena), lo que contradice a los principios establecidos en el artículo 11, numeral 2, inciso 2, de la Constitución de 2008: 'Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento (...)'.

La justicia paralela atenta al enunciado del capítulo sexto de la Constitución de 2008, que expresa el derecho de la libertad; en el artículo 66, numeral tercero del mismo cuerpo supremo normativo, preserva el derecho a la integridad personal, que incluye, la integridad física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, la prohibición de la tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho que tiene toda persona agraviada cuando existen pruebas inexactas, el derecho de transitar libremente por el territorio nacional, el derecho al honor y al buen nombre, el derecho a la intimidad personal, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad en todas sus formas, el derecho de libertad, la prohibición de la esclavitud; así como el artículo 76 de la Constitución de 2008, ampara los derechos y obligaciones, cuyo cumplimiento garantiza toda autoridad administrativa judicial. Se presume la inocencia de toda persona, mientras no exista una sentencia ejecutoriada, por lo que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión, que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley. Si se actúa en forma desmesurada, desconociendo las garantías constitucionales, con el supuesto de aplicar una Justicia Indígena en base a la "*costumbre*", se atenta el derecho a la defensa de las personas,

puesto que es de conocimiento general, que la Justicia Indígena carece del principio fundamental del debido proceso (artículo 76 Constitución 2008), presunción de inocencia, tutela efectiva (artículo 75 Constitución 2008), y lo prioritario, respetar la dignidad del ser humano (Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 1).

Por lo antes referido, es necesario aplicar un verdadero análisis en relación a una comparación minuciosa, en atención a los preceptos constitucionales y legales que no han sido aplicados debidamente a los dos casos de Justicia Indígena (años 2002 y 2010), acontecidos en la comunidad La Cocha, parroquia de Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi.

CAPÍTULO I

BASES CONCEPTUALES E HISTÓRICAS

1.1.- Comunidad.

Una comunidad es un grupo de individuos, seres humanos que comparten elementos en común, tales como un idioma, costumbres, valores, tareas, visión del mundo, edad, ubicación geográfica, status social, roles. Por lo general, en una comunidad se crea una identidad común, mediante la diferenciación de otros grupos o comunidades (la mayoría de veces por signos o acciones), que es compartida y elaborada entre sus integrantes y socializada. Una comunidad se une bajo la necesidad o meta de un objetivo, como puede ser el bien común. El término comunidad, sugiere que sus miembros tienen relaciones comunales entre sí: intereses compartidos, pueden interactuar unos con otros y se preocupan por el bienestar mutuo y colectivo.

La comunidad indígena, parte desde la sociedad comunal andina y en esto, José Sánchez-Parga distingue:

“(...) en sus orígenes, una matriz asociativa territorial (La *llajta*), cuyo espacio compartido por asentamientos dispersos, por familias pertenecientes a diferentes grupos de parentesco (ayllus), cada uno de los cuales tenía familias en diferentes espacios ecológicamente diferenciados; así mientras que familias de diferentes ayllus compartían una misma *llajta*, cada año distribuía sus unidades familiares en diferentes *llajtas*. Así mismo, mientras que la asociación y unidad territorial de la *llajta* (lo que hoy llamaríamos comuna), compartía los mismos recursos, organizada la reciprocidad y redistribución de la fuerza de trabajo, participando en labores comunes. Entre los ayllus circulaban los intercambios de productos (procedentes de los ecosistemas de las diferentes *llajtas*) y de mujeres. Este esquema que adoptó modalidades y variaciones muy distintas según las particularidades de cada región andina, sufrió cambios así mismo

diversos, de acuerdo a los procesos de las historias regionales”.
(Sánchez-Parga, 2007)

Se determina que la comuna es la organización de la sociedad indígena.

La Ley de Comunas, en su artículo 1, conceptualiza a la Comuna, como centro poblado que no tiene la categoría de parroquia, que existiera en la actualidad o que se estableciere en el futuro y que fuera conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad o cualquiera otra designación, llevará el nombre de Comuna, a más del nombre propio con el que haya existido o con el que se fundare. (Ley de Comunas)

Asimismo se indica como requisito indispensable para constituir una comuna, que es necesario que el número de habitantes que se radiquen habitualmente en ella, sea no menor de cincuenta.

1.2.- Comunidad La Cocha.

1.2.1.- Ubicación de la comunidad La Cocha.

La Comunidad La Cocha perteneciente a la parroquia de Zumbahua, del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, está localizada a 53 km, al occidente de Pujilí. En su extensión habita una población indígena integrada por 3.500 habitantes aproximadamente. (Ramírez, 2007) Su localización geográfica es 9898231° al Norte; y 731870 al Este (Catastros Pujilí); la zona baja se encuentra ubicada entre los 3.400 a 3.800 metros sobre el nivel del mar y la zona alta con altitud entre los 3.900 a los 4.000 metros sobre el nivel del mar. Para llegar a la plaza central de este asentamiento indígena, se lo realiza por un camino de segundo orden, que queda a doce kilómetros de Zumbahua -la cabecera parroquial, situada aproximadamente a setenta y siete kilómetros de Latacunga, ciudad capital de la provincia de Cotopaxi.

1.2.2.- Reseña sociológica de la comunidad La Cocha.

La Comuna La Cocha es un sector de raza indígena, asentamiento que corresponde a la nacionalidad *kichwa* de Cotopaxi, tiene alrededor de 3.500 habitantes. Posee una escuela donde se educan la mayoría de niños, que en

un porcentaje aproximado del 90%, tan sólo alcanzan a salir con la formación escolar; muy pocos entran a la educación secundaria en el colegio de Zumbahua, y en un porcentaje del 2% estudian en colegios de Pujilí y Latacunga, (Ochoa, 2011). Se puede establecer que casi nadie ha estudiado a nivel de educación superior.

La población de la comunidad La Cocha, es *kichwa* hablante, con un grado de instrucción de más del 50% de sus habitantes como analfabetos. Los hombres mayores de 12 años, recién salidos de la escuela, proceden involucrarse en el trabajo de la construcción, en ciudades como Pujilí, Latacunga, Quito y Guayaquil, por lo que su actividad laboral la realizan fuera de sus hogares, y por eso el regreso a la comunidad se realiza los fines de semana y festivos, mientras tanto, las mujeres se dedican al cuidado y protección de sus hijos, al trabajo agrícola y a la venta de los productos agrícolas.

La población se dedica esencialmente al cultivo de papas, habas, cebada, entre otros, en las tierras de la zona baja y en la zona alta se caracteriza por la presencia de pastos y pajonales. Así es como suben al Quilotoa a pastar borregos y hacer turismo con los extranjeros. (Ramírez, 2007)

La actividad social de las familias de la comuna La Cocha, tiene como característica un matriarcado, que parte desde la organización misma del hogar por parte de la mujer, en razón de que el varón se ausenta por períodos cortos o largos del hogar, lo que ha creado con el choque de otras civilizaciones ciudadinas, graves conflictos de identidad y de costumbres, que van todos los días ganando terreno y desapareciendo la forma tradicional inclusive de llevar las vestimentas, que en su entorno corresponde a ropa gruesa y abrigada como la chalina, la bufanda, el sombrero, botas de caucho, los mismos que poco a poco son reemplazados con vestimentas más ligeras, como chompas, sacos, pantalones de casimir o *jeans*, camisetas con logotipos de anuncios publicitarios o de los artistas preferidos. Los jóvenes se hacen crecer el cabello, visten con zapatos tenis, transformando de esta manera el entorno de la comunidad indígena en una comunidad de civilización urbanística, porque inclusive la música autóctona que partía del rondador, ha sido cambiada gracias a la tecnología, con la música rockolera o tecno cumbia, entre otras. De

igual manera su hábitat, que se constituía en una choza con paja, ha sido reemplazado con viviendas de bloque y zinc, lo que acarrea graves consecuencias para la salud.

“(..)La gente de la comunidad La Cocha, reclaman sus derechos de pie, jamás han sido de las personas que vienen a pedir de favor. Los derechos no se los pide de rodillas, se los pide en pie de lucha, [...] tienen una formación muy grande y fuerte; cuando ellos han tomado la decisión, han bajado al Municipio de Pujilí, en varias ocasiones, [...] obligaron y exigieron la firma de un convenio para realizar algunas obras, aduciendo que han sido un pueblo olvidado, un sector donde no se ha hecho absolutamente nada. [...] son hacedores de conquistas por su permanente lucha, así como ha habido gente de parte de ellos, que han incursionado en la política (Ochoa, 2011)

1.3.- Orígenes del movimiento indígena, el proceso de “comunalización”.

‘La comunidad es la unidad básica donde se desarrollan y reproducen todas las prácticas culturales, que caracterizan a un pueblo y/o nacionalidad.’ (Vásquez & Saltos, 2007)

Es en el año de 1937, que se promulga la Ley de Organización y Régimen de Comunas. Se reconoce la tradicional asociación de los sectores campesinos de los indígenas de los Andes; responde a un modelo social de sociedad comunal; la comuna corresponde al *ayllu* andino. Todas las poblaciones indígenas, que no se encontraban sujetas a la estructura de explotación y dominación de la hacienda, eran consideradas y denominadas comunidades libres. (Sánchez-Parga, 2007)

Esta Ley de Comunas, reconoce jurídicamente el tradicional modelo de los pueblos indígenas.

Es desde la comunidad, que los grupos étnicos o sociedades indígenas andinas pueden ser comprendidos y explicados en todas sus características socio-económicas, políticas y culturales; sólo su forma de comunas, permite la

interpretación más coherente de los distintos aspectos de las sociedades andinas, siendo ésta la razón por la cual la comuna andina, aparece como la matriz y el perímetro de producción de la cultura indígena.

La comuna en cuanto unidad político-administrativa, territorial y poblacionalmente delimitada, encubre una realidad sociológica y cultural. Las relaciones de parentesco entre familias de los mismos ayllus, en varias o múltiples comunas diferentes, y las relaciones entre múltiples ayllus diferentes en una misma comuna, se combinan entre sí. Ejemplo: el ayllu Toapanta convive con los otros ayllus Chugchilán, Guanotuña, Iza, entre otros. En una misma comunidad, otras familias de los mismos ayllus, pero también de otros, comparten otras comunidades diferentes en número muy variable. Esto hace que las dinámicas entre comunidades tenga soporte y se encuentre atravesada tanto por las relaciones entre familias de cada ayllu, como por las relaciones entre los mismos ayllus (...). (Sánchez-Parga, 2007)

Las bases comunales en su accionar colectivo, tratan sobre la problemática campesina de las poblaciones indígenas de la Sierra, identificándoles por la personalidad colectiva de sus miembros. La comunidad establece sus propias relaciones socio-familiares, ampliando las relaciones económicas y políticas, también la organización de poder, autoridad y prestigio.

Las comunidades indígenas, representadas por sus autoridades indígenas, han incursionado como es notorio en la política nacional, creando movimientos sociales, basados según ellos en su identidad, provenientes de procesos históricos y teniendo ideas contrarias ante la sociedad. Alain Touraine, identifica 'tres principios básicos que deben coincidir para ser denominados como grupo social: a) el principio de identidad; b) el principio de oposición, y c) un proyecto histórico' (Villavicencio Loor, 2007)

Mientras que hace más de dos décadas, el voto en las elecciones políticas nacionales era muy comunal y colectivo, o por agrupaciones de acuerdo a cada comunidad o zonas comunales, actualmente el indígena vota más individualmente y de acuerdo a preferencias particulares.

El reconocimiento de la propiedad de las tierras de las comunidades, para el indígena era un criterio de identificación, de ahí que la reivindicación de la tierra, se encontrara asociada a una ideología e interpretación comunal.

Las concepciones en torno a las tierras de las comunidades indígenas, comportan la representación de territorialidad. Por lo tanto, la valoración de la tierra permite a los indígenas tener autonomía y autodeterminación socio-económico y política; se rigen por sus propias autoridades-Cabildos, Tenencias políticas, Juntas parroquiales, todos reconocidos por el Estado.

“El territorio se construye a lo largo de la historia y sobre la base de las formas de asentamiento de una población, formas de producción y relaciones con el medio, una organización y manejo de recursos, un complejo sistema de relaciones sociales, económicas, políticas y culturales. Pero el territorio no es una reserva de indios ni un lugar de refugio, sino un perímetro de ciertas autonomías en donde pueden interactuar y participar en el territorio”. (Sánchez-Parga, 2007)

La población indígena en el Ecuador tiene gran presencia social y política, ubicándose principalmente en el sector Sierra. El movimiento indígena ha planteado un proyecto político destinado a su reconocimiento como nacionalidades y pueblos, y la demanda de la creación de un Ecuador pluricultural y una sociedad intercultural.

El Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador CODENPE, define a las nacionalidades como “el conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos del estado ecuatoriano, que se autodefinen como tales, tienen una común identidad histórica, idioma, cultura. Viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de la propia autoridad”. (Vásquez & Saltos, 2007)

La nacionalidad constituye una unidad histórica de lengua, cultura y formas propias de ejercicio social, lo que implica que en un Estado como el Ecuador, pueda existir una diversidad de nacionalidades. Por pueblos indígenas se entiende a las “colectividades originarias conformadas por comunidades o centros con identidades culturales, que les distinguen de otros sectores de la

sociedad ecuatoriana, regidos por sistemas propios de organización social, económica, política y legal". (Vásquez & Saltos, 2007)

La Comunidad La Cocha pertenece a la nacionalidad *kichwa*. Los *kichwas* son el resultado de un proceso de conquista de varios pueblos, con diferentes características culturales; está constituida por pueblos y su idioma es el *kichwa*.

A ésta nacionalidad se le encuentra en toda la región interandina y en Cotopaxi se encuentran los pueblos: Panzaleos, los indígenas de Zumbahua, Guante, Guayama, Moreta. También se encuentran las comunidades como Pujilí, Saquisilí, Mulaló, las mismas que han sufrido mestizajes fuertes. (Vásquez & Saltos, 2007)

CAPÍTULO II

JUSTICIA INDÍGENA, JUSTICIA O CASTIGO

La Justicia Indígena, establecida en el artículo 171 de la Constitución del Ecuador, concebida ésta como una jurisdicción, contiene ciertos rasgos contradictorios a la Jurisdicción ordinaria, y si a este sistema ordinario se cataloga en sus preceptos normativos, que no se los pueden considerar como justos, pues como lo dijo Aristóteles, justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, será una gran interrogante determinar si la Justicia Indígena es justa o no.

El error en que se ha incurrido, es creer que las costumbres autóctonas, siempre y por principio, son 'justas'. Paradójicamente, lo que se ha podido ver es que hay costumbres terriblemente injustas. Cabe entonces preguntar, ¿se debe valorar a la costumbre desde el punto de vista de la justicia? Claro que sí. Así como a la Ley escrita se valora desde la perspectiva de lo justo o injusto, a la costumbre también se la debe someter a esa prueba de civilización, porque hay costumbre injustas y hay malas costumbres que no deben convertirse jamás en vínculos jurídicos de carácter coactivo, con grave perjuicio para los ciudadanos. (Corral, 2009)

En este tema, la norma constitucional según la cual la costumbre indígena no puede vulnerar derechos constitucionales, es equivocada, insuficiente e ineficaz, porque no se trata solamente de asegurar la "constitucionalidad" de las costumbres, sino, lo que es más importante, su justicia. Además, la increíble prohibición de apelar o cuestionar los fallos indígenas, como establece el Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el artículo 344 literal c), impide la interposición de todo recurso, impugnación o medio para preservar la justicia de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas. Está asegurada pues la "eficacia" de la costumbre, incluso, de la inventada y de la injusta. El presupuesto de la bondad esencial de la costumbre, es notoriamente falso.

2.1.- Conflictos e infracciones.

2.1.1.- Conflictos.

La noción de conflicto es clave y eje central del pensamiento de la Psicología Social. El conflicto es inherente a la interacción humana, existe la diferencia de intereses u opiniones entre una o más partes sobre determinada situación o tema. El conflicto ocurre cuando individuos o grupos no obtienen lo que necesitan o quieren, buscando su interés propio.

Augusto Barrera describe:

(...) a una sociedad en movimiento, en conflicto, inmersa en un intenso proceso de redefinición de sus propios presupuestos como consecuencia justamente de la acción desplegada por los indígenas. Los noventa aparecen en toda su singularidad histórica: un período en el cual la interacción política, simbólica y social entre los grupos blanco-mestizos y los indígenas sufre un cambio abismal, casi telúrico diríamos, en sus relaciones históricas de fuerza. (Barrera, 2001)

Los espacios en que nacen los conflictos, ocurren en la comunidad indígena, y varían según su vivencia a un grado de afectación a las personas involucradas en éste, es decir que son inconvenientes de carácter civil, problemas tales como de linderos, familiares, contractuales, etc., que transforman el entorno armónico entre comuneros, pero que no lo sobrepasan como tal, hasta convertirse en afectación social o comunal.

El conflicto como tal, es recogido por el Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 7 y 247, sobre el principio aplicable a la justicia de paz, la misma que resuelve con competencia exclusiva y obligatoria los conflictos individuales, comunitarios, vecinales o contravenciones que sean sometidos a su conocimiento. Y otros jueces competentes son los jueces de lo civil, por lo que determina el artículo 10 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, que son los competentes para conocer y resolver los juicios o controversias entre comunidades, o entre una comunidad y personas extrañas

a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc. (Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas).

Los conflictos son también conocidos y resueltos por su naturaleza, en el arbitraje y la mediación, considerados éstos por la Ley de Arbitraje y Mediación, como métodos alternativos de solución de conflictos, al cual las partes pueden someterse de mutuo acuerdo, conforme el artículo 1 del mismo cuerpo legal. (Ley de Arbitraje y Mediación)

Esto tiene relación, por lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que reconoce la mediación comunitaria como mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Estas las podrán ejercer las comunidades indígenas, de conformidad con las normas del mismo cuerpo de Ley. Estos acuerdos que se logren, que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario, tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esa misma Ley.

2.1.2.- Infracciones.

El artículo 10 del Código Penal, nos da la definición de infracción y determina que son los actos imputables sancionados por las leyes penales, es decir, las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena. 'Las infracciones son toda aquella transgresión o quebrantamiento de alguna ley, pacto o tratado'. (Ossorio, 2007) Toda persona es responsable de las infracciones que cometa, y por tanto, en las penas respectivamente señaladas o en la obligación de resarcir los daños y perjuicios así ocasionados. En relación al artículo 14 del Código Penal, la infracción es dolosa cuando hay el designio de causar daño, y es culposa, cuando el acontecimiento se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.

Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. Los delitos están establecidos en el Libro Segundo del Código Penal y las contravenciones en el Libro Tercero del mismo cuerpo normativo legal.

“Existen tratadistas de Derecho Penal, que aceptan la existencia de diferencias marcadas entre, *delito y contravención o infracción*, entre ellos César Béccharia y Carmignani, representantes de la *escuela toscana*. (Barros, 1959) Es más propio hablar de "trasgresión" que de "contravención", porque la primera indica una relación de mayor especialidad que la segunda, dice Vera Barros. Resulta indudable que la diferencia que media entre delito y contravención no es de grado, sino que obedece a la diferente sustancia que conforma la esencia de una y otra infracción. El delito es una creación política; protege la actividad de la administración destinada a la realización práctica de aquellos derechos. El delito es una acción u omisión contraria al derecho natural o a la ley eterna de la moral; la trasgresión es una conducta prohibida u ordenada por razones de conveniencia o de utilidad pública. (Barros, 1959)

Con el delito se violan las reglas que protegen la seguridad de los ciudadanos. Es un ataque que alarma a la colectividad. “Con la trasgresión sólo se atacan las reglas atinentes a la prosperidad”. (Barros, 1959)

Siendo el delito un ataque al derecho ajeno, requiere la producción de un daño y la intención de dañar (hechos moralmente reprochables).

La trasgresión importa un peligro posible, simplemente temido, aunque el mal no se haya producido ni haya sido inminente. La represión de los delitos deriva de la función penal del Estado (derecho de punir); la de las transgresiones pertenece a la función de buen gobierno. (Barros, 1959)

2.1.3.- Diferencia entre conflictos e infracciones.

Los conflictos indígenas, considerados como un sistema milenario en el quehacer legal de los pueblos indios como consuetudinario y este sistema legal indígena, se adapta a los diferentes lugares y tiempos de acuerdo a los modos de vida de cada pueblo.

Los conflictos se diferencian de las infracciones, porque las infracciones constituyen los delitos y contravenciones, producto de las violaciones de normas, deberes formales, normas legales, violaciones a los reglamentos o normas de obligatoriedad general; mientras que los conflictos se sustancian en

el derecho ordinario, buscando acuerdos entre las partes, privilegiando la situación de los miembros de la comunidad con consideración personal, no sujeto a que sus decisiones puedan ser revisadas por otra autoridad de fuera de la comunidad. Este destino para la solución de conflictos internos, ha generado ciertos inconvenientes en su aplicación entre comunidades indígenas y no indígenas que se someten a la justicia indígena en forma voluntaria.

2.2.- Jurisdicción, competencia y recursos en el ámbito de la justicia indígena.

2.2.1.- Jurisdicción.

La Jurisdicción, entendida ésta como la facultad de administrar justicia, constituye un poder, poder que desde el monismo jurídico “*pertenece al Estado de manera privativa, que no se puede delegar*”. (Yrigoyen Fajardo, 2003) De conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes y, en razón a lo determinado por el principio de unidad jurisdiccional, señala que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado, podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución, tal como lo contiene el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Desde la perspectiva teórica del pluralismo jurídico, este poder ¿está limitado al Estado y por tanto es indelegable? Pues no, la Constitución concede a los pueblos indígenas el poder de administrar justicia, y ese poder se concentra por medio de sus autoridades. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

El art. 5 del Código de Procedimiento Civil, determina que “la jurisdicción se ejerce por los tribunales que integran la Función Judicial. También la ejercen (...) las autoridades de los pueblos indígenas. A esas autoridades no las elige ni capacita el Estado, sino el pueblo indígena en ejercicio de la autonomía

comunitaria. Su designación y nombramiento la inscriben en el Ministerio de Agricultura. A su vez las autoridades de los pueblos indígenas, cuando administren justicia, aplicarán normas y procedimientos propios; estos son elaborados por el mismo pueblo indígena siguiendo sus normas internas, estableciendo así como fuente principal de su derecho, la costumbre.

La referencia a las autoridades de los pueblos o comunidades indígenas, alude a los individuos o colectivos (asambleas, cuerpos colegiados) que según los sistemas indígenas tienen potestad para gobernar, resolver conflictos o regular la vida social. Ello incluye la potestad de los pueblos y las comunidades indígenas, a tener su propio sistema institucional para el autogobierno, la organización del orden social y la resolución de conflictos, lo que llamaríamos la justicia o función jurisdiccional. Las prácticas estatales que implican el nombramiento o la imposición de determinadas personas, indígenas o no, para que sean autoridades de pueblos o comunidades indígenas, son incompatibles con el derecho mencionado. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

Existen autoridades indígenas destinadas a la administración de justicia, las mismas que son escogidas por los miembros de la misma comunidad, la que le otorga el papel de autoridad y ejercicio de aplicación de justicia, todo ello de conformidad a su derecho consuetudinario, usos, valores y costumbres. El artículo 8 de la Ley de Comunas, señala que el órgano oficial y representativo de la comuna es el cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario, por lo tanto, este cabildo en cada comuna, constituye la autoridad indígena.

La teoría clásica establece como elementos de la jurisdicción: la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada autoridad, que presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, “hacer notificaciones (*notio*), la facultad de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento (*iudicium*) y la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas sus decisiones (*imperium*)”. (Llasag, 2003)

Se determina entonces un principio esencial, en el que los jueces tienen facultad para conocer de ciertos asuntos en atención a la naturaleza de estos, lo cual determina su competencia. La jurisdicción llega a ser, la potestad que

tienen los jueces de administrar justicia. “El juez tiene el poder de juzgar, pero está limitado en razón de su competencia”. (Cabanellas)

La jurisdicción en materia penal, se determina en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, señala dentro de la Jurisdicción que: “sólo las juezas y jueces de garantías penales y Tribunales de Garantías Penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal”. Esto en concordancia con el artículo 76 numeral 7, literal k) de la Constitución del Ecuador y con el artículo 7 inciso primero y artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 17 los órganos de la Jurisdicción Penal, en los casos y formas que las leyes determinan. Estos son:

- 1) Las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia;
- 2) El Presidente de la Corte Nacional de Justicia;
- 3) Las Salas que integran las Cortes Provinciales de Justicia;
- 4) Los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia;
- 5) Los tribunales de garantías penales;
- 6) Los jueces de garantías penales;
- 7) Los jueces de contravenciones; y,
- 8) Los demás jueces y tribunales establecidos por leyes especiales. (Código de Procedimiento Penal)

En el mismo cuerpo de orden legal, se establece el ámbito para las personas sujetas a la jurisdicción penal en el Ecuador, estos son los ecuatorianos y extranjeros que cometan una infracción en el territorio de la República, (...) los ecuatorianos o extranjeros que cometan delitos contra el Derecho Internacional o previstos en Convenios o Tratados Internacionales vigentes, siempre que no hayan sido juzgados en otro Estado, (...) los nacionales o extranjeros que se hallen comprendidos en alguno de los demás casos señalados en el Código Penal.

La Constitución del Ecuador, reconoce a la jurisdicción indígena en el artículo 171, en concordancia con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en sus artículos 8, 9, 11 y 12. Esta “justicia” va a estar sujeta a control constitucional.

Esta administración de justicia se la realiza, en base de la aplicación de normas y procedimientos para la solución de conflictos internos, que incluso se lo efectúa en el plano del derecho penal, caracterizado por ser accesible, inmediato, con bajos costos, buscando acuerdos entre las partes, privilegiando la situación de los miembros de la comunidad, consideración personal, no sujeto a que sus decisiones puedan ser revisadas por otra autoridad fuera de la comunidad. (Singaña, 2006)

La Jurisdicción Indígena, es el resultado de una “lucha” por parte de los dirigentes indígenas, desde sus respectivas comunidades o fuera de ellas, al incurrir en la vida política. Es tanto el alcance que han logrado, que su roce político los ha llevado a establecer dentro del ordenamiento jurídico, un espacio dentro de los preceptos constitucionales, otorgándoles el Estado una jurisdicción especial. Esto se vuelve más en un compromiso social, que tuvieron ellos (los dirigentes indígenas) con nuestros representantes políticos (constituyentes). Indicando que la República del Ecuador es una democracia representativa, son los asambleístas constituyentes, revestidos del poder ciudadano, quienes acuerdan tendencias e ideas “apropiadas” para nuestro orden constitucional, pero esto se transforma más en un dualismo democrático y un precompromiso que realizaron los asambleístas de Montecristi.

Es racional que una comunidad (política), en los momentos en que reflexiona colectivamente con mayor seriedad y altura de miras, decida incapacitarse para tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos brillantes y que, a la larga, lamentaría haber tomado. En suma, ver la vida política de una comunidad como una sucesión de decisiones de calidades diferentes, nos proporcionaría una razón para sostener que las de calidad superior (constituyentes), sí pueden trazar límites no removibles por decisiones posteriores de calidad inferior (de política ordinaria); y ese dualismo bastaría –se supone- para reconciliar la primacía constitucional con el ideal democrático. (Bayón, 2003)

La Justicia Indígena está sujeta a control constitucional, y como se va a ver en este trabajo investigativo, la Corte Constitucionales el máximo órgano encargado en determinar el alcance que tiene la Justicia Indígena en el Ecuador, esperando que los miembros de la Corte Constitucional, actúen

lúcidos al momento de establecer sus dictámenes y no se comprometan a intereses políticos y sociales.

2.2.2.- Competencia.

Se tiene como norma general en materia civil, que la competencia se rige en principio por la voluntad de las partes, que puede concretarse de tres maneras: Primero por acuerdo previo, para la eventualidad de un conflicto judicial; Segundo, por convenio inmediato al planteamiento de un litigio, aunque poco probable por la hostilidad general existente; y tercera, por la tácita, al comparecer el demandado ante el juez en que se hayan iniciado las actuaciones del actor. Tal sumisión no puede ser caprichosa, ya que la ley exige que se trate de un “juez con jurisdicción ordinaria y en el grado o instancia y negocio pertinentes”.

La Competencia de Jurisdicción, es aquella contienda promovida entre dos jueces o tribunales, incluso autoridades no judiciales entre sí o con alguna del fuero ordinario, respecto al conocimiento y decisión de una causa, cuando ambos entienden que les incumbe, o si uno y otro consideran que es ajena a sus facultades, lo cual da origen a las dos especies de competencia negativa y competencia positiva. En la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece la posibilidad de determinar la dirimencia de competencias, la misma que la plantearán los jueces y tribunales o las partes interesadas en un proceso, como se lo verá en el tema de Control Constitucional de este trabajo investigativo.

Para que los jueces y tribunales tengan competencia, se requiere una condición genérica: la de que el conocimiento del asunto o de los actos en que intervengan, esté atribuida por la ley a la autoridad que ejerzan. Por ejemplo, que sea un juez de primera instancia si se trata de iniciar y substanciar un juicio ordinario de mayor cuantía. Además, otra condición específica o particular: la de que el conocimiento les corresponda con preferencia a los demás jueces o tribunales de su mismo grado. Así, a la Audiencia de una provincia le incumbe conocer de las apelaciones, de todos los pleitos que en primera instancia se hayan seguido en su jurisdicción provincial. (Cabanellas)

El Código de Procedimiento Penal, en el artículo 19 determina el principio de la legalidad, es decir que la competencia en materia penal nace de la ley y que la competencia en materia penal es improrrogable, excepto en los casos expresamente señalados en la ley. Si desde la teoría del monismo jurídico la jurisdicción, es el poder de administrar justicia privativa e intangible del Estado, la competencia es la capacidad que el Estado concede al órgano jurisdiccional para que, a su nombre, ejerza la función de administrar justicia. 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, conforme lo señala el artículo 1 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. El poder de administrar justicia es independiente, no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley, y esto en reciprocidad al artículo 3 del mismo cuerpo de Ley.

En un Estado multiétnico y pluricultural, tal concepción de la competencia, no permite el desarrollo de este nuevo modelo de Estado; por ello se tienen que realizar las siguientes interrogantes: ¿Quién concede la capacidad para ejercer la función de administrar justicia a las autoridades de los pueblos indígenas?; ¿Quién elige a las autoridades de los pueblos indígenas?; ¿Quién determina las normas y procedimientos para administrar justicia?

Las autoridades de los pueblos indígenas que administran justicia, son designadas por los mismos pueblos indígenas, siguiendo los procedimientos vigentes en cada uno de ellos, y que por cierto pueden diferir de un pueblo a otro, por su carácter de ser pueblos diferentes. Si las autoridades que administran justicia son designadas por cada uno de los pueblos indígenas, estos les conceden la facultad de administrar justicia, en ejercicio de su poder autonómico. Las normas y procedimientos que aplicarán las autoridades de los pueblos indígenas, facultadas para administrar justicia, los determinan cada uno de los pueblos indígenas en ejercicio de su facultad legislativa. (Illaquiche & Tibán, 2008)

Debemos entender la competencia en la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer la función de administrar justicia.

La teoría clásica del derecho, ha establecido reglas básicas que determinan la competencia de una autoridad, facultada para administrar justicia. Estas son: la materia, la persona y el territorio y esta clasificación se establecen razón de la Jurisdicción Indígena, en concordancia con el artículo 1 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

2.2.2.1.- Competencia material.

La jurisdicción especial indígena, tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena / comunidad) e incluso extraterritorialmente respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

Los sistemas jurídicos indígenas “con diferentes principios normativos y directrices para la acción concreta, no están siempre y necesariamente garantizados por la coacción mediante un cuerpo especializado. A veces son sancionados por el mero acuerdo, creencias y controles difusos, y transmitidos mediante la creencia en mitos. Igualmente, tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y separadas de otras esferas de la vida social, por ello tampoco existen jueces y operadores jurídicos especializados en la administración de justicia de los pueblos indígenas”. (Llasag, 2003)

La Jurisdicción Indígena, no diferencia las materias en este sentido, y como ya se lo trató anteriormente, no existe divergencia entre conflictos e infracciones.

Ni en la Constitución del Ecuador ni el Convenio 169 de la OIT, se limita el conocimiento de alguna materia al derecho y la Justicia Indígena. Jurídicamente pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 OIT, especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual es claro que la materia penal (si se pretendiera dividir por materias), es de conocimiento del derecho indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limitan las materias que pueda conocer el derecho indígena, a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígena están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar gravedad o cuantía. (Llasag, 2003)

Como lo considera Raquel Yrigoyen, esta jurisdicción especial tiene competencia para ver hechos que considera relevantes, para que –estén o no tipificados por el derecho oficial, sean considerados leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que la jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

2.2.2.2.- Competencia personal.

El artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, determina que toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la Ley. En relación con el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República del Ecuador, se establece que toda persona debe ser juzgada por una jueza o juez independiente, imparcial y competente; nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. "Los derechos indígenas están destinados a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, comunidades y miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural" (Llasag, 2003). En este sentido, debe tenerse en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas.

La competencia depende de su derecho propio, de asunto interno y como lo indica Raquel Yrigoyen, éste tiene dos fundamentos:

Uno, que podríamos calificar como cultural, es el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Otro, que podríamos calificar como político, es la protección de la potestad de un colectivo, para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el que garantiza su reproducción como colectivo y los derechos de sus miembros. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

Y añade, que al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales pueblos sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción

ordinaria, (Yrigoyen Fajardo, 2003) tal como lo ejercieron las autoridades y dirigentes indígenas en la comunidad La Cocha. Es una gran interrogante, determinar quiénes son indígenas y quienes no, a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador, establece el derecho de la autodeterminación de los pueblos, tal como ocurrió en el último censo de población y vivienda en noviembre de 2010. O es que también podemos hablar de justicia indígena urbana, como aquellos casos acontecidos en el centro de Quito. ¿Será que esas personas que infringieron tortura, son indígenas o simplemente invocaron a esta jurisdicción para hacer “justicia”? Haciendo caso omiso, a la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 5, que prohíbe la tortura y tratos crueles, así como también se hace a un lado a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

2.2.2.3.- Competencia territorial.

Ni la Constitución ni el Convenio 169 OIT, especifican nada sobre la competencia territorial de derecho indígena, aunque el instrumento internacional tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los pueblos indígenas. Sin embargo, la competencia para la regulación de la administración de la Justicia Indígena, es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas.

El Convenio 169 de la OIT, define al territorio como lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera, pero también se debería entender así a “los espacios tradicionales de las actividades económicas y culturales del pueblo indígena, como los mercados a donde concurren mayoritariamente los miembros de los pueblos indígenas”. (Llasag, 2003)

“El ámbito territorial, no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera” (Yrigoyen Fajardo, 2003). Esto es importante, porque en los diversos países no todos los pueblos o las comunidades tienen tierras tituladas o

perfectamente delimitadas; además, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra.

El derecho indígena y la jurisdicción especial, tienen competencia respecto de los hechos, casos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas. Pero la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional. Si terceros realizan hechos o actos en el hábitat indígena que no afecten en modo alguno los bienes o derechos indígenas, no tendría sentido que el derecho y la jurisdicción indígenas entraran a regir, pero en el caso de que tales terceros afecten o comprometan de algún modo bienes, derechos o intereses relevantes de los pueblos indígenas o sus miembros, tales pueblos tienen derecho de intervenir para proteger dichos derechos. (Yrigoyen Fajardo, 2003)

2.2.3.- Recursos.

Hablar de recurso como tal en la Jurisdicción Ordinaria, es establecer un mecanismo de interponer argumentos sólidos y verificables, por la disconformidad existente de una parte procesal, a una resolución emitida por la Función Judicial o Administrativa Estatal. Pero caracterizado como lo es la Justicia Indígena, esta se establece por su forma, caracterizada por ser de inmediata aplicación a una decisión tomada por parte de las autoridades indígenas, tal como se lo comprobará por los casos a tratar. Pero a pesar de ello, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ofrece otra vía para interponer aquella discrepancia por lo disipado en una asamblea indígena, que resuelve un “conflicto” ocasionado en la comunidad.

Se ha diferenciado la jurisdicción ordinaria de la justicia indígena y su ámbito respecto de la competencia para la misma “materia”. Partiendo de esta explicación podremos entender que, por lo determinado en la Constitución del Ecuador en el artículo 171; y en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 344, las decisiones de la Justicia Indígena estarán sujetas al control constitucional.

El Control de Constitucionalidad comprende en sí, un elemento de la democracia sustancial en el modelo garantista, que se traduce en que los órganos (Corte Constitucional), puedan analizar la

fundamentación política de las normas. Por lo que rompe la teoría clásica, y se podría afirmar entonces que cuando nos encontramos frente a un sistema jurídico que se ha constitucionalizado, se ha verificado en la práctica un cambio de paradigma, que consiste en el paso de un sistema jurídico legalista a uno constitucional. (Ávila Santamaría, 2008)

Es así como le corresponde a la Corte Constitucional, como el máximo órgano de control, la interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, conforme el artículo 429 de la Constitución. Entonces se puede entender que parte de dos máximas del derecho, la interpretación y la aplicación directa de las normas constitucionales.

La interpretación entendida como condición fundamental de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la aplica especialmente la Corte Constitucional, así como los órganos del Estado en general y los juristas. En este espacio jurídicamente vacío, toda conducta está por así decirlo, permitido; así como lo indica el numeral 7 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al señalar que existe la interpretación literal, es decir cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso que se quiera aplicar, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. Se entiende que la interpretación, o como lo llama Riccardo Guastini 'la sobreinterpretación, de la Constitución, presupone que la misma sea entendida como vinculante'. (Guastini, 2003)

Se entenderá el cumplimiento de métodos y reglas de interpretación constitucional que se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente, conforme lo determina el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional conocerá de las decisiones de la Justicia Indígena, mediante la Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la

Justicia Indígena, porque por lo que indica el artículo 94 de la Constitución del Ecuador, esta acción se interpondrá ante la Corte Constitucional cuando se hayan violado por acción u omisión, derechos fundamentales, en sentencias o autos definitivos. Y este mismo artículo indica que el RECURSO, procederá cuando se haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal; pero como la Justicia Indígena no contempla exactamente un trámite o proceso a seguir, las decisiones o resoluciones de los dirigentes indígenas que actúan en calidad de autoridades, las podrá conocer la Corte Constitucional, debido a que, como característica de principios procesales constitucionales según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 4 numeral 2, señala la aplicación directa de la Constitución, indicando que los derechos y garantías establecidas en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación. Y ésta entendida según Riccardo Guastini, como otra condición de constitucionalización en su ordenamiento jurídico, y presupone por un lado 'que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que la Constitución sea sometida a interpretación extensiva'. (Guastini, 2003)

Cabe aquí determinar si la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena es verdaderamente una acción o un recurso.

Los recursos son todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efecto de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial. (Ossorio, 2007)

El art. 320 del Código de Procedimiento Civil establece que los recursos son de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso. En el Código de Procedimiento Penal señala la facultad de impugnar todas aquellas sentencias, autos y resoluciones en los casos y formas establecidos expresamente en ese código. Indica además que 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, se entablan así los recursos de

hecho establecido en el artículo 321; el recurso de nulidad señalado en el artículo 330; recurso de apelación (artículo 343); y, recurso de casación conforme al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Acción es aquel remedio jurídico por el cual una persona pide a un tribunal la aplicación de ley a un caso determinado, se lo puede hacer sin distinción de jurisdicción, y puede ser iniciado por quien necesita ser amparado o por cualquier persona a su nombre. (Ossorio, 2007)

En la Constitución del Ecuador, existen garantías jurisdiccionales determinadas desde el artículo 86 hasta el 94, entre las que incluye, la Acción Extraordinaria de Protección, y según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 65, la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena es otra garantía jurisdiccional, con relación al artículo 65 numeral 7 del mismo cuerpo legal.

Se crea un conflicto, para identificar si verdaderamente es una acción o un recurso. Los recursos se interponen, es decir, se presenta la impugnación ante el mismo funcionario que dictó algún tipo de resolución para hacia el superior; mientras que, la acción se propone, en el caso ecuatoriano, a la Corte Constitucional por no haber previa resolución contradictoria, estableciendo el interés vertiginoso del restablecimiento del derecho conculcado que ha sido violentado. El constituyente de Montecristi, nunca identificó claramente esta diferenciación muy importante.

Pero quién o quiénes pueden presentar esta acción. El artículo 86 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, indica que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en el máximo cuerpo legal normativo. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 65 determina, que la persona que estuviese inconforme con la decisión de la autoridad indígena, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

El numeral 6 del cuerpo normativo ibídem, señala la legitimación activa, principio esencial para determinar efectivamente la persona que debe acudir a

reclamar sus derechos quebrantados. Es menester diferenciar un punto muy importante entre la legitimación *ad procesum* y la legitimación *ad causam*.

El que posee la legitimación *ad procesum*, es el representante de la acción, y lo puede plantear cualquier persona; mientras la legitimación *ad causam* lo tiene el titular del derecho, por lo tanto no se restringe, como lo pueden hacer los pueblos, nacionalidades y hasta las personas jurídicas, que obviamente no poseen las mismas facultades que personas naturales, pero que si tienen a su favor, ciertos derechos fundamentales que los amparan.

La Acción Extraordinaria de Protección contra Decisiones de la Justicia Indígena, respetará los principios y el procedimiento, establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; esta acción se la puede plantear de forma individual o grupal, verbalmente o por escrito, y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. La recepción de la petición se presentará en la oficina de documentación de la Secretaría General; el Secretario General dispondrá del término de seis días, contados a partir de la recepción para efectuar el ingreso del mismo, de conformidad con los artículos 5 y 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la corte Constitucional. Pasará a la Sala de Admisión y la causa será sorteada entre los integrantes de la Sala para establecer la jueza o juez ponente de los autos de admisibilidad; esta causa sorteada se remitirá al juez ponente, quien elaborará una ponencia de admisión y lo remitirá a Secretaria General, por lo señalado en el artículo 11 del mismo Reglamento. Existirá elementalmente su respectiva Calificación, que deberá comunicar la aceptación a trámite y las razones que justifican su decisión.

Conforme el artículo 66 numeral 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la notificación la dará a conocer el juez ponente de la corte designada mediante sorteo, y señalará día y hora para la audiencia, hará llamar a las autoridades indígenas que tomaron la decisión. Es un vacío de esta Ley así como de la Constitución, el no indicar específicamente que la Acción Extraordinaria de Protección se la plantea solo

de la decisión; o, cuando ya fue únicamente realizada la sanción por parte de la comunidad, hay que sostener, que una vez emitida esta decisión o fallo por parte de las autoridades indígenas, por característica del derecho propio indígena, se ejecuta inmediatamente su disposición.

Existirá una Audiencia, en la que las autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. De ser, necesario se escucharán a las personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia. El juez ponente, si así lo estima necesario, solicitará la opinión técnica de una persona experta en los temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especiales de esos temas. En este punto es muy probable que se retrasen más los procesos, por el simple hecho de presentar informes, pero a la vez es un punto necesario para despejar dudas.

El juez ponente presentará el proyecto de sentencia al Pleno, para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad. Esta sentencia, que versa sobre la constitucionalidad de las decisiones indígenas, deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, en relación a lo dispuesto por el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

2.3.- La justicia indígena en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece el ámbito de la jurisdicción indígena, en el Título VIII respecto de las Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria, el artículo 343 del mismo cuerpo legal, determina que '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'. Se establece en este punto, el parámetro específico de que la principal fuente para la justicia indígena es la costumbre, y esta como esencial al momento de instaurarse en la ley. Por ende las autoridades ejercerán sus funciones de "jueces" con discrecionalidad al momento de emitir sus resoluciones.

'Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales.' Así mismo será imposible, violar todas aquellas formas de tratos inhumanos que atenten o vulneren a la persona sujeta de derechos, y principalmente tratará de sobrepasarse respecto a lo determinado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente en los artículos 2 respecto de que todas las personas tienen todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración; así como en el artículo 5, que indica que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y el principal, que determina la igualdad de todos ante la ley, como lo señala el 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Todos estos principios basados en la libertad, la justicia y la paz considerados en el preámbulo de la Declaración. El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que 'no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.'

Se manifiesta también en el Código Orgánico de la Función Judicial, los principios de la Justicia Intercultural, entendida esta, según Francisco Colom González, como:

Aquel pluralismo jurídico, que reconoce el derecho indígena y se encuentra mucho más consolidado a nivel nacional e internacional que la autonomía jurídica de las minorías etno-religiosas, así como también mantiene sus propias costumbres jurídicas; y como un potencial de la hermenéutica cultural que no se trata de afirmar que todos los sistemas de normas sean naturalmente compatibles entre sí ni que cumplan exactamente las mismas funciones, sino

de advertir más bien que todos ellos deben dar respuestas a unos mínimos imperativos de regulación, particularmente en materias propias de la justicia distributiva y compensatoria. (...) una dialéctica intercultural inspirada en valores universalistas debe plantearse una jerarquía hermenéutica en las reglas de reconocimiento recíproco sino desea quedar atrapada en los dilemas del relativismo cultural. Esta práctica entraña el riesgo de lo que en antropología se conoce como una desnaturalización de la norma. (Colom Gonzáles, 2009)

Estos principios son de diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena, e interpretación intercultural, señalados en el artículo 344 del mismo cuerpo normativo legal.

Principio de Diversidad.- El literal a) del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, invoca al principio de la Diversidad, teniendo en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.

Principio de 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.

Principio *Non bis in ídem*.- 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. En relación con el derecho establecido en el artículo 76 numeral 7, literal k) de la Constitución del Ecuador.

Principio de 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.

Principio de interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, 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.

El Código Orgánico dice que solamente para 'comprender' las normas, procedimientos y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan indígenas, se dispondrá la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena (Art. 344, b). Queda, entonces, en pie la pregunta: ¿quién califica idóneamente la costumbre, si realmente lo es, si es vinculante para la comunidad, etc.?, ¿los antropólogos, los abogados, los dirigentes, que tendrían, entonces, un poder incontratable sobre la comunidad? (Corral, 2009)

CAPÍTULO III

LA COCHA

3.1.- Caso La Cocha año 2002.

En el año 2002, el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, **Dr. Carlos Poveda Moreno**, por “ausencia” del Juez Tercero de lo Penal de la misma jurisdicción, emitió auto de nulidad de todo lo actuado en el expediente signado con el número **630-2002**, por el delito de muerte a **MALY LATACUNGA**, hecho perpetrado por **NICOLÁS CUCHIPARTE CHIGUANO, JUAN MANUEL CUCHIPARTE UMAJINGA y JAIME CUCHIPARTE GUAMANGATE**.

El Juez fundamentó su auto de nulidad, principalmente motivado por lo establecido en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (R.O. 1 de 11 de agosto de 1998): **Art. 191.-** “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”.

Así también, el juez Poveda basó su fallo en disposiciones de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (R.O. N° 304, de 24 de abril de 1998), que tiene carácter de norma internacional. Este fue aprobado por el Congreso Nacional del Ecuador, el 14 de abril de 1998, y ratificado por el Presidente de la República del Ecuador, Dr. Fabián Alarcón, en mayo de 1998:

Art. 8.- N° 1: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario. N° 2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar

sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Art. 9.- N° 1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los *métodos*, a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los *delitos* cometidos por sus miembros”.

Se podría interpretar esta norma jurídica internacional, como una extensiva categorización de permisibilidad, para que las autoridades indígenas conozcan de los delitos y resuelvan, sea cual fuere su gravedad.

N° 2: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Art. 10.- N° 1: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. N° 2: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Art. 11.- “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados, de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”.

Art. 12.- “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos, puedan comprender y hacerse comprender en

procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

El juez Poveda en ese año, para dar su criterio con respecto al proceso de la muerte de un ser humano en una comunidad indígena en la República del Ecuador, se basa en la Disposición General Primera del Código de Procedimiento Penal (R.O. Suplemento 360; del 13 de enero del 2000), que dice: “En cuanto a los delitos cometidos dentro de una comunidad indígena, se estará a lo dispuesto en la ley especial que se dicte de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República del Ecuador”.

El juez Carlos Poveda Moreno, en vista de que debía cumplir con el principio de celeridad y de presentar motivadamente su “Auto” dentro de las veinte y cuatro horas, argumentó apoyándose en el artículo 163 de la Constitución Política de 1998, que señala: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”; es decir, el Convenio 169 de la OIT constituía Ley en el Ecuador, por lo cual, no existía a la fecha norma jurídica aplicable para la Justicia Indígena, ni ley secundaria que corresponda a casos o conflictos de una muerte cometida por indígenas dentro una comunidad indígena, por lo que el Magistrado emplea el art. 18 de la Ley Suprema del año 1998, que decía: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”. (...)” ***No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos***”.

La Constitución de esa época, como un caso extraordinario en cuanto a la Justicia Indígena, pasó de ser enunciativa a interpretativa y concuerda con el doctrinario Riccardo Guastini en “*La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*”, que lo veremos en el siguiente Capítulo de este Trabajo de Titulación, pues lo que hizo el juez Poveda, es enunciar que “la nulidad fue expedida por

la aplicación de un mandato constitucional en una forma organizativa denominada neoliberal, pero que sirvió para proteger derechos colectivos, desde la función del juez constitucional.’ (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010)

Por lo tanto, la resolución emitida por el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, Dr. Carlos Poveda, quien conoció por la ausencia del Juez Tercero de lo Penal de la misma Jurisdicción, fue apelada ante la Corte Superior de Justicia de Latacunga, la misma que nulitó el auto en el que se manifestaba, que no se podía juzgar dos veces, porque la justicia indígena había aplicado y juzgado de acuerdo al derecho consuetudinario y costumbres indígenas, imponiendo a los infractores castigos, tales como: infringirles latigazos, bañarles con agua helada, ortigarles públicamente, y conminarles a pagar y resarcir pecuniariamente a favor de los familiares de la occisa. Atentando a los Derechos Humanos, la decisión superior fue dictar auto de llamamiento a juicio, al creer que la actuación del juez Carlos Poveda Moreno, contrariaba el principio de unidad jurisdiccional, sin aplicación debida de las normas y que su basamento de nulidad de todo lo actuado dentro del proceso, constituía cosa juzgada, por cuanto la comunidad indígena ya había resuelto, aplicando la pena de castigo corporal y de resarcir los daños en forma pecuniaria a los infractores y que esto constituía una falsa interpretación, que no le estaba permitido por la ley, (artículo 4 del Código Penal), que prohíbe en materia penal la interpretación extensiva. “El Juez debe atenerse, estrictamente a la letra de la Ley”. Con este criterio activista por parte del juez Poveda, se procedió inmediatamente a que se reintegre a sus funciones el Juez Titular del Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, el mismo que dictó “Auto de llamamiento a juicio” a los indígenas, argumentando que en la resolución anterior no se había justificado el acta de juzgamiento de las autoridades de la comunidad indígena; además, ordenó la privación de la libertad de los presuntos actores de la muerte de Maly Latacunga, para que la Policía los aprehenda y los ponga a órdenes de esa Judicatura. (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010.

Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010)

Al Tribunal Constitucional de ese entonces, presidido por el Dr. Oswaldo Cevallos Bueno, llega el caso en materia de Jurisdicción Indígena, signado con el Nro. **0002-2003-CC**, donde los demandantes, esto es la Comunidad La Cocha con sus dirigentes, quienes solicitan “dirimencia de competencia”, en razón de que el Tribunal Constitucional está facultado a ejercer el Control Constitucional sobre los procesos y causas que lleguen a conocer dentro de la materia Constitucional y resolver según el caso.

El Tribunal Constitucional, dentro de la **Resolución Nro. 0002-2003-CC** del diecisiete de junio de dos mil tres, en lo concerniente a los Antecedentes, determina: “... que el señor José Cuchiparte Toaquiza, en su calidad de Presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas "La Cocha", y el señor Nelson Rodrigo Chiguano Umajinga, en su calidad de Presidente del Cabildo de "La Cocha", comparecen ante el Tribunal y manifiestan: (Caso La Cocha 2002, 2003)

‘Que, el domingo 21 de abril del 2002, en la comunidad indígena de "La Cocha", se suscitó un *conflicto interno* (...)’Se entiende por lo manifestado, que los dirigentes indígenas de la comunidad La Cocha, consideran al asesinato como *simple conflicto interno*. Obviamente, tal apreciación por parte de los dirigentes de dicha comunidad, no dan la dimensión de que la muerte de un ser humano, tiene características de un acontecimiento de interés público, que alarma a la sociedad y no en particular a un conglomerado humano, como es el caso de una comunidad.

Continúan sosteniendo los dirigentes de la Comuna La Cocha:

(...) que dicho conflicto debía ser resuelto dentro de la misma comunidad y en atención a lo dispuesto por el artículo 191 de la Constitución de la República. Realizaron un proceso de averiguaciones e investigaciones por el transcurso de quince días, luego del cual, el domingo 5 de mayo de 2002, se sancionó en

Asamblea General (ante unas cinco mil personas) a los ciudadanos **NICOLÁS CUCHIPARTE CHIGUANO, JUAN MANUEL CUCHIPARTE UMAJINGA y JAIME CUCHIPARTE GUAMANGATE**, de conformidad con el derecho consuetudinario indígena (...) (Caso La Cocha 2002, 2003)

El Pleno del Tribunal Constitucional, se refiere al derecho indígena, tal cual lo concibió la Constitución del Ecuador de 1998, en el sentido de que esta “solución” de conflictos no debe ser contraria a la Constitución y las leyes. Llama la atención, porque el uso del derecho indígena se constituye en superior, pudiendo creer que sólo este sector goza de dos ordenamientos jurídicos, contrarios a las normas constitucionales y legales.

El Tribunal Constitucional de esa época, considera:“(...) Que el hecho sancionado configura los elementos del artículo 191 de la Constitución de la República por tratarse de un conflicto interno, ya que el difunto y los supuestos victimarios son pertenecientes a la comunidad indígena de La Cocha”. (Caso La Cocha 2002, 2003). Esta misma normativa constitucional, no determina en ningún momento, la subjetividad jurídica por la que debería atravesar la solución del conflicto indígena. Señalan además:

(...) que por ser el Cabildo una autoridad indígena legítima y competente; por basarse las sanciones impuestas en el derecho consuetudinario indígena, las cuales buscan la restauración de la paz social afectada y, por no haber contradicción con la Constitución y las leyes, pues se observó el debido proceso, se impusieron las sanciones correspondientes. (Caso La Cocha 2002, 2003)

Acto este que en ningún momento sucedió cuando fueron juzgados y sancionados por parte de la comunidad, de manera especial, no se aplicó correctamente el debido proceso, ni una legítima defensa; ahí primó la justicia del tumulto, sin que los acusados puedan defenderse en forma debida, más aún, cuando no se les permitió presentar recurso de ninguna naturaleza; además, se juzgó imponiendo penas crueles, que atentan a los derechos humanos, como el castigo a latigazos, bañarse desnudos y ser ortigados de manera salvaje, por supuesto, con la complacencia de la comunidad y de los dirigentes. A la fecha de emitir la resolución por parte del Tribunal

Constitucional, se hizo una falsa interpretación de la Constitución y de las leyes, en razón de que el único organismo que podía interpretar en materia constitucional, era el Congreso Nacional de la República y la aplicación constitucional la realizaba el Tribunal Constitucional.

(...) Que, el Fiscal del Distrito de Cotopaxi, a pesar de conocer el juzgamiento realizado por las autoridades indígenas, inició una instrucción fiscal, con la correspondiente instauración y puesta en marcha del proceso penal en contra de Nicolás Cuchiparte Chiguano, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga y Jaime Cuchiparte Guamangate.

Que, los jueces de la justicia ordinaria, deben respetar los métodos y formas que los pueblos indígenas utilizan para sancionar los delitos cometidos por los miembros de las comunidades, y controlar su propia convivencia pacífica, de conformidad con las disposiciones de los artículos 1, 83, 84 numeral 1 y 191 de la Constitución de la República, el artículo 8 numerales 1 y 2, artículo 9 numerales 1 y 2, y artículo 10 numeral 2 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Que, los derechos humanos contenidos en la Constitución de la República, tienen carácter operativo, por cuanto no requieren de una ley ulterior para su aplicación, como lo dispone el artículo 18 de la Norma Suprema (...) (Caso La Cocha 2002, 2003)

Partiendo de esta misma normativa constitucional (1998), se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, pero visto desde un método exegético, está atentando a los derechos del hombre, por lo tanto, respecto al caso en mención, no cabe la aplicación del artículo 191 de la Constitución de la República del Ecuador del año 1998.

(...) Que, al no observar las disposiciones constitucionales que se citan, el Fiscal ha violado los derechos de los indígenas, pues quienes fueron sujetos a la justicia indígena en la comunidad de La Cocha ya fueron juzgados, y mal se pudo iniciar otra acción penal y peor haberla dado curso, puesto que la jurisdicción y competencia indígena, entran en conflicto con la justicia ordinaria estatal. (Caso La Cocha 2002, 2003)

Citando el artículo 24 numerales 11 y 16 de la Constitución de la República de 1998, que se refiere a los preceptos para garantizar el debido proceso, "(...)

ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente, ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto”; y, “(...) nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”.

El absurdo jurídico del Tribunal Constitucional, al interpretar en esa época sobre la Justicia Indígena y su aplicabilidad, dejó en indefensión, tanto a los hechores como a los familiares de la occisa, en razón de que, se juzgó por jueces de excepción, como es el veredicto que dio el tumulto de la comunidad La Cocha, para que sean juzgados por sus dirigentes y cumplida de forma incivilizada por parte de los sancionados.

La Resolución del Tribunal Constitucional, expresa, “que el Fiscal, el Juez Tercero de lo Penal y la Corte Superior de Cotopaxi, no han actuado de conformidad con los artículos 65 y 66 del Código de Procedimiento Penal’ (Caso La Cocha 2002, 2003), concernientes a las funciones del Fiscal, que intervendrá como parte del proceso penal de acción pública, de actuar con absoluta objetividad, y que los dictámenes deben ser claramente motivados mediante un análisis prolijo de los elementos de convicción y de los puntos de derecho.

(...) Que, los actos y acciones emprendidas por el Agente Fiscal, el Juez Tercero de lo Penal y la Corte Superior de Cotopaxi, afectan grave y directamente al interés comunitario, colectivo y a un derecho difuso del pueblo Kichwa de Cotopaxi. (Caso La Cocha 2002, 2003)

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional hace una invocación y demanda a los miembros jueces de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, que se señalen “(...) de manera clara y contundente la competencia, que tuvieron las autoridades indígenas para ejercer la administración de justicia indígena en el caso en (sic) mención [...]”. (Caso La Cocha 2002, 2003)

Los doctores Aníbal Patricio Santacruz Moya, Walter Hugo Navas Estrella y Carlos Hugo Páez Moscoso, ministros jueces de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, contestan el requerimiento y manifiestan:

Que, no ha existido ni existe conflicto de competencia o de atribuciones entre órganos o entidades que deba dirimir el Tribunal Constitucional.

Que, han actuado apegados estrictamente a derecho y dentro del marco de sus atribuciones legales.

Que, el inciso segundo del artículo 191 de la Constitución de la República dispone, que la Ley hará compatibles las funciones de las autoridades de los pueblos indígenas con las del sistema judicial nacional, y para hacer viable dicha norma constitucional se requiere de una ley. (Caso La Cocha 2002, 2003)

La Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, al contestar el requerimiento al Tribunal Constitucional, argumenta en derecho y mediante un análisis eminentemente jurídico, que no existe el conflicto de competencia, por cuanto es imperativa la aplicación de una norma legal entre la Justicia Indígena y la Ordinaria, mas no, una interpretación extensiva de la ley, que si bien lo expresan la Constitución de 1998 y los tratados internacionales, la falta de ley para aplicar en forma determinante un conflicto, es necesario e indispensable que esté escrita, razón suficiente para sostener que a esa época la aplicabilidad de la norma tenía que ser esencial, por cuanto en derecho los actos deben estar positivizados, no interpretados. A ese tiempo, no existía ley alguna que regule y determine en forma clara y de qué manera se podía ceder la competencia de las infracciones que se cometían dentro de las comunidades indígenas, lo que era contrario al ordenamiento jurídico estatal, por lo tanto, los Ministros de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, no podían de ninguna manera ceder la competencia a la Justicia Indígena, por falta de Ley.

El Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi, en lo principal, dice:

Que, “tanto el Fiscal como los imputados o el defensor de éstos, no demostraron que se incumplió el principio non bis in ídem y, por consiguiente, que se violaron los derechos de los Pueblos Indígenas “[...] peor aún los Art. 1, 16,18, 24 N. 16, 83, 84, 191 inciso cuarto, 272 de la Constitución Política del Ecuador, ni los Arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT y los Arts. 5, 65, 66, 80 del Código de Procedimiento Penal”.

Que, “de ninguna manera se halla indebidamente radicada la competencia en el Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi y se han cumplido con los presupuestos que la ley y la Constitución prevén, por lo que no cede la competencia legalmente radicada, “[...] tanto más que el hecho se ha producido en la provincia de Cotopaxi, así como nunca se demostró dentro de la Instrucción Fiscal o Audiencia Preliminar Art. 229 del Código de Procedimiento Penal, documentadamente la existencia de un juzgamiento, por el cual se haya sentenciado a los imputados que se hallan dentro de este proceso y en aplicación de la prerrogativa que concede el Art. 191 de la Carta Magna”.

Que, “si en verdad los preceptos ancestrales, sobre los que se basa la aplicación de la justicia indígena, no se halla plasmada en ningún cuerpo legal y se aplican conforme sus tradiciones, no es menos cierto que estos actos de justicia indígena deben y así se conoce, quedar en precedentes por escrito, y es precisamente esta base escrita en la cual se ha juzgado a los acusados, es que debía haberse presentado, que se conoce existe esta acta, hecho que no se verifica legalmente, por lo menos ante este Despacho” (...)(Caso La Cocha 2002, 2003)

El Juez Titular Tercero de lo Penal de Cotopaxi, determina que jamás se adjuntó en el proceso el “*acta de solución del conflicto interno*”, y que por lo tanto, considera que la falta de este documento es de trascendental importancia, por lo que debería constituir precedente. Llama la atención lo manifestado por el Juez en mención que, aceptando la existencia Constitucional de la Justicia Indígena, ésta se puede aplicar, y que en el caso precedente, no se lo ha hecho, por la falta del “*acta de solución del conflicto interno*”, y su argumentación, no permite tener una mayor objetividad sobre Jurisdicción y Competencia; en otros términos, no existe por parte del Juzgador un criterio jurídico para poder delimitar la competencia entre la Justicia Ordinaria y la Indígena.

El Tribunal Constitucional es su parte considerativa expresa:

Que, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con los artículos 276 numeral 6 de la Constitución de la República (año 1998), y los artículos 12 numeral 5, 29 y 62 de la Ley de Control Constitucional.

Que, los comparecientes, para solicitar dirimencia de competencia, invocan el artículo 191 inciso final de la Constitución de la República, el cual establece que "Las autoridades de los Pueblos Indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional;

Que, la Constitución de la República y el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional (Registro Oficial No. 492 de 11 de enero de 2002), establecen las reglas que deben observarse para los casos de dirimencia de conflictos de competencia. Así, el artículo 277 inciso tercero de la Constitución de la República determina que "La dirimencia prevista en el número 6 del mismo artículo, podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales. Por su parte el artículo 36 inciso primero del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional dispone que la dirimencia de conflictos de competencia, será solicitada por los personeros de las instituciones previstas en el Art. 277 inciso tercero de la Carta Política, quienes acreditarán su calidad con el nombramiento respectivo; y,

Que, en la especie, quienes solicitan que se dirima la competencia son los señores José Cuchiparte Toaquiza, en su calidad de Presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas "La Cocha", y Nelson Rodrigo Chiguano Umajinga, en su calidad de Presidente del Cabildo de "La Cocha", personeros que no se encuentran habilitados por la Constitución de la República para solicitar la presente dirimencia de competencia, porque carecen de legitimación, sin que esta circunstancia signifique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a conocimiento de este Tribunal. (Caso La Cocha 2002, 2003)

Por los considerandos expuestos, y en uso de sus facultades constitucionales y legales, el Tribunal Constitucional Resuelve:

1. "Inadmitir la demanda de dirimencia de competencia formulada por los señores José Cuchiparte Toaquiza, en su calidad de Presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas "La Cocha", y Nelson Rodrigo Chiguano Umajinga, en su calidad de Presidente del Cabildo de "La Cocha".

2. Publicar la resolución en el Registro Oficial”.

Firmado por el Dr. Oswaldo Cevallos Bueno, como Presidente del Tribunal Constitucional, resolución que fue aprobada por unanimidad de los nueve votos a favor correspondientes a los doctores Milton Burbano, Miguel Camba, René De la Torre, Enrique Herrería, Jaime Nogales, Luis Rojas, Mauro Terán, Simón Zavala y Oswaldo Cevallos, en la sesión del día martes diecisiete de junio del dos mil tres.

Actuó como Secretario General el Dr. Víctor Hugo López Vallejo. Cabe señalar que por Razón sentada por el mismo señor Secretario General, a los demandados no se les pudo notificar, porque no señalaron casillero constitucional para este caso.

Hasta el día de hoy, nadie ha sido capaz de detenerlos, aquellos victimarios se encuentran conviviendo en la Comunidad, han sido hasta dirigentes, cambiaron su religión y además cumplieron con la sanción impuesta. La causa penal ya prescribió, porque han transcurrido más de ocho años desde ese acontecimiento, quedando un sabor amargo para el sistema de justicia ordinario y un conflictivo caso al interior de la comunidad, resuelto. (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010)

Desde el año de 1998, año en el que se aprobó la Constitución, hasta la actualidad, fecha en la que se aprobó la Constitución de 2008, nadie ha podido regular la Justicia Indígena, dejando un vacío carente de legitimidad.

3.2.- Caso La Cocha año 2010.

En mayo del año 2010, ocurre otro delito perpetrado en la Comunidad La Cocha, que pertenece a la parroquia de Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, con la muerte de **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO**. Los imputados en este caso son: **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANT, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA, KLEVER CHALUISA UMAJINGA y SILVIO CANDELEJO**

QUISHPE. Expediente de Fiscalía de Cotopaxi N°: 10-05-25013, número de denunciante: PP of. N° 2010-2065-CP-13.

En el expediente señalado se encuentra (2010):

A fs. 12, dice que con fecha 10 de mayo de 2010, se da inicio a la indagación previa por parte de la Fiscalía de Asuntos Indígenas de Cotopaxi, que la conoce el **AB. VICENTE TIBÁN GUALA**, expediente N° 097-2010, por asesinato a **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO**. Procesado: **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE y otros**. El occiso había ingresado por emergencia a las 23H00 del 9 de mayo de 2010 al hospital de la parroquia Zumbahua, sin presentar signos de vida, siendo posteriormente trasladado hasta la morgue del hospital de Latacunga.

A fs. 22.- Se encuentra el Parte Policial, de fecha 9 de mayo de 2010, que señala la descripción externa donde encontró el cadáver de **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO**.

A fs. 28.- de 11 de mayo de 2010, se *detiene arbitrariamente* a **IVÁN BLADIMIRO CANDELEJO QUISHPE** de 18 años de edad, por parte de los comuneros de La Cocha. **CANDELEJO** había afirmado ante los dirigentes, que existían cuatro personas más involucradas en la muerte.

A fs. 41.- El Parte Policial, manifiesta que los comuneros de La Cocha retienen a **MANUEL ORLANDO QUISHPE** y **FLAVIO CANDELEJO QUISHPE** el día 12 de mayo de 2010, con la finalidad de que comparezcan el día domingo 16 de mayo de ese mismo año al Cabildo Ampliado de la Comuna La Cocha.

A fs. 46.-El día 13 de mayo de 2010, el presidente de la Junta Parroquial de Zumbahua, **ALFONSO TULPA**, *solicita al Comandante de la Policía de Cotopaxi, el resguardo de los detenidos* en la comunidad La Cocha. El pedido lo realiza sin potestad alguna.

En fs. 47.- Mediante Parte Policial, se da a conocer que el día 16 de mayo de 2010, *se instaló la Asamblea Comunal* para el juzgamiento de los detenidos en la comunidad La Cocha. Resolvió que a **FLAVIO CANDELEJO QUISHPE**,

IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA se les realice el castigo indígena (emplear la justicia indígena), aplicándoles un baño de agua helada, ortiga y látigo. Al señor **SILVIO CANDELEJO QUISHPE** lo absolvieron por no encontrarlo culpable, así lo indicaron los dirigentes indígenas; y, a **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE** al siguiente día, esto es, el 17 de mayo de 2010, *por ser el autor intelectual y pertenecer a una banda de roqueros.*

En este punto, se puede colegir que al emitir la sentencia por parte del tumulto (colectivo), existe discriminación.

Conforme al Parte Policial, textualmente se manifiesta a fs. 51, de 17 de mayo de 2010, *resolver dar la máxima pena de prisión, dictada por las comunidades de la parroquia de Zumbahua, pena que la cumplirá en la cárcel pública de Latacunga, respetando la vida del ciudadano.* En este punto se puede colegir que la resolución de las comunidades de la parroquia de Zumbahua, es contraria a lo que determina el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, que debe darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

A fs. 6.- de 25 de mayo de 2010, el Fiscal de Asuntos Indígenas **VICENTE TIBÁN GUALA**, *se excusa de conocer el caso*, argumentando que él es parte del **MOVIMIENTO INDIGENA DE COTOPAXI**; y, desplaza el caso al Fiscal Provincial, conforme lo determina el art. 67 lit. e) del Código de Procedimiento Penal, según la última reforma.

A fs. 1.-de fecha 23 de mayo de 2010, en el Parte Policial se manifiesta que, los agentes de policía que acudieron a la Clínica Santa Cecilia de la ciudad de Latacunga, lugar donde se encontraba **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE** (presunto autor), *después de haber sido sancionado salvajemente con la resolución de la Justicia Indígena, desde las 10H30 hasta las 16h00, del día y fecha señalados*, el agente de policía que eleva el Parte, determina que el señor Quishpe no tiene antecedentes delictivos conforme los datos revisados en los archivos de la Policía Judicial y el SIINPE. A las 17H30 del día 23 de

mayo de 2010, es entregado por los dirigentes de la comunidad La Cocha a sus familiares, este acto de entrega se produce en la Clínica Santa Cecilia de la ciudad de Latacunga, luego para su convalecencia y atención médica lo trasladan a la comunidad de Guantopolo, lugar de donde es oriundo y que también pertenece a la parroquia de Zumbahua.

A fs. 4.- Según el Parte Policial de 24 de mayo de 2010, es entrevistado **ORLANDO QUINDIGALLE** Jefe Político del Cantón Pujilí, manifiesta que: "(...) los dirigentes indígenas dieron por culminado el caso (...) la sanción ha sido la misma que a los otros involucrados (...)". Lo expresado por esta autoridad se refiere a que la sanción impuesta, no fue la de prisión, sino el de proceder con la latigueada, bañada con agua fría, cargada de costales con piedras, ortigada y que se resarza económicamente a los familiares de **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO**.

A fs. 8.- 26 de mayo del 2010, las 11h45, el Fiscal Octavo de la Provincia de Cotopaxi, Dr. Diego Xavier Mogro Muñoz, *abre la indagación previa*.

A fs. 83.- El Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi, previo la solicitud del Fiscal Octavo Provincial de Cotopaxi, *ordena la detención provisional* de **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE**, el 27 de mayo de 2010.

El viernes 27 de mayo en horas de la madrugada, se entregan a las autoridades de Policía y al Fiscal Octavo de la Provincia de Cotopaxi, los ciudadanos **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA, KLEVER CHALUISA UMAJINGA** y **SILVIO CANDELEJO QUISHPE** (supuestamente de manera voluntaria); y el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, en horas de la madrugada, como un hecho excepcional, *da inicio a la etapa de instrucción fiscal*, por el presunto delito de homicidio. Se expiden medidas cautelares de orden personal y los cinco involucrados son trasladados inmediatamente a la cárcel número 4 de la ciudad de Quito.

A fs. 86.- Versión libre y sin juramento de **IVÁN CANDELEJO QUISHPE**, rendida el 28 de mayo de 2010, a las 00H40. Da a conocer que los señores

VÍCTOR OLIVO, FAUSTO CUNUHAY y OSWALDO CUNUHAY comuneros de La Cocha, se acercaron a su casa, para preguntarle si le conocían al **MILLINGALLI**, fue en ese momento cuando lo detuvieron los tres comuneros antes mencionados, *(sin orden de autoridad competente fue la detención)* culpándole de la muerte de **MARCO OLIVO PALLO**. Y en la versión ampliada de **IVAN CANDELEJO QUISHPE** a fs. 212.- dice que escuchó de **OSWALDO CUNUHAY** *su torturador en el río*, que **FLAVIO CANDELEJO** sacó a **MARCO OLIVO PALLO** del baile en el parque central de Zumbahua, lugar donde se lo encontró muerto y colgado en las verjas del parque. Así mismo manifiesta que **MARCO OLIVO PALLO** se encontraba en la fiesta y que estaba acompañado de **ARMANDO GUANOTUÑA**. *Hay que recalcar, que la versión obtenida mediante tortura, debe considerarse como exclusión de la prueba por su ineficiencia*, en virtud de lo expresado en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución y artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.

A fs. 87.- Versión de **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE**, rendida el 28 de mayo de 2010, las 01H44, *manifiesta que le torturaron para que se declare culpable*. Indica además, que Víctor Olivo Pallo, familiar del difunto ha manifestado que le va a matar; por la tortura que él manifiesta, tuvo que decir, “todos participamos”, refiriéndose a la muerte, que estas torturas fueron infringidas por Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, José Ricardo Chaluisa Cuchiparte. En la versión ampliada a fs. 216, afirma que vio a Marco Olivo en la fiesta, y que nunca ha tenido problemas con el mencionado ciudadano.

A fs. 90.- Versión de **FLAVIO CANDELEJO QUISHPE**, rendida el día 28 de mayo, las 03H20. Manifiesta que pasó en la fiesta realizada en la parroquia de Zumbahua con sus familiares y amigos, y que una vez concluida la misma se retiró. Versión ampliada en fs. 217 que sostiene lo mismo.

A fs. 91.- Versión de **WILSON CHALUISA UMAJINGA**, rendida el día 28 de mayo, las 04H00. No hubo mayor novedad, debido a que él pasó en el transcurso de la fiesta con tranquilidad y luego se retiró. Versión ampliada en fs. 214. Expresa que, **MARCO OLIVO PALLO** se encontraba a 10 metros de donde ellos se hallaban y tomaban; señala además, las personas que son de la

comunidad de Guantopolo se regresaron en un bus que los pasó recogiendo por Zumbahua. Y se entera al siguiente día de la muerte de **MARCO OLIVO PALLO**, culpándoles al grupo en el que se encontraba, porque vestían ropa de color negro.

A fs. 93.- Versión de **KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, rendida el día 28 de mayo, las 04H11. Indica que pasó en el baile de Zumbahua con amigos y parientes, y alrededor de las ocho y veinte de la noche se fue con 11 personas más a la comunidad de Guantopolo donde vive. Versión ampliada en fs. 215, vio a **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO** en el baile junto con otras personas.

A fs. 98.- Oficio dirigido al Fiscal Provincial por parte del Jefe Provincial de la Policía Judicial. Da a conocer de lo actuado el día 27 de mayo de 2010, por medio de Parte Policial, y manifiesta que los policías fueron hacia la comunidad de Guantopolo, *lugar donde se habían encontrado con el Dr. José Serrano Salgado, Ministro de Justicia; Dr. Eduardo Sandoya, Subsecretario de Coordinación Interinstitucional del Ministerio de Justicia; y, personal de la DGI, quienes mantuvieron una reunión con los dirigentes de la comunidad.*

Los detenidos **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA, KLEVER CHALUISA UMAJINGA** y **SILVIO CANDELEJO QUISHPE**, *son trasladados en la madrugada del 28 de mayo de 2010 al Centro de Rehabilitación N° 4 de Quito.*

De fs. 100 a 104.- de 28 de mayo de 2010, las 05H30, *acta de la AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS*, en el delito contra la vida, se dicta orden de prisión preventiva para **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA** y **KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, los que son trasladados a la cárcel 4 de la ciudad de Quito en Cotocollao.

Instauración de la acción penal por el delito de plagio en contra de los dirigentes de la comuna La Cocha. A fs. 105.- El 31 de mayo de 2010, el Fiscal Séptimo de Cotopaxi, *abre la Indagación Previa por el delito de libertad*

individual en contra de los dirigentes de la comunidad indígena de La Cocha. (JAIME RODRIGO CUCHIPARTE TOAQUIZA, BLANCA YOLANDA MEJÍA UMAJINGA y JOSÉ RICARDO CHALUISA CUCHIPARTE).

Ellos son trasladados en un fuerte operativo policial, conforme el Parte Policial firmado por el agente de Policía Judicial de Cotopaxi Cbop. Dimas Paula de 4 de junio de 2010, según consta de fs. 471.

“(...) se los llevó a las instalaciones de la Comandancia General de Policía N° 13 de Cotopaxi, se recepta en ese cuartel las versiones”. Posteriormente en horas de la tarde del 4 de junio de 2010, son trasladados al Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, donde se apertura la instrucción Fiscal por el presunto delito de Plagio Agravado. Se expiden las medidas cautelares de orden personal y de acuerdo a lo que dispone el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, suspenden la tramitación de todo lo actuado y remite a la Corte Constitucional del Ecuador para conocer sobre la prevalencia de la Ley Suprema en cuanto se refiere al reconocimiento de la jurisdicción indígena. (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010)

La resolución del Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, aparentemente trata de normar un acto judicial, disponiendo que sea la Corte Constitucional la que conozca sobre la prevalencia de la Constitución, en lo referente a la Jurisdicción Indígena, pero no se da cuenta el Juez que, al expedir la resolución a que hace referencia, está creando una medida de orden cautelar personal de manera definitiva, en razón de que los detenidos tienen que estar con la orden de prisión preventiva mientras se resuelva el pedido de consulta. Les ponen en indefensión a los acusados, porque al suspender la tramitación de todo lo actuado, los imputados no tenían Juez quien resuelva sobre su libertad, hecho que a pocas horas fue “solucionado” por el Presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi, quien los puso en libertad, aduciendo que las Garantías Constitucionales de libertad, se encontraban vulneradas por la resolución del Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi. Por supuesto, lo manifestado por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, fue en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por los dirigentes de

la comuna La Cocha. Se indicará que esta resolución trajo cola, por cuanto el Presidente fue suspendido y sancionado; por esta razón y motivo: el Presidente de la República Rafael Correa Delgado pidió públicamente un día sábado, que le sancionen y le castiguen al Magistrado, por haber puesto en libertad a los indígenas.

A fs. 126.- Se concede el Recurso de Apelación interpuesto por **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA** y **KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, a quienes el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi les llama a juicio.

A fs. 140.- La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi, *declara inadmisibile el Recurso de Apelación dado por el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi*, por lo que pasan al Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, para que sean juzgados los ciudadanos **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA**, y **KLEVER CHALUISA UMAJINGA**.

De fs. 154 a 165.- Se encuentran las “Actas de Solución de Conflicto por muerte, suscitado en la Parroquia Zumbahua y Juzgado en la Comuna La Cocha”, de 16 de mayo de 2010, con las penas y castigos en contra de los implicados de la muerte del indígena **MARCO ANTONIO OLIVO PALLO**. Los dirigentes indígenas indican que, dentro de las averiguaciones determinan que **FLAVIO CANDELEJO e IVÁN CANDELEJO** afirmaron que **ORLANDO QUISHPE** fue quien mató a **MARCO OLIVO PALLO**, y el señor **ORLANDO QUISHPE** dice que no solo fue él, sino los otros jóvenes del grupo; *los dirigentes indígenas señalan que existe un video en el que claramente se observa como le matan a MARCO OLIVO PALLO*. En el Acta consta como los jóvenes están a las órdenes de la comunidad; el dirigente Indígena **PABLO UMAJINGA** dice: “*que si es de eliminar al autor podemos hacer, porque la asamblea decidirá y como líder de Guantopolo apoyo hacer la Justicia Indígena*”. Otros dirigentes de Cullca, como el Tesorero, el ex presidente de la

Junta de Agua de Quilapungo EDUARDO CUCHIPARTE PILAGUANO, dirigente de Iracunga apoyan manifestando: “(...) *al actor principal hay que eliminar (...)*”. El concejal del cantón Pujilí **MANUEL GUANOTUÑA** pide que: “(...) *se aplique la Justicia Indígena de la mejor manera y justa*”. En el punto 6 de las Resoluciones, acuerdan que a todos los jóvenes excepto a **MANUEL ORLANDO QUISHPE**, *se los castigue con el baño de agua helada, con ortiga por el tiempo de 30 minutos, cargando tierra y desnudos den la vuelta a la plaza central de la comunidad La Cocha, además recibirán un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la Asamblea.* Con fecha 23 de mayo de 2010, se reinstala la Asamblea General en la comuna La Cocha, en la que se puede leer, que “luego de las deliberaciones, debates de todo lo ocurrido, la Asamblea adopta lo siguiente: 1.- *“que el señor MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, dé una vuelta a la plaza pública desnudo, cargando un quintal de tierra, pidiendo perdón a los familiares y a la Asamblea, se le dé un baño con agua y ortiga por el lapso de 40 minutos, así como también tomando los palos en la presencia de toda la Asamblea, seguido de consejos por parte de los dirigentes.* 2.- *Es sentenciado a trabajos comunitarios por el tiempo de 5 años.* 3.- *Seguimiento y evaluación del trabajo comunitario, de lo que estarán encargados los dirigentes de las veinticuatro comunidades y dirigentes de Guantopolo.* 4.- *indemnización a la madre del difunto en la cantidad de 1,750 dólares.* El Acta se finaliza firmando por **RICARDO CHALUISA CUCHIPARTE, JOSÉ CUCHIPARTE TOAQUIZA y BLANCA YOLANDA MEJÍA** en sus calidades de dirigentes de la comuna La Cocha.

El acto de juzgamiento fue grotesco, perverso e inhumano; los medios de comunicación daban cuenta de como seres humanos yacían colgados en palos colocados para el momento, completamente desnudos. Impresionante fue ver a una persona cargando bultos llenos de piedra y tierra, ortigados y bañados en agua helada, acompañados por el jolgorio del tumulto, que apreciaba y compartía la barbaridad con la que se juzgaba de esa manera. Estas escenas cavernícolas impresionaron al Ecuador y al mundo, en las que se daba a

conocer que, a más de una justicia ordinaria existe la Justicia Indígena, salvaje e inentendible.

A fs. 508.- Se realiza una Audiencia *de cambio de medida cautelar* solicitada por la Defensoría del Pueblo a favor de **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA, KLEVER CHALUISA UMAJINGA** ante el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi, el 14 de julio de 2010, las 11H00. La defensora pública entrega documentación para justificar el arraigo social. Se niega el cambio de medida cautelar por parte del Juez.

A fs. 595.- El Fiscal solicita se determine fecha y hora para la audiencia de dictamen fiscal, en la Instrucción Fiscal número 10-05-25013, juicio número 2010-0460, que por muerte de MARCO ANTONIO OLIVO PALLO, se sigue en contra de **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA.**

Reseña procesal del delito de plagio que se sigue en contra de los dirigentes de la comuna La Cocha.

De lo acontecido el día 31 de mayo de 2010, por el presunto delito de plagio perpetrado supuestamente por **JOSÉ RICARDO CHALUISA CUCHIPARTE, JAIME RODRIGO CUCHIPARTE TOAQUIZA y, BLANCA YOLANDA MEJÍA UMAJINGA**, signado con el número de expediente fiscal 0143-2010-TPCX, se presentó el recurso de amparo de libertad *en sus modalidades, material y preventiva, ésta última anticipándonos en lo que iba a ocurrir* (Así como lo señala el Dr. Carlos Poveda Moreno, hoy abogado de los dirigentes de la comunidad La Cocha en fs. 473 del expediente, antes Juez del Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi, año 2002, cuando en base de un auto, dictaminó por otro delito de muerte suscitado en la misma comunidad; nulitó todo lo actuado, por cuanto consideraba cosa juzgada, un hecho que conoció y en el que juzgó a las autoridades de la comuna La Cocha, acogiéndose a la Justicia Indígena que señalaba la Constitución del año de 1998).

Por la noche y después de que el Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi ordenara el traslado de las autoridades indígenas a la cárcel de la ciudad de Latacunga, se evacuó la audiencia ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, quien decidió ordenar la inmediata libertad en virtud de la expresa contradicción del Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi, ya que si se suspende el procedimiento, ¿porqué privaba de la libertad?, lo que en la práctica causaba indefensión a los procesados. (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010), según consta el Acta de la Audiencia de Amparo de Libertad de fs. 491 a 497.

Caso de asesinato, en conocimiento del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi.

Signado con el número 0143-2010-TPCX; juicio seguido contra MANUEL ORLANDO QUISHPE, ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA. (Asesinato, 2010)

El 5 de agosto de 2010, el Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, *presenta la solicitud de Acción de Interpretación Constitucional*, actuando como legitimado activo según lo indica el art. 155 numeral 1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ante la Corte Constitucional, que tiene como objeto, establecer el alcance de normas constitucionales con respecto a la Justicia Indígena, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación, tal cual lo determina el art. 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Esta solicitud contiene ciertos puntos, que afirman se reconoce el pluralismo jurídico, desafiando la tradición de las instituciones configuradas desde la concepción del monismo jurídico, y aquella exigencia de que varios sistemas jurídicos coexistan de modo coordinado y cooperando entre sí. Esta interrelación debe ser vinculada por los principios universales de Derechos Humanos. Señala además que uno de los límites que debe encontrar el derecho propio, es la sanción por atentados contra bienes jurídicos

fundamentales. La solicitud nos muestra y pide a la Corte Constitucional una cuestión básica, *puesto que si bien todos los derechos gozan de igual legitimidad, existen unos que deben ser tutelados únicamente por el Estado.*

Afs. 252 el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, Dr. José Luis Segovia Dueñas, *comparece con la consulta a la Corte Constitucional* del Ecuador, al amparo de lo previsto en los arts. 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que trata esencialmente, que jueza o juez, *sólo si tiene duda razonable y motivada* de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días resolverá la constitucionalidad de la norma. Dentro de la petición de consulta, a fs. 264, el Juez añade la intervención del Dr. Raúl Illaquiche, en la que afirma que “(...) la investigación del caso de asesinato por parte de las autoridades indígenas tuvo, una duración de quince días”. Y que luego de ello, se desarrolló la audiencia, donde se resuelve en una asamblea con más de cinco mil compañeros para resolver, lo que él llama, “*un conflicto de muerte (...)*”. Señala el Juez Tercero de Garantías Penales a fs. 267.- que “en 1976, el Estatuto de las Comunas Campesinas permitía a los Cabildos conocer sobre conflictos de senderos o semovientes, y que el Convenio 169 de la OIT, permite ejercer jurisdicción inclusive en materia penal (...)”. Por lo tanto, la *Petición Concreta* del Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, *es la interpretación de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 171 de la Constitución del Ecuador.* Se designa como *Juez Ponente* en esta petición de consulta, a la Dra. Ruth Seni Pinoargote, y se sigue con el trámite de interpretación en la causa signada con el número **0036-10-CN**.

Dentro de la causa, los señores **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA** y **KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, manifiestan que

están en total acuerdo con la consulta planteada por el señor Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi y *se adhieren a dicha demanda*. Firmado por su abogado patrocinador el Dr. Bolívar Beltrán Gutiérrez.

En el trámite de petición de consulta, encontramos la intervención del Delegado del Procurador General del Estado, que tiene el cargo de Director Nacional de Patrocinio, Dr. Néstor Arboleda Terán, quien presenta observaciones respecto a la acción de consulta N° 0036-10-CN propuesta por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, en base a los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el 3 y 4 de su respectivo reglamento.

Dentro del proceso de asesinato, podemos encontrar la propuesta de acción extraordinaria de protección, a la que *comparece como legitimado activo*, el señor **VÍCTOR MANUEL OLIVO PALLO** (hermano del occiso Marco Antonio Olivo Pallo). Ingresa a la Corte Constitucional su petición el 8 de junio del 2010, signada con el caso N° 0731-10-EP, *en contra de la resolución del “Acta de Solución de Conflicto por muerte suscitado en la parroquia Zumbahua y juzgado en la Comuna La Cocha”* del 16 y del 23 de mayo del 2010, adoptada por la comunidad indígena de La Cocha, dentro del proceso por asesinato seguido en contra de MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA, mediante el cual se resolvió aplicar la Justicia Indígena a los involucrados, con excepción de MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, a que se los castigue con el baño de agua helada, con ortiga por el tiempo de 30 minutos, cargando tierra y desnudos den la vuelta a la plaza central de la comunidad La Cocha; además recibirán un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la Asamblea; y a **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE**, presunto autor principal, que dé una vuelta a la plaza pública desnudo cargando un quintal de tierra, pidiendo perdón a los familiares y a la Asamblea; se le dé un baño con agua y ortiga por el lapso de 40 minutos; así como también tomando los palos en la presencia de toda la Asamblea, seguido de consejos por parte de los

dirigentes. Es sentenciado a trabajos comunitarios por el tiempo de 5 años; se hará seguimiento y evaluación del trabajo comunitario, de lo que estarán encargados los dirigentes de las veinticuatro comunidades y dirigentes de Guantopolo; indemnización a la madre del difunto en la cantidad de 1,750 dólares. Además *solicita se revise la resolución de las autoridades indígenas y se determine si estas autoridades indígenas podían ejercer funciones jurisdiccionales, si la resolución se apega o no al mandato constitucional del artículo 171 y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Asimismo solicita saber si la sanción impuesta a los cinco involucrados, constituye o no violación a los derechos humanos; también pide determinar si las autoridades indígenas cometieron o no el delito de plagio; y, si los jóvenes que hasta la fecha se encontraban encarcelados, sufrieron doble enjuiciamiento bajo las órdenes de la justicia ordinaria.*

En la misma se adjunta la partida de defunción, el acta de solución de conflicto, la misma que ya se la resumió anteriormente, el nombramiento de las autoridades de la comunidad La Cocha otorgado por el Ministerio de Agricultura y tres fallos de la Corte Nacional de Justicia sobre Justicia Indígena, que a continuación se detalla.

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia emite la Sentencia 814-GG-2009, de 22 de abril de 2010, por el supuesto delito de usurpación. Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Álvarez interponen el recurso de revisión de la sentencia pronunciada el 22 de enero del 2009, por el Juez Tercero de Tránsito del Cañar, quien les declara a los nombrados querellados, autores responsables del delito tipificado y sancionado en el art. 580 del Código Penal. Por motivaciones y consideraciones realizadas a favor del derecho indígena, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acepta el recurso de revisión y corrige el error contenido en la sentencia condenatoria expedida por el Juez Tercero de Tránsito del Cañar, porque no aplicó el principio de non bis in ídem. Se ordena además que se la revoque y en su lugar se absuelva a Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Álvarez. Se ordena también que se llame severamente la atención al

Juez de Cañar por la falta de aplicación a las normas de carácter legal y constitucional. (Usurpación, 2010)

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, emite la sentencia 1311-SJ-2009, de 16 de diciembre de 2009 por el supuesto delito de usurpación. Humberto Males Males, interpone recurso de revisión de la sentencia pronunciada por el Juez Tercero de lo Penal de Imbabura, y lo declara responsable del delito tipificado y sancionado en el art. 580 numeral 1 y 2 del Código Penal. Con las debidas consideraciones y motivación de la Sala, ésta acepta el recurso de revisión, aduciendo que el Juez de Imbabura no ha aplicado las normas constitucionales del debido proceso, artículos 76 y 169, ésta se la revoca y se absuelve a Humberto Males Males, disponiendo la inmediata devolución del proceso al órgano inferior Judicial para los fines de ley y que se deje a salvo las acciones que el querellante (José Manuel Males Camuendo) pudiere tener dentro de la Jurisdicción Indígena. (Usurpación, 2009)

La Segunda Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, emite la Sentencia 509-GG-2009, de 8 de mayo de 2009, por el supuesto delito de injurias. Feliz Santos Gualán Gualillas, interpone recurso de casación, de la sentencia dictada por los Jueces Miembros de la Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Loja, el 24 de octubre del 2008, que lo considera autor del delito de injuria calumniosa previsto en el artículo 489 y reprimido por el art. 491 del Código Penal. La Sala de la Corte Nacional resuelve después de realizadas las consideraciones respectivas y determina que se vulneró el derecho del recurrente, en particular el de no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (refiriéndose a la Justicia Indígena) y acepta el recurso de casación y absuelve al querellado Feliz Santos Gualán Gualillas, disponiendo la inmediata devolución del proceso al Órgano Judicial Inferior para los fines de ley; y que se llame la atención a los miembros de la Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Loja, por la falta de aplicación de las normas de carácter legal y constitucional. Y que se deje a salvo las acciones que el querellante Juan

Manuel Gualán Sarango, pudiere tener dentro de la Jurisdicción Indígena. (Injurias, 2009)

En los tres casos anteriormente mencionados, se considera que fueron ejercidos en Jurisdicción Indígena, y sus respectivas resoluciones constituyen prueba para los recursos interpuestos (podría establecerse como precedente conforme a la analogía que lo determina el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial), así como el reconocimiento de la justicia ancestral o indígena consagrada en el Convenio 169 de la OIT. Consideran además los Jueces Nacionales que, *la Justicia Indígena es también un Método Alternativo de Solución de Conflictos*.

A fs. 399.- MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA, presentan un escrito de contestación a la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, presentada por VÍCTOR MANUEL OLIVO PALLO, en la que manifiestan que dicha acción es ilegal e infundada. Determinan que cualquier decisión de autoridad (Jurisdicción Indígena), debe mantener conformidad con lo que señala la Constitución en el artículo 171.

A fs. 402.- Se avoca conocimiento de la Acción Extraordinaria de Protección propuesta por Víctor Manuel Olivo Pallo, el Dr. Patricio Pazmiño Freire, como Juez Ponente, y ordena al accionante (Víctor Manuel Olivo Pallo, representado por su abogado Dr. Raúl Illaquiche), que aclare su demanda, estableciendo si su pretensión jurídica se encasilla en un control de constitucionalidad o en una acción extraordinaria de protección. Así mismo, los comparecientes MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA, deben aclarar su petición sobre la conformidad de la decisión de la autoridad indígena, al haber conocido y juzgado un conflicto en materia indígena.

A fs. 413.- Se presenta la debida aclaración por parte de Víctor Manuel Olivo Pallo, e insiste en la aplicación de medidas cautelares, para que se realice el control de constitucionalidad y revise la resolución de las autoridades indígenas.

A fs. 416.- *Avoca conocimiento la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por los doctores: Alfonso Luz Yunes, Patricio Herrera Betancourt y Manuel Viteri Olvera, este último como Juez Ponente, para el caso de Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo y admite a trámite la acción. En relación con la fs. 423. de fecha 30 de septiembre del 2010, en la que señalan audiencia pública para el día 13 de octubre de 2010, con el fin de que las partes y las autoridades que intervinieron en todo el proceso, (Autoridades Indígenas de la Comunidad La Cocha, señores Jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Fiscal Provincial de Cotopaxi, Presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi, Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi), realicen sus exposiciones en derecho.*

La audiencia pública de la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia indígena, presentada por VICTOR MANUEL OLIVO PALLO, por la muerte de su hermano Marco Antonio, en contra de las decisiones tomadas que conforman la Comunidad Indígena de La Cocha, de la nacionalidad y pueblo Kichwa de Cotopaxi, se realizó el día miércoles 14 de octubre del 2010, según razón sentada por el Actuario Abg. Tomás Jácome Benavides, que consta en fs. 469, y a fojas siguientes se adjunta la documentación necesaria de cada una de las autoridades mencionadas, dando a conocer, si su concurrencia a la audiencia debería ser ineludible o no. Se ha de hacer notar que a la referida diligencia, concurrieron a realizar sus exposiciones: el Dr. Raúl Illaquiche y el Dr. Carlos Poveda en representación del señor Víctor Manuel Olivo Pallo, el Dr. Alex Alajo en representación del Presidente y autoridades indígenas que conforman la Comunidad Indígena de La Cocha de la nacionalidad y pueblo Kichwa de Cotopaxi, quien además entregó documentos en 13 fojas útiles, y el Dr. Bolívar Beltrán en

representación de los señores MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE y otros (terceros interesados). Se puede notar de lo subrayado, que todos los profesionales del derecho anunciados, tienen una vinculación directa con el Movimiento Indígena de Cotopaxi, y son precursores de la Justicia Indígena, que como veremos más adelante, son los interesados directos en que prevalezca la Justicia Indígena en el Ecuador, aunque para ello, inclusive algunos de ellos han prevaricado en defensa de sus intereses.

A fs. 565, *se remite con el contenido de la causa número 0731-10-EP, de Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, al Secretario General de la Corte Constitucional Dr. Arturo Larrea Jijón, que contiene además el proyecto de sentencia en referencia a esta acción constitucional.*

Solicitud de audiencia de Procedibilidad de sustitución de la prisión preventiva, efectuada por MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA, *bajo el patrocinio de los abogados doctores Carlos Poveda Moreno y Raúl Illaquiche Licta.* A fs. 582 en fecha 27 de enero de 2011, en el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi se realizó la Audiencia de Procedibilidad de Sustitución de la Prisión Preventiva en contra de **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA.** En fecha viernes 28 de enero del 2011, se encuentra la resolución del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, que de conformidad a lo que determina el art. 171 del Código de Procedimiento Penal, señala que por tratarse de un delito contra la vida, no reúne los requisitos de la norma jurídica antes mencionada, *por lo tanto la petición no es procedente.*

El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, en el auto de fecha Latacunga, lunes 31 de enero de 2011, a las 15H53, *tiene duda de conocer el caso,* por tratar el tema de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria e Indígena, en relación al artículo 428 de la Constitución, por lo que creen menester e indispensable, realizar *se absuelva la consulta a la Corte Constitucional* sobre:

“¿es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si ya fueron juzgados por las autoridades de esta?”, a efectos de que se resuelva lo que estime pertinente respecto del artículo 171 de la Constitución del Ecuador, porque ninguna persona puede ser juzgada dos veces por un mismo delito. En la Corte Constitucional, la petición de consulta tiene el N° **0006-11-CN**.

La Corte Constitucional, en resolución de fecha 7 de febrero del 2011, *acumula las acciones incoadas ante ese Organismo Constitucional*, y en tal virtud, por cuanto las causas de consulta número 0006-11-CN, remitida por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, en el sentido de que analice si “*es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad indígena, si ya fueron juzgados por las autoridades de ésta*”, guarda relación al objeto y acción de la causa número 0036-10-CN que por consulta remitió el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi relativa a la aplicación de la Justicia Indígena, art. 171 de la Constitución y si procede acumular las causas.

En fecha Lunes 2 de mayo de 2011, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, *aduciendo que la Corte Constitucional no se ha pronunciado hasta esa fecha, de la petición de Consulta realizada en la causa de muerte, señala para el día lunes nueve de mayo del dos mil once, a fin de que tenga lugar la Audiencia de Juicio*, con el propósito de conocer y juzgar la conducta de los acusados **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, en el delito de asesinato a Marco Antonio Olivo Pallo.

A fs. 609.- el Fiscal de la Provincia de Cotopaxi, mediante escrito presentado al Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, indica que no es conveniente que se realice la audiencia de juicio, por cuanto la Corte Constitucional no se ha pronunciado respecto de la Consulta realizada a ese organismo, escrito del Fiscal, que el Tribunal de Garantías Penales *hace caso omiso y decide continuar con el proceso penal*, determinando día hora para la audiencia de juicio.

A fs. 617.- Con fecha 9 de mayo de 2011, se encuentra la razón sentada por el Secretario del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, que señala, que *no se llevó a efecto la Audiencia de Juicio*, porque no comparecieron a la misma los acusados **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA.**

De fs. 670 a 675., con fecha doce de mayo del dos mil once, se desprende el *acta de audiencia pública de revisión y sustitución de la prisión preventiva de MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA*, por el delito de asesinato.

El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, expide su resolución el día 28 de mayo de 2011, *a fin de evitar la caducidad de la prisión preventiva* y que por falta de pronunciamiento de la Corte Constitucional, considerando que la libertad es un derecho fundamental de todo ser humano, ponderando este derecho, resuelve revisar dicha medida cautelar, por la medida alternativa de presentación periódica ante el Fiscal de la Causa y la Secretaría del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, lugares en los cuales se sentará la razón respectiva, contando con la intervención del Teniente Político de Zumbahua, quien adicionalmente realizará una vigilancia cada setenta y dos horas a los domicilios de los acusados. Los acusados acudirán todos los días viernes a las nueve de la mañana, a cumplir con la medida alternativa. Se prohíbe la salida del país de los acusados y se advierte que su incumplimiento causará su inmediata detención. Los acusados no pueden acercarse por ningún concepto a los familiares del occiso. Se dispone su inmediata libertad del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Quito Número 4 y se procede a emitir las respectivas boletas de excarcelamiento.

Hasta la presente fecha y al cierre del trabajo de titulación, no se ha realizado la Audiencia en la Corte Constitucional del Ecuador, para dilucidar los alcances y limitaciones del sistema jurídico indígena, a pesar de que el Consejo de

Seguridad Nacional, en reunión de fecha 26 de mayo de 2010, lo catalogó (al caso La Cocha 2010), como un caso para la Seguridad Nacional.

La Constitución a través del artículo 171, reconoce como tal a la Justicia Indígena, en cuanto se refiere a la solución de los conflictos que existan internamente en las comunidades, y que, a la vez, sean las autoridades de dichas comunas las que impartan justicia, siempre y cuando se juzgue de acuerdo a las costumbres y derecho consuetudinario. Se está haciendo una falsa interpretación de lo manifestado, en el momento de aplicar el artículo 171 de la Constitución, en tanto en cuanto, se mal entiende que los conflictos acarrear acciones de carácter penal, por lo que, las autoridades indígenas pueden conocer delitos relacionados con la muerte, violación, estafa, robo, problemas intrafamiliares, de linderos, etc. El vacío jurídico es eminente; ningún estamento del Estado ha resuelto o solucionado la competencia entre la Jurisdicción Ordinaria e Indígena, tornándose en una actividad de carácter riesgoso para la Justicia y de cálculo político entre la dirigencia indígena y el Gobierno Nacional. El vacío es eminente, en cuanto se relaciona a la falta de una norma, para que pueda aplicarse en forma correcta la actividad de la Jurisdicción y la Competencia, en la que se encuentran los recursos correspondientes, por supuesto negados por la Justicia Indígena, por lo que la indefensión es permanente, la falta de garantías atenta a los Derechos Humanos, principalmente en cuestión de procedimientos, porque al interpretarla de acuerdo al criterio indígena, el juzgador se torna la comuna o el tumulto y el acto de la pena va de acuerdo a la simpatía o antipatía que se tenga con el penado. Se ha visto dentro del comportamiento del desarrollo de la Justicia Indígena llevada en la comuna La Cocha, que los criterios del tumulto van, desde pedir la pena de muerte, la cárcel, el destierro, latigues, bañarles con agua fría, ortigarles, hacerle cargar al infractor costales con arena y piedra y resarcir económicamente a los deudos. A lo mejor, de lo que se manifiesta y lo pueda leer un extraño a esta República, creará que la Justicia en su globalidad que se imparte en el Ecuador es de salvajes, o que los derechos para una clase social, se tornan en beneficiarles a la vez, con dos tipos de ordenamientos jurídicos.

En cuanto al procedimiento que se está ventilando dentro de la justicia ordinaria, con respecto a la muerte de MARCO ANTONIO OLIVO PALLO.

1.- No existe una sola evidencia y prueba tanto testimonial, material y documental, que incriminen a los señores **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA**, que sean los culpables de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo.

2.- La documentación adjunta al expediente, fue introducida por los dirigentes de la comunidad La Cocha, la misma que se refleja dentro del acta. La forma cruel e irracional como actuaron para decir que existe una confesión voluntaria, (atentaron los dirigentes indígenas a los preceptos constitucionales establecidos en los arts. 80, 81, 117,143, 144 del Código de Procedimiento Penal, artículos 76 núm. 4, 7 literal e), 77 numeral 8 de la Constitución, artículo 203 Código Penal). Se dice que existe un video grabado, pero éste no ha sido aparejado legalmente al expediente, ni se ha pedido que el Juez proceda de acuerdo con lo que establece el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, para el reconocimiento de las grabaciones, a fin que se le considere prueba.

3.- Las actuaciones de los dirigentes de la Comunidad La Cocha, frente a la justicia ordinaria, no surten efectos legales válidos, porque esas pruebas fueron practicadas a través de la fuerza y la intimidación (artículo 83 Código de Procedimiento Penal), por lo tanto no tienen mérito suficiente para la justicia ordinaria; lo razonable es que se fundamente en hechos reales y probados, que los indicios sean varios, concordantes entre sí, unívocos, directos (artículo 88 Código de Procedimiento Penal), para poder condenar a **MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, FLAVIO CANDELEJO QUISHPE, IVÁN CANDELEJO QUISHPE, WILSON CHALUISA UMAJINGA y KLEVER CHALUISA UMAJINGA**.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS COMPARATIVO CONSTITUCIONAL

El Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador elaborada en Montecristi, y aprobada en el Referéndum del domingo 28 de septiembre de 2008, dice:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos 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. (Constitución 2008).

Como enunciativo, se recoge basamentos de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en referencia al artículo 191, que enuncia sobre la existencia de la Justicia Indígena en el Ecuador; es decir, la gramática constitucional en los dos casos más sonados referente a Justicia Indígena, se encuentran en la comuna La Cocha, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, de la provincia de Cotopaxi, suscitados en los años 2002 y 2010, lo que nos permite tener basamento suficiente para poder hacer análisis constitucional de lo que significa la Justicia Indígena y sus repercusiones en su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico, principalmente cuando se refiere a la competencia entre los jueces ordinarios y los de las comunidades indígenas, y en especial, cuando no se ha clarificado todavía el alcance del término “conflicto”, porque, a decir de los seguidores de la Justicia Indígena, ellos creen que su peso tiene que ver también con infracciones que atentan al colectivo, como es: una muerte, una violación, un robo agravado, estupro, conflictos intrafamiliares, linderos, etc.

4.1.- Divergencia constitucional de los casos La Cocha años 2002 - 2010.

4.1.1.- Normas Constitucionales y concordancias, para los casos aplicados.

4.1.1.1.- Caso La Cocha 2002.

En el caso La Cocha 2002, sin duda alguna se aplicó, estando en vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, publicado en el Registro Oficial número 1, del 11 de agosto de 1998, en su artículo número 191 inciso cuarto, que expresa textualmente:

“(…) 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”.
(Constitución; 1998)

Lo literal está basado principalmente, en lo que menciona el artículo 1 de la Ley Suprema de ese año, al referirse a que, el Ecuador es pluricultural y multiétnico; que para Agustín Grijalva, “esto evidencia un desarrollo importante del reconocimiento de la diversidad cultural a nivel constitucional formal. Este desarrollo, empero, no se ha expresado de forma proporcional en las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia.” (Grijalva, 2009)

Además, junto a la Constitución de 1998, se sirvió del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en sus artículos 8, 9, 10, 11 y 12. Se hizo inmediatamente aplicable este Convenio Internacional, apoyándose en el artículo constitucional número 163, que aplica los Tratados y Convenios Internacionales y expresa:

“Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.
(Constitución 1998)

Esto fue base, para su aplicación en la resolución que expidió el Dr. Carlos Poveda cuando Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, en sustitución del Juez Tercero de esa Jurisdicción, en el auto de nulidad de todo lo actuado en el caso N° 630-2002.

En los artículos 17 y 18 de Constitución de 1998, se refiere al cumplimiento eficaz de los derechos consagrados en ella, sin necesidad de ley especial, por los Tribunales y Jueces, "(...) daba una herramienta oportuna, clara y jurídica para que aquellos derechos, tengan la dinamia que todo ciudadano espera en un estado democrático". (Poveda Moreno, Límites Constitucionales de la Justicia Indígena, 2006)

Con la resolución emitida por el Juez Poveda, se abre la posibilidad de entrar a una aplicación del sistema neo constitucional para ese año 1998 en el Ecuador. A pesar de que se pensaba que esta Carta Magna sólo era *enunciativa* de la parte dogmática, se constituyó para la época en una aplicación directa de la norma constitucional, no vista en ese entonces como la protección a un bien jurídico constitucional, como lo es hoy, garantista de derechos, pero eso sí, respetando los lineamientos constitucionales ya inferidos.

4.1.1.2.- Caso La Cocha 2010.

Para el caso La Cocha 2010, nos encontramos que está vigente la Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante Referéndum el 28 de septiembre de 2008, y que en su artículo 171, enuncia el ordenamiento de la Justicia Indígena, es decir, el Estado ecuatoriano, reconoce este derecho a los indígenas, teniendo como fuente principal al derecho consuetudinario, que para los casos en especial, según Gaitán Villavicencio:

"(...) estos procesos en la administración de justicia indígena, están repletos de rasgos de mediación y conciliación y, a través de las sanciones que se imponen, se trata de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación para ser aceptado en la comunidad. (...) acoge al infractor y no lo expulsa". (Villavicencio Loor, 2007)

De esta forma se estableció la vigencia del pluralismo jurídico para nuestro país.

La norma constitucional del artículo 171, en su inciso segundo, dice: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”. Al igual que la Constitución de 1998, la actual, que es garantista de derechos, señala que para la regulación de la Justicia Indígena, tiene que existir una ley, que regule la jurisdicción y competencia, algo escrito y normado, que el usuario que reclame justicia, tenga la oportunidad de asistir a los recursos oportunos y pertinentes; que a la vez, hará compatibles el sistema ordinario de justicia con el sistema indígena.

La falta de Ley, acarrea un problema serio para la aplicación correcta de la solución de conflictos internos dentro de las comunidades, de conformidad con sus costumbres y el derecho consuetudinario. En la práctica, no sabemos cuáles son los problemas que se suscitan en las comunidades por lo que estos actos se confunden con las infracciones. A las comunidades, lo mismo les da juzgar algo familiar, como la muerte de un ser humano, porque inclusive el juez actúa en nombre de la comunidad y al momento de juzgar, diríamos que no prevalece el criterio justo, sino la influencia del grupo o tumulto.

El problema se ahonda más, cuando personas de derecho y jueces, han juzgado actos de barbarie, confundiendo el enunciado, en el artículo 76 numeral 7, literal i, de la Constitución de 2008: ‘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’. Este criterio, de interpretación, se mira y se dice: si ya es bañado, ortigado, ha cargado piedras, si ha pagado el dinero por la persona que mató, ¿por qué el hechor tiene que ser juzgado dos veces? he ahí el dilema!!, si la justicia es general, para todos, sin excepción, ¿cómo se puede admitir que un acto juzgado por la

turba, sea justo? Aquí desaparece el derecho a la defensa consagrado en la Constitución en el artículo 76 numeral 7, literal a).

Nadie puede ser juzgado mientras no se pruebe su culpabilidad, artículo constitucional 76, numeral 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”. En este punto, entra en discusión el principio de presunción de inocencia de la persona, y como lo indica Cabrera Zegovia:

“(…) el debido proceso tiene relación directa con el de presunción de inocencia, ya que en el primero se tiene que determinar si afecta con la vulneración al debido proceso, para luego proceder a analizar si ese mismo hecho, menoscaba la presunción de inocencia. Es entonces cuando se aplicaría el proceso penal como operativo de las garantías constitucionales.” (Cabrera Zegovia, 2005)

¿Cómo se puede presumir la inocencia de una persona, cuya culpabilidad no se ha declarado por medio de una sentencia ejecutoriada? Este principio deja en claro, que se debe asegurar el debido proceso, para llegar a sancionar la moral de un ser humano. La falta de seguridad jurídica por la falta de una norma, hace que los criterios sean diversos, antojadizos y no apegados a derecho, por lo que puede la Justicia Indígena, contrariar lo señalado en el artículo 76, numeral 2, numeral 7, literales k), l) y m), que por supuesto, dentro de las prácticas aberrantes de la Justicia Indígena, están en contraposición de una resolución firme o sentencia ejecutoriada, o a aquella de que nadie será juzgado por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas para el efecto.

De igual forma, el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial N° 544 del lunes 9 de marzo del 2009, señala en el Título VIII sobre las relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria. Para el caso La Cocha 2010, se transforma esta norma en enunciativa y no de aplicación debida e inmediata. En la práctica, al crearse las Fiscalías de

Asuntos Indígenas, los Fiscales han actuado de acuerdo a sus conveniencias y de las comunidades, por ende subsumidos se encuentran los usuarios, esperando tan sólo las resoluciones de la autoridad, de allí que se debe encontrar la forma de que las soluciones de los conflictos en su mayor parte, se inicien y terminen donde el Fiscal, más no en la comunidad y en poquísimos casos se concurra para que conozca el Juez pertinente, a fin de que se diriman las acciones dentro de la competencia ordinaria e indígena.

4.1.2.- Control Constitucional

4.1.2.1.- Caso La Cocha 2002

En la Constitución de la República del Ecuador de 1998, en su artículo 275, se habla del Tribunal Constitucional que ejerce el Control Constitucional, 'el mismo que se dedica a analizar de manera exclusiva las violaciones constitucionales', (García Falconí, 2008) este artículo señala la organización y funcionamiento, y tiene jurisdicción nacional; es integrado por nueve vocales; estos no serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo. En el artículo 276, se refiere a la competencia que tendrá el mismo, que en su numeral 6 expresa: "Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución". Este artículo en su último inciso, refiere que, *'las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional'*.

La Ley Orgánica de Control Constitucional publicada en el R.O. 0099 del 2 de julio de 1997 y reformada en el R.O. 0341 Suplemento 280 del 8 de marzo de 2001, en el artículo 1 señala que:

"El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales, en especial de los derechos y garantías establecidos a favor de las personas, los cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública".

El artículo 12, numeral cinco del mismo cuerpo legal, tiene concordancia con el artículo 276 de la Constitución de 1998, respecto a la atribución de dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, de la que principalmente nos habla el Capítulo VI del Título I, sobre la Dirimencia de Conflictos de Competencia. El artículo 29 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, dice lo siguiente: “El Tribunal Constitucional dirimirá los conflictos de competencia que se susciten entre otros órganos o entidades, cuyas atribuciones establece la Constitución”.

En el caso La Cocha 2002, se solicitó la dirimencia de la competencia, de la Jurisdicción Ordinaria a la Jurisdicción Indígena, tal cual lo determina el artículo 191 de la Constitución de 1998. Continúa la misma norma jurídica: “(...) La facultad de solicitar la dirimencia, corresponde al órgano o entidad que reclame la competencia (...);”

Recibida la solicitud, el Tribunal Constitucional correrá traslado con la misma al órgano o entidad contra quien se reclame la competencia, para que éste la conteste en el término de ocho días.

Recibida la contestación o vencido el término para contestarla, el Tribunal podrá, si lo solicita una de las partes, convocar a una audiencia pública para que ellas expongan oralmente, por una sola vez, durante treinta minutos cada una.

Con la contestación o en rebeldía, el Tribunal Constitucional dirimirá la competencia, en el lapso de quince días, a partir de la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda de competencia. (Ley Orgánica de Control Constitucional, 2001)

Dentro del Título de las Garantías de los Derechos de las Personas, en el Capítulo III, que trata Del Amparo Constitucional, en su artículo 46, se manifiesta:

“El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública, que haya causado, cause o pueda causar

un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos”. (Ley Orgánica de Control Constitucional, 2001)

Para el año de 1998, se establece una nueva forma de protección sobre el bien jurídico que ha sido afectado, pero como veremos más adelante, esta misma propuesta de amparo constitucional, trae implícito el acto de cesar la lesión, lo que evidentemente se puede comparar con las medidas cautelares que tenemos en los actuales momentos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

4.1.2.2.- Caso La Cocha 2010.

Para el caso La Cocha 2010, se aplica la Constitución aprobada en 2008, que tiene como eje principal, el que se denomina al Ecuador, un Estado constitucional de derechos y justicia, tal cual lo señala el artículo 1. Siendo la Constitución ‘la que está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta’ (Guastini, 2003). Y como nos ilustra Robert Alexy: “El Estado Constitucional se corresponde en Europa, con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales comunes, singularmente por lo que se refiere al control de la constitucionalidad, en que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la ciencia del Derecho Público, juegan un importante papel”. (Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, 2003). Entra entonces en juego, un término muy importante para el estudio del control de constitucionalidad en estos casos, que es la Jurisdicción Constitucional, entendida ésta, tal como lo cita el Dr. García Falconí a Pablo Biscaretti Di Ruffia:

“(…) debe ser entendida en sentido objetivo y subjetivo, reservando el primero para las funciones jurisdiccionales destinadas a la tutela de derechos e intereses relativos a la materia; el segundo atañe a los órganos de la magistratura que ejercen tales funciones”. (García Falconí, 2008)

Partiendo de esta introducción, se puede establecer cuáles son las normas constitucionales y legales respecto del control constitucional que enmarca el caso La Cocha 2010. En la Constitución aprobada en el 2008, en su artículo 429, nos habla de la Corte Constitucional: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (...)”

A diferencia de lo que determina la Ley Orgánica de Control Constitucional de 1998, que la interpretación de la Constitución le correspondía al Congreso Nacional, en esta teoría neoconstitucionalista, le compete a la Corte Constitucional la interpretación de la Constitución, pues tal como lo indica Ricardo Guastini, toda Constitución es un texto finito, completo, limitado. Toda Constitución contiene lagunas, en el sentido del todo trivial, de que nunca jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad.’ (Guastini, 2003)

En vista de todo esto, podemos indicar que cualquier norma es susceptible de interpretación, y estas interpretaciones, según nos señala el autor, son susceptibles de dos tipos de interpretaciones: “una interpretación literal (o, mejor, restrictiva) y una interpretación extensiva” (Guastini, 2003). Se debe entender entonces, que la Constitución debe ser vinculante e interpretativa, más no exacta y positiva.

El artículo 436 de la Constitución 2008, indica las atribuciones de la Corte Constitucional, que en su numeral 1 señala: “(...) Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución. Sus decisiones serán de carácter vinculante”. El numeral 2, expresa: “Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”. (Constitución; 2008)

Se ha dejado señalado, lo referente a la dirimencia de competencias en la Constitución de 1998, con la actual Constitución de 2008, que señala en el

numeral 7 del artículo 436: “Será atribución de la Corte Constitucional. el dirimir conflictos de competencia o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución”.

Y sobre todo, tener en cuenta que las sentencias y los autos de la Corte Constitucional, tendrán el carácter de definitivos e inapelables, lo que impone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en lo referente a las normas legales aplicables sobre control constitucional para el caso La Cocha 2010, sin embargo está pendiente lo que determina la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, al establecer la obligación de aprobar en trescientos sesenta días desde la publicación de la Constitución en el Registro Oficial, la ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.

Dentro de uno de los considerandos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se rompe el principio establecido en la Constitución, de que los preceptos constitucionales son de inmediata aplicación y sin necesidad de ley alguna, el tercer considerando del mismo cuerpo legal, expresa que es, “indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional”. Pasa la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a ser el “Reglamento” de la Constitución, por las observaciones realizadas.

Este cuerpo legal, señala los métodos y reglas de interpretación constitucional, tal como lo señala el artículo 3, pues esta Ley, da a conocer las diferentes formas de control de constitucionalidad que se aplican, que *en este caso es de forma mixta, es decir, que emplea el control constitucional difuso y el control constitucional concentrado*. Pero como lo expresa la Ley, es abstracto y concreto.

Cuando se habla de control de constitucionalidad difuso, éste emplea el sistema americano (*judicial review*), teniendo como basamento principal, que el control constitucional lo puede ejercer cualquier juez de cualquier nivel. Según

el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Título IV, expresa este contenido, mencionándolo como el Control Concreto de Constitucionalidad, que tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad en la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

En el artículo 142, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, menciona que: 'Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán las disposiciones constitucionales sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá menoscabar o inobservar su contenido' (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). *'Pues la interpretación conforme o adecuada de las leyes, no es únicamente obra de la Corte Constitucional, es practicada también por los jueces comunes.'* (Guastini, 2003)

Se determinan ciertas características del control constitucional difuso: es ejercido por los jueces de manera directa, es incidental, porque llega a conocimiento por excepción en un caso específico, por ende se lo entenderá y tratará como incidente; y es concreto, porque los efectos que produce, sólo llega a las partes. (Guarderas, 2011)

Existe además en nuestro ordenamiento legal, el control de constitucionalidad concentrado, o como lo denomina el Título III de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 74, como control abstracto de constitucionalidad. Se puede entender a éste como el sistema europeo, creado por Hans Kelsen para los Estados de Derecho, ejercido por la Jurisdicción Constitucional, es decir en el Ecuador por la Corte Constitucional, como el órgano competente para ejercerla, pero por ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos, no pierde su naturaleza como tal.

La finalidad de este control abstracto, conforme la Ley, es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de

forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.

Podemos entender entonces, al control constitucional concentrado, por las siguientes características: que aquella norma jurídica que no esté acorde con la Constitución, no es válida; la Corte Constitucional, es el órgano competente para decidir la constitucionalidad de esa norma; y, es general y abstracto, porque tiene efecto erga omnes, puesto que es vinculante para todos y la anterior norma es expulsada del ordenamiento legal. (Guarderas, 2011)

Se puede concordar con el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, al expresar que los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

Podemos deducir, que en el Ecuador, como en la mayoría de países Latinoamericanos, se emplea el control constitucional mixto, proveniente del difuso o concreto y el concentrado o abstracto.

4.1.3.- Acciones constitucionales empleadas.

4.1.3.1.- Caso La Cocha 2002.-

Para el caso La Cocha 2002, se empleó una acción constitucional, con el fin de dirimir el conflicto de competencia existente entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena; esto, debido a que el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, Dr. Carlos Poveda Moreno, en reemplazo del Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi, emitió el Auto de nulidad de todo lo que se había actuado en el caso signado con el número 630-2002, que por el delito de muerte a Maly Latacunga, se tramitó a través de la Fiscalía respectiva de la provincia de Cotopaxi.

‘Para septiembre de 2002, se encontraban “inaugurando” un nuevo Código de Procedimiento Penal, que supuestamente tenía una orientación acusatoria formal, por lo tanto, el régimen constitucional y de derechos humanos, se convertía en un vértice de comunicación, donde la interpretación del juez se

convertía en garantía de los derechos del ciudadano' (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010).

Así pues, se aplicó la Constitución de 1998, tal cual lo hizo el Dr. Poveda, de manera directa, basándose en los artículos 191, que señalan la actividad sobre la Jurisdicción Indígena, artículo 1 de la misma Constitución, que determina la pluriculturalidad del Estado Ecuatoriano, artículo 163 del mismo cuerpo legal, que acepta la aplicación, tal cual si fuera una ley, del convenio internacional, esto con relación al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en sus artículos 8, 9, 10, 11 y 12 y al 18 de esa Constitución, que indica: "será esta de inmediata aplicación sin necesidad de norma legal".

Cuando la decisión pasó a ser revisada por la instancia superior (Corte Superior de Justicia de Latacunga), en mérito de la interposición del recurso de apelación, se dijo que "*los convenios internacionales son legislación extranjera, y que la Constitución era una declaración lírica de buenas intenciones*". (Poveda Moreno, La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico., 2010)

El Tribunal Constitucional de ese entonces, presidido por el Dr. Oswaldo Cevallos Bueno, en sus considerandos y en base a lo explicado por el Juez Poveda y los Ministros Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, y en función de lo que determina el artículo 29 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, el pleno de la Sala del Tribunal Constitucional, determinó que inadmite la demanda de dirimencia de competencia formulada por los señores José Cuchiparte Toaquiza en calidad de Presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas La Cocha y de Nelson Rodrigo Chiguano Umajinga, en calidad de Presidente del Cabildo de La Cocha.

El artículo 16 de la Constitución del Ecuador de 1998, señala que: 'el más alto deber del Estado, consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esa Constitución'. La Constitución de 1998, se tornaba en enunciativa en su contenido, más no de atención inmediata en sus preceptos constitucionales; que a diferencia de la Constitución de 2008, ésta determina factores de constitucionalismo contemporáneo, variando notoriamente el ámbito judicial y hasta la filosofía contemporánea del derecho.

4.1.3.2.- Caso La Cocha 2010

Dentro del caso La Cocha 2010, se emplearon nuevas formas de constitucionalismo, herramienta jurídica Suprema que se utiliza para resolver el caso en mención, quedando pendiente a la fecha, la resolución constitucional sobre el alcance y aplicabilidad de la Justicia Indígena.

Con la resolución emitida a través de las actas de fechas 16 y 23 de mayo de 2010, por los dirigentes indígenas de la comuna La Cocha, al haber aceptado lo resuelto por la Asamblea General de dicho sector indígena, esto es, de infringir como pena a los supuestos responsables de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, castigos físicos y resarcir en forma pecuniaria a los familiares, se derivó una serie de acciones de carácter penal (juicio por plagio a los dirigentes de la Comuna La Cocha, un juicio de rebelión en contra de familiares de los supuestos hechores, que intentaron a la fuerza hacer que el Juez Primero de Garantías de Cotopaxi ordene la libertad), así como se siguieron acciones administrativas en contra del Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi y al Presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi Dr. Amador Herrera, a quien el Consejo de la Judicatura le suspendió sin sueldo de su cargo, por sesenta días; así como consultas realizadas por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, todo esto, en aplicación al artículo 428 de la Constitución, dirigidas a la Corte Constitucional, teniendo como resultado tres acciones constitucionales, en la que consta la solicitud de interpretación constitucional pedida por el Presidente de la República Rafael Correa para determinar los alcances de la Justicia Indígena y que la Corte Constitucional, señale si se la considera como

sistema jurídico paralelo a la ordinaria; a esto, hay que añadir que el hermano de Marco Antonio Olivo Pallo, muerto en la plaza de Zumbahua, presentó la Acción Extraordinaria de Protección en contra de las decisiones indígenas. Lo enunciado en materia jurídica constitucional, es novedoso en la República del Ecuador, en cuanto a su propuesta, el mismo que tienen el respaldo constitucional y legal, teniendo como hecho interesante en la práctica, que hasta el cierre de la elaboración de la presente tesis, no existe un dictamen por parte de la Corte Constitucional de las acciones planteadas a este Organismo, lo que acarrearía que los usuarios estén en indefensión.

La solicitud de acción de interpretación constitucional, está contemplada en el artículo 154 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que a petición de parte, propondrá a la Corte Constitucional, que realice la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación. En este caso, la que realizó el Presidente de la República Economista Rafael Correa Delgado, es legitimado activo (puede proponer), conforme lo indica el artículo 155 numeral 1 del mismo cuerpo legal enunciado.

El contenido del dictamen que debe emitir la Corte Constitucional, con respecto a la acción de interpretación planteada por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado, por disponer el artículo 158 del mismo cuerpo legal, fijará mediante una regla, el alcance de la norma constitucional objeto de interpretación, a partir de la explicación de los argumentos constitucionales y los métodos hermenéuticos que sirvan de fundamento. Es decir, este dictamen deberá obligatoriamente, determinar bajo interpretación, la manera de la aplicabilidad de la Justicia Indígena en el territorio ecuatoriano, en la que se establezca el alcance de la legitimación de los indígenas para el conocimiento de los conflictos que se suscitan en las comunidades, aceptando o no también el conocimiento y la resolución para las autoridades indígenas de delitos atroces.

‘El poder de juzgar que otorga el Estado a la Corte Constitucional, cuenta con varias normas inmovibles derivadas del requerimiento insoslayable de mantener el principio de supremacía de las normas constitucionales’. (García Falconí, 2008)

Por lo tanto, la Corte Constitucional al aplicar su función interpretadora, está en la obligación de determinar el alcance de la justicia Indígena, obviamente, respetando los preceptos constitucionales y el posicionamiento de la jurisdicción ordinaria.

El juez ante el caso concreto, encuentra razones de sentido contradictorio y es obvio que no cabe resolver el conflicto, declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder, siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. (Prieto Sanchís, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, 2003)

Con el neoconstitucionalismo auestas, las fuentes del derecho para la actividad jurídica ecuatoriana, han cambiado sustancialmente. La vieja doctrina de sostener a la ley, a la costumbre, a los tratados internacionales, la jurisprudencia, ha quedado a ultranza, porque a estas fuentes se han incorporado otras, tales como la Constitución, la analogía y la sana crítica del Juez; además, los jueces han dejado de ser técnicos en la materia y se han constituido en garantistas de derechos, por lo tanto, las resoluciones de los jueces ordinarios en materia constitucional son vinculantes (artículo 29 Código Orgánico de la Función Judicial). Las resoluciones de estos jueces son objeto de recursos, para que sean analizados por jueces superiores y por la misma Corte Constitucional, de acuerdo a lo que determina el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución, que le da la potestad a este Organismo Superior de conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, aún más, a los fallos que surjan de jueces inferiores garantistas de derechos, pueden plantearse los recursos pertinentes, como el de presentar la acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. (Jurisdiccional Constitucional).

El principio constitucional de que todos los derechos y garantías expresados en la Constitución tienen igual jerarquía, implica para el caso de la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena, establecer la jerarquía, determinando cuál de los dos derechos fundamentales debe aplicarse en forma correcta, para no causar un conflicto constitucional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala cuál debe ser el método interpretativo que sirva para fundamentar el dictamen constitucional; la ponderación, 'intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado, de preferencia referido al caso concreto'. (Prieto Sanchís, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, 2003)

Empleando la teoría de la ponderación, como lo indica Robert Alexy, resulta *indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro*. Partiendo del principio de que todos los ecuatorianos gozarán de los mismos derechos y garantías sin discriminación de raza o identidad, se tiene que preguntar: ¿porqué existe entonces la Jurisdicción Indígena?, en este caso, se discrimina a blancos, mestizos, afroecuatorianos y demás ciudadanos, aún más, podemos preguntarnos ¿por qué los indígenas tienen el privilegio de tener dos justicias, la ordinaria y la indígena a la vez? A lo mejor, la ponderación de derechos llegó a este sector por doble vía.

Para el caso de la Justicia Indígena, que viola explícitamente el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto en su aplicación no se respeta la dignidad humana, no existe la presunción de inocencia, no existe la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción, tampoco determina la exclusión de la prueba, así como no existen recursos factibles e impugnaciones para que se pueda recurrir ante un superior, porque la sanción es de inmediata ejecución; hace que quien cae en manos de la Justicia Indígena, cae en completa indefensión, a sabiendas inclusive de que dentro de las organizaciones indígenas, los dirigentes que aplican el castigo, están condicionados al resultado de la decisión del tumulto, con todas las consecuencias de afectos y desafectos que se pueda tener contra un ser humano; y la jurisdicción ordinaria, que aplica la norma del debido proceso por

mandato constitucional y legal, está restringida porque se encuentra dentro de la misma jerarquía constitucional que la Justicia Indígena. Ahí surge un conflicto de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, “estos límites pueden establecerse en definitiva, solamente mediante una ponderación entre el principio fundamental afectado en cada caso respectivo y el principio contrario, que justifica imponer la restricción” (Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, 2003). Para resolver estos conflictos constitucionales, existe la teoría de la ponderación: ‘*Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro*’, (Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, 2003) basamento de aplicación señalado en el artículo 3 numeral 2, sobre el principio de proporcionalidad y el numeral 3 sobre la ponderación, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Ley en referencia, determina que debe emplearse una regla, siguiendo la teoría de la ponderación, esta se relaciona directamente con la regla de la proporción, que para llegar a ella, se expresa en la fórmula de peso constitucional siguiente, tal como lo señala Matthias Jestaedt:

Bienes protegidos por ponderar:

a= bien protegido, a favor del cual se interviene (fin/objeto de la interpretación. *En este caso el reconocimiento, respeto y aplicación de la Jurisdicción Indígena*).

b= bien protegido, sobre el que pesa la intervención (*debido proceso en Jurisdicción Ordinaria*).

Elementos de la fórmula de peso:

W= Importancia axiológica del bien protegido (rango de la fuente jurídica. *Determinar el alcance mediante interpretación de la Corte Constitucional*).

P= probabilidad del perjuicio (*se garantiza o no el debido proceso en la causa*).

I= intensidad (peso) del perjuicio (*se respetó o no el precepto constitucional*).

Fórmula de peso:

$$G_a, b = \frac{W_a \times P_a \times I_a}{W_b \times P_b \times I_b} = \frac{G_a}{G_b}$$

La regla de la proporción nos dice que:

(1) es desproporcionado, si: $G_a, b < 1$ (es decir $G_b > G_a$)

(2) es proporcionado, si: $G_a, b \geq 1$ (es decir $G_b \leq G_a$) (Jestaedt, 2008)

‘Esta teoría de la ponderación, logra sólo una preferencia relativa al caso concreto, que no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre las mismas normas; se trata por tanto de resolver ese conflicto existente entre principios o normas del mismo valor o nivel jerárquico.’ (Prieto Sanchís, Apuntes de teoría del derecho, 2007)

Si se aplica la teoría de la ponderación, entre la Justicia Ordinaria e Indígena sobre la garantía del debido proceso, podemos tener un resultado complejo con respecto al empleo de la regla, que es proporcional, en vista de que la jurisdicción indígena es de igual o menor importancia que la jurisdicción ordinaria, pero nunca superior. Este método y regla, podrían ser de cierta manera factibles, o por lo menos, aplicable para su ejecución.

Sería prudente, si su aplicación fuese de manera inmediata, sin dilaciones, en un tiempo de ejecución por parte de la Corte Constitucional en el plazo de cuarenta y cinco días, puesto que en la práctica, como en el caso de la acción de interpretación propuesta por el Presidente de la República del Ecuador, presentada el 5 de agosto de 2010, hasta la fecha no se ha resuelto.

Las otras acciones constitucionales, formuladas con respecto al Caso de Justicia Indígena practicada en la comuna La Cocha en el año 2010, fueron las consultas efectuadas a la Corte Constitucional, por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi y del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, formulaciones que tienen su basamento en las disposiciones del artículo 428 de la Constitución, que señala que: cuando un juez considere que una norma jurídica (en este caso los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal) es contraria a la Constitución (artículo 171), suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de esa norma. Esto tiene relación directa con el Principio de Supremacía Constitucional, invocado en el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y se añade que, no se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez resulta en sentencia, además; el tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso. Esta acción de consulta guarda relación con el control constitucional difuso, establecido en el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Tampoco se han resuelto estas consultas, incluso, están pendientes a pesar de que se puso fecha para tratarlo en el Pleno de la Corte Constitucional, pero tampoco se han tratado.

La tercera acción constitucional propuesta en el caso La Cocha 2010, motivo de esta tesis, es la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del occiso Marco Antonio Olivo Pallo, que acude como legitimado activo para plantear la acción en referencia, en contra del acta de solución de conflicto acordado en la Comunidad La Cocha, sobre el “conflicto” de asesinato a Marco Antonio Olivo Pallo.

La Acción Extraordinaria de Protección, es una garantía constitucional, determinada en el artículo 94 de la Constitución del Ecuador, que procede contra autos definitivos, en este caso, contra las actas de solución de conflictos

suscrita en el caso La Cocha, en la que a través de una resolución inmediata y ejecutoriada, se procedió a que se imponga la pena a los presuntos involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, al castigo corporal y resarcir económicamente a los familiares del fallecido. Las actas de solución de conflictos de justicia indígena, tienen que sujetarse al control constitucional, y se la interpondrá ante la Corte Constitucional. Se entiende que la Acción Extraordinaria de Protección, es un recurso, tal cual se trató anteriormente en el tema de los “recursos de la Justicia Indígena”, aclarando que, las acciones se proponen y los recursos se interponen. La Acción Extraordinaria de Protección, se propone en contra sentencias y autos definitivos, cuando violan “un derecho constitucional, por acción u omisión, incumplen el fin de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derechos y Justicia (...), por lo que esta acción equivale a garantía de la convivencia pacífica”. (García Falconí, 2008)

Quienes pueden acudir a presentar la Acción Extraordinaria de Protección a la Corte Constitucional, deben ser legitimados activos, tal cual lo determina el artículo 59 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al establecer que esta acción puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas que han o hayan debido ser parte en un proceso por sí mismas o por medio de procurador judicial; y, el artículo 437 de la Constitución, indica que los ciudadanos en forma individual pueden presentar la acción. En el caso La Cocha 2010, lo presentó el hermano del occiso, que se considera afectado, inconforme con la decisión de la autoridad indígena en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, por violar derechos constitucionalmente garantizados. La Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la Justicia Indígena, se puede plantear dentro de los veinte días, como lo determina el artículo 65 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Este trámite de Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la Justicia Indígena, debe respetar principios, tales como la interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía y debido proceso. Hasta el momento, sigue pendiente la reunión del Pleno de la Corte Constitucional para

resolver esta acción, al igual que las dos anteriores acciones constitucionales presentadas.

4.2.- Pluralidad jurídica de la Justicia Indígena en materia constitucional.

El pluralismo jurídico, está encuadrado en los estamentos del Estado, reconocido o no por el mismo, ajeno al ordenamiento jurídico preestablecido en cuerpos legales y la Constitución, creando su propia franja reglamentaria, basada en necesidades de un colectivo específico, que contradice en la forma clásica y ortodoxa del positivismo estatal.

El proceso constituyente que dio origen a la Constitución Ecuatoriana vigente, proclama que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, unitario, intercultural, plurinacional, lo cual implica no sólo el reconocimiento de su diversidad y heterogeneidad en su composición poblacional, sino que, esencialmente manifiesta su pluralidad en los ámbitos jurídico, social y cultural. En virtud de que se reconoce al derecho indígena, entendido éste *‘como el conjunto de normas que tienen eficacia en comunidades que han sobrevivido a la opresión del estado moderno, es un fenómeno que los sociólogos del derecho denominan pluralismo jurídico.’* (Correas, 2003)

El artículo 57 numeral 10 de la Constitución, establece como potestad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario. El Código Orgánico de la Función Judicial en los artículos 343 y 344, menciona que las funciones jurisdiccionales indígenas tienen tres fuentes que son: las tradiciones ancestrales, costumbres y su derecho propio.

Entonces, la Constitución y la Ley, dan esa facultad de crear un derecho propio, teniendo como fuente a la costumbre, creado por los pueblos indígenas, un ordenamiento jurídico paralelo.

El “pluralismo jurídico” del que se ha venido hablando, comprendería no solamente el “pluralismo juzgador”, sino,

además, un polémico “pluralismo legislador”. Así pues, (i) o se ha incurrido en grave confusión entre el pluralismo legislativo y el derecho consuetudinario, o (ii) la intención efectiva de los asambleístas fue otorgar potestades legislativas paralelas y extra estatales a estos grupos. (Corral, 2009)

“La sociedad debe construir su espacio jurídico, de acuerdo a sus realidades” (Poveda Moreno, Límites Constitucionales de la Justicia Indígena, 2006), ejemplo claro y preciso, cuando en la doctrina de varios autores, determinan a la pluralidad jurídica, como la necesidad del pueblo o comunidades que se vean en la insuficiencia para implementar su propio orden jurídico; o, como lo señala Arthur Kaufmann, “el pluralismo pertenece esencialmente a la democracia.” (Kaufmann, 1999)

Serafín Seriocha Fernández, afirmaba que: “[...] el sentido cultural, económico y político de las leyes confirma o niega la cultura popular, porque la cultura legal puede contradecir o afianzar al derecho escrito.” (Poveda Moreno, Límites Constitucionales de la Justicia Indígena, 2006) La ley avanza como la sociedad avanza, y con el neo y nuevo constitucionalismo, se ve que el ordenamiento jurídico ‘está presidido por una Constitución escrita y resistente, frente a la legislación ordinaria’, (García Figueroa, 2003) que deja a un lado lo reglado, ya no impera el derecho positivo. La acción de interpretación para resolver el alcance de la Justicia Indígena, se torna propia, sin que exista un requerimiento que regule su conveniente argumentación dentro del colectivo, por cuanto, se entenderá que se juzga de acuerdo a un derecho consuetudinario y costumbres que rigen en cada nacionalidad, territorios, comunidades y pueblos, es decir, la interpretación de la sanción no es rígida, es dispersa, acomodaticia, del momento, por supuesto, basada en las resoluciones del tumulto.

Para objetivizar la confusión existente en la Constitución de 2008, concerniente a la Justicia Indígena, se tendrá que comparar a ésta, con los tribunales de excepción. Para el caso no se necesita de regulación alguna, se acomoda para la ocasión. Además, son notorias y públicas que las resoluciones de la Justicia Indígena, son infundadas y directas; no existe motivación, lo que pronuncia el colectivo, eso tiene que cumplirse en el acto, sin que exista recurso de ninguna naturaleza; la indefensión es inminente por la carencia de un procedimiento, el

derecho a la defensa no existe, el sujeto sancionado tan sólo es un mero expectante de las decisiones del tumulto, jamás las normativas de atenuantes y agravantes de la conducta se toman en consideración, o es culpable o es inocente, no hay una posición intermedia, no se diferencia en este tipo de justicia el grado de participación, como autor, cómplice o encubridor. La falta de coherencia jurídica y de preparación intelectual de los juzgadores, hace que la Justicia Indígena se torne en un verdadero riesgo, en razón de que '*no es ni sustantiva ni procesal*' (Corral, 2009), para quien va a ser juzgado por ese ordenamiento jurídico, por lo que, se presume que la Justicia Indígena es un atentado a la dignidad humana, contraria a los actos de civilización, a las garantías constitucionales, a la moral y a las buenas costumbres. El artículo 77, numeral 6 y numeral 7 de la Constitución de 2008, presenta garantías básicas para salvaguardar la integridad de un ser humano, que nadie podrá ser incomunicado mientras dure la detención o acogerse al derecho al silencio, a ser informado de forma previa, a no ser forzado a declarar en contra de sí mismo. Estos y muchos actos ilegales e inconstitucionales, corren dentro del libre albedrío de interpretación de la Justicia Indígena, que por supuesto, si no son normados, no se puede garantizar los derechos básicos de un ser humano. Los fervientes cooperadores de la Justicia Indígena, sostienen que no hace falta una Ley, basta y sobra el enunciado de la Constitución de 2008 en el artículo 171, los tratados internacionales y lo que reglan los tres artículos del Código Orgánico de la Función Judicial, haciéndonos entender a su medida que '*este sistema normativo coexiste en un mismo territorio*' (Correas, 2003) (en este caso el territorio ecuatoriano). La Justicia Indígena es un ordenamiento de hechos no escritos, que se han transmitido de generación en generación, los mismos que tienen una aplicabilidad directa, por eso, ellos entienden que el término conflicto abarca toda una generalidad de acciones, que van desde los delitos atroces hasta cuestiones intrafamiliares y de linderos, que basta y sobra el derecho consuetudinario dentro de la Justicia Indígena y sus límites de juzgamiento no sólo alcanzan al interior del territorio indígena, sino que, abarcan también al conglomerado indígena en el lugar que se encuentren dentro del territorio ecuatoriano, atemorizando de esta manera el ordenamiento

jurídico del Estado, a sabiendas que inclusive representa el sector Indígena, el 5% de la sociedad ecuatoriana, de acuerdo a datos parciales al último censo. Quieren manipular a la nación con la Justicia Indígena, tanto en el accionar judicial, como en el político, entendiendo que el sector indígena a través de los levantamientos y por la fuerza, ha servido a otras organizaciones políticas para que derroquen a gobiernos democráticos. A lo mejor se puede entender, que la Justicia Indígena es un brazo ejecutor para actuar al susto dentro de una sociedad ordenada, aplicando la represión contra los adversarios políticos del movimiento indígena del Ecuador.

Con respecto a todo lo señalado, Luis Carrillo, dice:

“Lo sucedido en La Cocha, comuna de la parroquia Zumbahua, es un retroceso a la civilización, un acto letal y absurdo contra el ser humano al presentar desnudos, amarrados, ortigados, bañados y cargando como acémilas bultos llenos de tierra y piedra; la ignominia, el desprecio y la crueldad se están practicando, haciendo caso omiso la presencia de las autoridades, cuando ellas han alcahueteado la supuesta Justicia Indígena, les dieron piola, hasta llegar a escuchar que existe en las comunidades “la pena de muerte”, o mejor dicho “la inyección letal de la ortiga”. (Carrillo, 2010)

Sobre la existencia de la Justicia Indígena en el Ecuador, se puede acotar, que no es responsabilidad de la sociedad indígena para que exista la Justicia Indígena, que es la irresponsabilidad de ciertos políticos, que tratando de hacer mayorías dentro de la Asamblea Constituyente de Montecristi (Manabí), permitieron que esta norma disímil, aparezca en la Constitución.

(...) transformaron en hecho cierto la hipótesis no demostrada, de la existencia de un *sistema* de derecho autóctono, que habría sobrevivido intocado desde los tiempos precolombinos. No se ha probado tal teoría y, menos aún, que se trate de un *sistema* alternativo de derecho consuetudinario. (Corral, 2009)

Hans Kelsen, manifestó ‘que la aplicación de una norma es la dramatización del mismo origen legal, la misma que se encuentra en la sociedad’, podemos incluir en este estudio, lo que determina el artículo primero de la Constitución, cuando se refiere a que: el Estado ecuatoriano es multicultural y pluriétnico, lo que convalida la idealización de mantener el mero enunciado en una sola forma

de convivir, en el contexto de relaciones interpersonales, que es el monismo jurídico. 'El ideal monista, es que se encuentre la forma de vida que sea buena'. (Vázquez, 2009) Por otra parte, el Dr. Carlos Poveda señala:

(...) el asambleísta reconoce la diversidad cultural, estamos asistiendo también a la verdadera existencia de ese ser social que le da vigencia –ente colectivo- para entender que tácitamente ingresa al acervo cultural, más de una forma de manejar y conducir la esencia de los pueblos, es decir se reivindica el pluralismo jurídico. (Poveda Moreno, Límites Constitucionales de la Justicia Indígena, 2006)

Evidentemente y para un ente dotado de jurisdicción en la vía ordinaria, este precepto tiene un carácter de justiciabilidad, como lo diría Danilo Zolo: '[...] un derecho formalmente reconocido pero no justiciable (es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos), es *tourt court*, un derecho inexistente'. (Poveda Moreno, Límites Constitucionales de la Justicia Indígena, 2006). Precisamente, los enunciados nacen de la misma explicación constitucional, en vía de aplicación directa por parte de jueces y tribunales, es en este punto, donde juega un papel importante el activismo judicial, el mismo que encamina a una aplicación libre y discrecional del juez respecto a los temas constitucionales tratados en un litigio, que rompe totalmente la teoría pura del derecho establecida por Kelsen, basado en la legalidad. Hoy el Juez juega un papel muy importante, sobrepesando la ley y por ende sobrepasando los poderes mismos del legislador (el Juez se vuelve colegislador), al establecer él (Juez), la calidad legal y su sanción o resolución respecto de casos que no encuadran dentro del ordenamiento jurídico preestablecido. Asimismo, rompe el esquema de la máxima del derecho: "*nula pena sine lege*".

Al hablar de activismo judicial, nos referimos a la potestad legal que le otorga y faculta el mismo Estado a los Jueces ordinarios, hoy garantistas de derechos: con tan sólo verificar el Código Orgánico de la Función Judicial, podemos sacar como conclusión, que el Juez tiene la potestad de activar judicialmente, tal cual lo señalan los artículos 6, 13 numeral 10 y 140 del mismo cuerpo de ley y estos a la vez, deben en principio tener límites, los mismos que están establecidos en

la Constitución. Se puede instaurar de esta manera, la aplicación directa de la Constitución a través de los jueces ordinarios, ejecutando su discrecionalidad y sana crítica, conforme ejercen las funciones dentro su dualidad, como en el caso de la Jurisdicción Constitucional.

Respecto del pluralismo jurídico, vale la pena considerar lo manifestado por Esther Sánchez:

[...] Si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar los mínimos fundamentales: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso. (D'Ambrocio, 2010)

'Aquello de "*ama llulla, ama shua y ama quilla*", que ya se incluyó en la anterior Constitución, es un reconocimiento cultural, pero no es norma jurídica. Es una declaración de principios, una especie de mandamiento, nada más". (Corral, 2009)

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones.

5.1.1.- El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, dice: “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada”. El inciso segundo del mismo artículo refiere: “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”, y en su inciso tercero dice que: “el territorio del Estado pertenece a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”. ¿Cómo entender a los asambleístas que redactaron y enunciaron en forma patriótica la Constitución, si en el artículo 171, se destruye la unidad social, democrática, soberana, independiente, unitaria, intercultural y laica del Estado, al crear una justicia paralela, como la indígena, para un 5% de la población nacional?. ¿Por qué no se estableció consecuentemente, que también existan otras justicias paralelas, para los afroecuatorianos, los cholos, los montubios, los mestizos, los blancos, los parameros? Es irracional la creación de una justicia paralela, tal cual está concebida en la Constitución, que de paso, tiene una doble vía, un doble beneficio y una preservancia de derechos y garantías con respecto a los otros ciudadanos. A esto sumémosle en forma práctica, cuál sería la forma de identificar al ser humano en su condición de indígena, o a lo mejor, si algún trasnochado neoconstitucionalista puede darnos la solución con un simple análisis de sangre, para poder identificar a la raza indígena como tal.

5.1.2.- A las autoridades indígenas, no se puede dar la misma categoría que a los jueces ordinarios en sus respectivas especializaciones, aunque conocemos que se constituyen en los actuales momentos por mandato constitucional en

jueces garantistas de derechos, por lo que si, concebida la categorización de darles a las autoridades indígenas la potestad de juzgar “conflictos”, éstas por mandato de Ley Suprema, entrarían a impartir justicia dentro del ámbito indígena, como garantistas de derechos, lo que no ha ocurrido en la práctica, por las connotaciones que han sido de pública observancia, al infringir penas con castigos crueles y resarcimientos económicos novedosos, partiendo del principio dispositivo de que pueden ajustar el caso indígena a la Constitución, o de si estos llegaran a emplear el activismo judicial o actuar ejercitando el control de constitucionalidad difuso. ¿Cómo estas autoridades indígenas en su condición de jueces, pueden aplicar los casos concernientes a materia constitucional, sobre todo cuando dejan a un lado el ordenamiento jurídico ordinario que tiene base en la doctrina?. ¿Serán capaces de dictaminar sus fallos motivados en la teoría general del derecho, o será factible ver a un dirigente indígena citando a Robert Alexy, o Carbonell al momento de dar su fallo?

5.1.3.- El derecho indígena, para ser considerado como un sistema de normas que regulen las conductas entre los miembros de una comunidad, o la relación entre los comuneros y autoridad indígena, y que estos conozcan de los delitos y conflictos perpetrados en sus respectivas comunidades donde ejercen “jurisdicción”, resuelvan y emitan el fallo, deben respetar los límites constitucionales. El pluralismo jurídico se vio arraigado en la época medioeval, cuando se diferenciaba el derecho existente para la monarquía, el clero, el ejército y la plebe, en la que se evidenció la disconformidad existente entre cada una de ellas. Si hacemos relación con el derecho de la plebe, éste se basaba en lo que la plebe quería ver, en lo que el tumulto exigía. La Constitución al reconocer a la Justicia Indígena, indica que ésta debe respetar los preceptos en ella consagrados y en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados internacionales; entonces, si nos fundamos en esto, podemos decir que la Declaración de los Derechos Humanos, fue una lucha universal para dejar de lado la barbarie, los actos de tortura y los actos en contra de la dignidad humana. Se colige que el Ecuador regresó a la época medieval con el sistema indígena, al entregarles un derecho existente sólo para

ellos, por supuesto, en cuanto sea beneficioso, porque en la práctica se observa que los miembros de una comunidad cuando les interesa, se acogen al sistema ordinario de justicia, es decir, se ha creado una dualidad de sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio, a favor de una clase social.

5.1.4.- Tal cual está concebida la Justicia Indígena, es inejecutable, porque de manera interpretativa no se puede aplicar un ordenamiento jurídico, inexistente hasta los actuales momentos. Los conflictos jurídicos, principalmente de jurisdicción y competencia, se han constituido en la piedra del zapato del ordenamiento jurídico estatal, porque nadie ha definido el alcance de la aplicabilidad del término “conflicto”, que a decir de los fervientes admiradores de la Justicia Indígena, sostienen que este término tiene un alcance general y que el conocimiento de delitos atroces o problemas domésticos, pueden ser conocidos sin ningún problema por las autoridades indígenas, las que dicen estar capacitadas y con atribuciones para juzgar y sancionar. Esto ha derivado, para que se realicen ante la Corte Constitucional peticiones de consulta, acción de interpretación y acción extraordinaria de protección, las mismas que no han sido resueltas y están causando indefensión terrible en el contexto de la seguridad jurídica, entendida como la garantía de la aplicación objetiva de la ley, teniendo en cuenta sus elementos que son el conocimiento de la norma, la permanencia relativa de la ley, el principio de cosa juzgada, la irretroactividad de la ley y la publicidad, que es inclusive preocupación directa del Presidente de la República y de los jueces del sistema judicial ordinario, quienes no tienen un camino expedito para dirimir la competencia. En definitiva, hasta la presente fecha se puede decir, que la Justicia Indígena es inaplicable en la República del Ecuador.

5.1.5.- Con respecto a La Cocha, comunidad que pertenece a la parroquia de Zumbahua, del cantón Pujilí, de la provincia de Cotopaxi, cuyos habitantes son *kichwa* hablantes, lo sucedido ha conmocionado las estructuras mismas del Estado Ecuatoriano, al ser actores de dos “linchamientos”, supuestamente con características de resoluciones emanadas por las autoridades del Cabildo indígena, cuando en los años 2002 y 2010, conocieron y resolvieron por delitos

de muerte, aplicando la Justicia Indígena, para lo cual, a través de actas, acogiendo el pronunciamiento de la comunidad en Asamblea General, proceden a que a los supuestos autores de una muerte, se les castigue inmediatamente, infringiéndoles penas crueles e inhumanas, como colgándoles desnudos de las muñecas ante la multitud, latigueándoles, bañándoles en agua helada, haciéndoles cargar en sacos de yute piedras, ortigándoles y obligándoles a que resarzan económicamente a favor de los familiares de las personas muertas. Dantesca y horrorosa forma de impartir justicia, que atenta a los derechos humanos, a derechos y garantías constitucionales. Se constituye la comuna La Cocha, como actor fundamental del principio de la justicia indígena, con un aditamento sociológico a lo manifestado: que los habitantes de este sector indígena, no sólo han actuado de manera grotesca con respecto a la justicia indígena, sino también, es costumbre su comportamiento terco y grosero cuando van a pedir a las autoridades mejoras para su sector. De esto puede dar razón el ex Concejal del cantón Pujilí, señor Danilo Ochoa, que en el proceso de investigación de este trabajo, manifestó, que cuando se trata de los habitantes de la comuna La Cocha, es imposible que exista un entendimiento educado y armónico, porque todo lo que piden, lo hacen en base de intimidación y la fuerza. Por lo tanto, la actuación de los comuneros y dirigentes de La Cocha, también tiene que ser analizada desde el punto de vista sociológico, como en su momento se analizó la problemática de los indígenas del oriente ecuatoriano.

5.1.6.- En materia procesal penal, el debido proceso consagra un conjunto de garantías para su transparencia, como la jurisdicción y competencia, determinadas en la Constitución, en el Código de Procedimiento Penal y Código Orgánico de la Función Judicial; mientras tanto la Justicia Indígena se basa supuestamente en un procedimiento de acuerdo a las costumbres y actos consuetudinarios. Así, lo que establecen el art. 171 de la Constitución y art. 344 lit. b) del Código Orgánico de la Función Judicial. En los casos de La Cocha, ¿de qué garantías se puede hablar, si los dirigentes indígenas, interpretando la Constitución a su parecer, han resuelto y sancionado en forma atroz e inhumana la conducta de los supuestos culpables de una muerte y sostienen

que los actos que se den dentro de una comunidad, sólo le concierne a la comunidad y no causan conmoción social. Los conflictos que deben ser conocidos según la Constitución con respecto a la Justicia Indígena, art. 171 de la Constitución, han rebasado su aplicabilidad, bajo una errada interpretación de los auspiciantes y motivadores de esta justicia sesgada, basada en un hecho inventado, pero considerado como verdadero, es decir, con el pretexto de que no está escrito en ningún texto, han extralimitado el respeto a la integridad humana, a la moral, las buenas costumbres y la ética. Según ellos, todo está permitido para los imaginarios: la ortigada, bañada con agua helada, cargada de piedras con el cuerpo desnudo, flagelado, secuestro para que declaren sin la presencia de un abogado, humillación frente a la comunidad, aislamiento de la sociedad indígena, obligatoriedad de que se entregue dinero, no tienen quien los sustente y defienda. No se aplican recursos de ninguna índole; la pena es de acuerdo al grado de afinidad con el dirigente o la comunidad; la autoinculpación es por cuanto ese pobre ser humano no tiene otra salida, sino declararse autor de un hecho que jamás cometió. En el caso de la Cocha, todo lo manifestado está presente: la indefensión es más que evidente y notoria, se actuó con salvajismo y abusivamente.

5.2.- Recomendaciones.

5.2.1.- La Justicia Indígena tal cual está concebida, no es una garantía para la sociedad indígena, así como, no se constituye en una normativa que pueda probar el desenvolvimiento adecuado entre dos sistemas jurídicos. El Gobierno Nacional, conjuntamente con los actores políticos, tiene que entrar inmediatamente a solucionar este verdadero inconveniente, presentando en la Asamblea Nacional un proyecto de ley, para establecer los límites de la Justicia Indígena. Esta recomendación se presenta por cuanto, en el transcurso del proceso investigativo para plasmar esta tesis, nos encontramos con vacíos jurídicos con respecto a la Justicia Indígena, tanto de fondo como de forma, con los que se impide una aplicabilidad correcta de la Justicia Indígena, en razón de que, los impulsores de este nuevo sistema jurídico, creen suficiente

que basta la interpretación del artículo 171 de la Constitución, de los Tratados Internacionales, principalmente del Convenio 169 de la OIT, de tres artículos del Código Orgánico de la Función Judicial, para que exista y se practique la Justicia Indígena. En base de un derecho consuetudinario y de las costumbres, si no existe Ley que regule la Justicia Indígena, seguiremos observando que la dirimencia del conflicto de competencia, será reclamada permanentemente por los operarios de la justicia ordinaria, porque inclusive los dirigentes de las comunidades, para ser considerados como jueces, carecen de legitimación.

Otro camino para eliminar las justicias paralelas, sin crear jueces de excepción que atenten a los derechos humanos y que atenten al ordenamiento jurídico estatal, es reformar la Constitución de la República del Ecuador y para esto existen suficientes argumentos, principalmente el que a un extracto de la sociedad que representa tan sólo, aproximadamente hasta la fecha el 5% de la población nacional, no se le puede entregar una Justicia especial, con doble vía, con un doble derecho, porque en el contexto constitucional, vendrían a ser beneficiarios de una actividad de supremacía constitucional.

5.2.2.- La Corte Constitucional, por mandato constitucional, es el máximo organismo de control, de interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, por lo que este Organismo es el único que puede orientar a través de dictámenes, sobre acciones constitucionales que se han incoado (acción de interpretación presentada por el Presidente de la República, las peticiones de consulta presentadas por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi y el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y la Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de la Justicia Indígena), con la finalidad de que resuelvan de manera eficaz el alcance que tiene la Justicia Indígena y la proporción que tiene ésta con el procedimiento jurídico ordinario. Es imperiosa la emisión del fallo de la Corte Constitucional, por cuanto las partes procesales que han intervenido en el caso La Cocha 2010, han quedado en indefensión y sobre todo, que no dejen de lado el principio de unidad jurisdiccional, es decir, que ninguna autoridad de las otras funciones del Estado, podrá desempeñar funciones de administración de

justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

5.2.3.- Es indispensable que, en la malla de estudio de la carrera de Derecho en la Universidad de las Américas, esté incluida la materia de Constitucionalismo Contemporáneo, tema de vital importancia, en razón de que la actual Constitución “garantista de derechos”, es fuente y principio de una larga permanencia en la práctica del nuevo y neoconstitucionalismo y que los conceptos de derecho y justicia se han transformado, dejando al derecho positivo, para entrar al positivismo, que no es sino, la corriente de la interpretación como forma de aplicabilidad de las normas, primando ante todo la Constitución y los tratados internacionales. Más aún, se puede acentuar que, las leyes secundarias orgánicas y ordinarias, han quedado obsoletas, porque de acuerdo a la Constitución, la preservancia de la aplicación directa de los contenidos constitucionales es la que prima. Basta que se enuncie en la Constitución, para que surtan los efectos jurídicos, ya no se necesita de una Ley secundaria, inclusive el procedimiento ha sido reemplazado con el criterio de interpretación constitucional; el humanismo ha logrado tomar ventaja sobre cualquier materia rígida, la prevalencia de los derechos, es lo que se discute actualmente en cualquier materia, y esto va para largo por tiempo indefinido, por lo que es necesario que la materia de Constitucionalismo Contemporáneo, debe impartirse en la Universidad de las Américas, con secuencia duradera en toda la carrera para obtener el título de Abogado.

Como el alcance constitucional es universal, su aplicación tiene que acomodarse y dictarse a todas las materias en sus respectivas especialidades.

REFERENCIAS

Libros:

- ✓ Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 31-47). Madrid: Trotta.
- ✓ Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho.
- ✓ Ávila Santamaría, R. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: V&M Gráficas.
- ✓ Barrera, A. (2001). *Acción Colectiva y crisis política. El movimiento indígena ecuatoriano en la década de los noventa*. Quito: Osal.
- ✓ Barros, V. (1959). *El delito y la transgresión según los principios de la escuela toscana*. Córdova: Boletín del Instituto de Derecho Penal; Universidad de Córdova.
- ✓ Bayón, J. C. (2003). Derechos, democracia y Constitución. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (pág. 223). Madrid: Trotta.
- ✓ Cabrera Zegovia, J. C. (2005). *La prueba prohibida, ilegal o ilícita y las reglas de excusión*. Guayaquil: ARA Editores.
- ✓ Correas, Ó. (2003). *Pluralismo Jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara.
- ✓ García Falconí, J. (2008). *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la nueva Constitución Política del Ecuador*. Quito: Fiscalía General del Estado.
- ✓ García Figueroa, A. (2003). La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 159-186). Madrid: Trotta.
- ✓ Grijalva, A. (2009). *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- ✓ Guastini, R. (2003). La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (pág. 54). Madrid: Trotta.
- ✓ Illaquiche, R., & Tibán, L. (2008). *Jurisdicción Política en la Constitución Política del Ecuador*. Quito: Fundación Hanns Seidel.
- ✓ Jestaedt, M. (2008). La Ponderación en el Derecho. En E. Montealegre, *La Teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades* (págs. 75-85). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ✓ Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ✓ Llasag, R. (2003). *Jurisdicción y Competencia en el Derecho Indígena o Consuetudinario*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- ✓ Prieto Sanchís, L. (2007). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- ✓ Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 123-158). Madrid: Trotta.
- ✓ Sánchez-Parga, J. (2007). *El Movimiento Indígena Ecuatoriano*. Quito: Centro Andino de Acción Popular.
- ✓ Vásquez, L., & Saltos, N. (2007). *Ecuador y su realidad*. Quito: CODENP.
- ✓ Vázquez, R. (2009). *Entre la libertad y la igualdad*. Madrid: Trotta.
- ✓ Villavicencio Llor, G. (2007). El Reconocimiento Constitucional de la Justicia Indígena. En J. Salgado, *Justicia Indígena* (págs. 40, 41). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- ✓ Yrigoyen Fajardo, R. (2003). *Variaciones sobre la Justicia Comunitaria*. Antropoli.

Revistas, Reportajes y Editoriales:

- ✓ Carrillo, L. (23 de mayo de 2010). La pena de muerte. *La Gaceta*, pág. 4.
- ✓ Corral, F. (24 de Abril de 2009). En torno al Derecho Indígena. *El Comercio*.
- ✓ Poveda Moreno, C. (2006). Límites Constitucionales de la Justicia Indígena. *Directum*, 11-15.

- ✓ Poveda Moreno, C. (2010). La Cocha: 2002 - 2010. Retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. *Novedades Jurídicas* , 6-14.
- ✓ Ramírez, T. V. (2007). Zumbahua. *155 años de cantonización de Pujilí* , 17.
- ✓ Singaña, J. (2006). El Derecho y la Justicia Indígena. *Directum* , 6-7.

Diccionarios:

- ✓ Cabanellas, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.
- ✓ Ossorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales*. Madrid: Heliasta.

Información Auxiliar:

- ✓ Caso La Cocha 2002, Causa N° 0002-2003-CC (Tribunal Constitucional 17 de junio de 2003).
- ✓ Causa N° 10-05-25013 (Fiscalía Distrital de Cotopaxi 23 de mayo de 2010).
- ✓ Causa por Asesinato, N° 0143-2010-TPCX (Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi 28 de mayo de 2010).
- ✓ Colom González, F. (2009). <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2009-numero33-10001&dsID=PDF>. Recuperado el 29 de diciembre de 2010
- ✓ D'Ambrocio, G. (octubre de 2010). www.derechoecuador.com. Recuperado el 12 de octubre de 2010
- ✓ Guarderas, S. (2011). Control Constitucional Difuso en el Ecuador. *Acción Extraordinaria de Protección en el Ecuador*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- ✓ Mapa cartográfico de la comunidad La Cocha; Departamento de Catastros del Gobierno Autónomo Municipal Descentralizado de Pujilí.
- ✓ Ochoa, D. (5 de Agosto de 2011). La Comunidad La Cocha. (R. Carrillo Sánchez, Entrevistador)

- ✓ Sentencia por Injurias, N° 509-GG-2009 (Segunda Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 8 de mayo de 2009).
- ✓ Sentencia por Usurpación, N° 1311-SJ-2009 (Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 16 de diciembre de 2009).
- ✓ Sentencia por Usurpación, N° 814-GG-2009 (Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia 22 de abril de 2010).

Normativa:

- ✓ Código de Procedimiento Penal; Suplemento publicado en el Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo de 2009.
- ✓ Código de Procedimiento Civil; Suplemento publicado en el Registro Oficial N° 58 del 12 de julio de 2005.
- ✓ Código Orgánico de la Función Judicial; Suplemento publicado en el Registro Oficial N° 544 del lunes 9 de marzo de 2009.
- ✓ Código Penal; Suplemento publicado en el Registro Oficial N° 555, del 24 de marzo del 2009.
- ✓ Constitución de la República del Ecuador; Publicado en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- ✓ Constitución Política de la República del Ecuador; Publicado en el Registro Oficial número 1, del 11 de agosto de 1998.
- ✓ Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo. Publicada en el Registro Oficial N° 304, de 24 de abril de 1998. Fue aprobado por el Congreso Nacional del Ecuador, el 14 de abril de 1998, y ratificado por el Presidente de la República del Ecuador, Dr. Fabián Alarcón, en mayo de 1998.
- ✓ Declaración Universal de los Derechos Humanos; Organización de las Naciones Unidas.
- ✓ Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas; publicada en el Registro Oficial N° 188 de 7 de octubre de 1976; reformado en el Suplemento del Registro Oficial N° 544 del lunes 9 de marzo de 2009.

- ✓ Ley de Arbitraje y Mediación; publicada en el Registro Oficial N° 145, del 4 de septiembre de 1997.
- ✓ Ley de Comunas.
- ✓ Ley Orgánica de Control Constitucional; publicada en el Registro Oficial N° 0099 del 2 de julio de 1997 y reformada en el Registro Oficial N° 0341 Suplemento 280 del 8 de marzo de 2001.
- ✓ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; 2009.
- ✓ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional; 2009.

ANEXOS