

## **Reforma a la justicia y derecho indígena ecuatoriano**

**Por: Jaime Vintimilla Saldaña<sup>1</sup>**

Uno de los retos del Derecho en el siglo XXI es precisamente la incorporación del denominado pluralismo jurídico o convergencia en un mismo espacio geográfico de dos o más sistemas jurídicos diversos o sencillamente la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos. Ecuador no ha sido ajeno al fenómeno jurídico y en la Constitución reformada por la Asamblea Nacional de 1998, incorporó este concepto al confirmar la existencia de la justicia o derecho indígena independientemente de la administración tradicional de justicia.

En la práctica, esta realidad ha generado una serie de conflictos conceptuales y formales tanto en los diversos operadores judiciales como en la ciudadanía en general, pues por un lado, si bien se ha aceptado dentro del derecho positivo el concepto, lamentablemente han sido escasos los pronunciamientos judiciales, legales y constitucionales al respecto, en cambio, en el otro lado, notamos un desconocimiento, o al menos, una descoordinación en el discurso y en la práctica, entre algunos líderes indígenas y miembros de las comunidades. Además, temas como los derechos colectivos y normas como el Convenio 169 de la OIT son muchas veces materia desconocida y no bien difundida entre la ciudadanía indígena y no indígena. Esto no quiere decir, que la justicia indígena no haya existido antes del reconocimiento constitucional, más bien su apareamiento, positivo o normativo, ha confirmado una realidad socio-jurídica que requiere de definiciones conceptuales precisas y claras, niveles de compatibilidad entre los sistemas y limitaciones bien definidas en su accionar.

Por todo lo expresado, considero que la investigación que se ha realizado gracias al apoyo de INWENT se transforma en materia prima propicia para obtener algunas conclusiones e ideas básicas que servirán para fomentar el debate sobre la reforma a la justicia en el sector rural y en el indígena, pues la lógica presentada hasta la fecha ha sido generalmente la creación de normas e instituciones desde la visión urbana y el monismo jurídico imperante, sin un acercamiento mínimo a la Sociología y Antropología jurídicas.

Se presentan tres aspectos esenciales que deberán tratarse detenidamente, a saber:

- 1) Entender y desarrollar el artículo 191 de la Constitución vigente en lo concerniente al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, mecanismos alternativos de manejo de conflictos comunitarios y la implementación de la justicia de paz.
- 2) Un proceso de formación conjunta e intercambio de experiencias entre autoridades indígenas y funcionarios judiciales, policía, fiscales y autoridades del Ejecutivo como intendentes y comisarios nacionales a más de los funcionarios seccionales.

---

<sup>1</sup> Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diplomado Superior en Manejo de Conflictos por la Universidad Santa María de Chile, Profesor de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Director Ejecutivo de CIDES, conferencista nacional e internacional, autor de varios artículos y libros sobre MASC.

3) Mejoramiento del acceso a la justicia mediante el uso de las lenguas ancestrales, la difusión del Derecho, el entendimiento del pluralismo jurídico y la intervención de las instituciones jurídicas más representativas como la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional y demás tribunales y juzgados que deberán apoyar en la construcción de un consenso en temas como los límites y operatividad de la justicia comunitaria.

Para analizar el primer aspecto deberemos partir del hecho que el Estado pretende, de manera irrefutable, el monopolio de la administración de justicia y para ello, “los operadores de justicia se organizan como una estructura centralizada que hace parte del aparato estatal”<sup>2</sup> y se constituyen además en la única fuerza legítima sancionadora.

Por ello, la tarea inicial que deberán emprender los Estados es la comprensión de que las normas de conducta o reglas de comportamiento también tienen otras fuentes de creación y precisamente una de ellas es la comunidad indígena.

En esta lógica se hace imprescindible la promulgación de la ley que haga compatibles las funciones de la justicia indígena con las del sistema judicial nacional. Las razones son múltiples, pues resulta de trascendental importancia proteger aspectos como la seguridad jurídica y la certeza así como la presencia de unos mínimos éticos y jurídicos básicos que garantizarán una aplicación de justicia basada en normas internacionales y en el respeto de los derechos humanos, al menos, del denominado núcleo duro.

Hemos observado que los pueblos indígenas utilizan una suerte de interlegalidad, pues consideran en su visión socio-jurídica tanto su propio derecho consuetudinario revestido de sus características innatas, como el derecho estatal, ya que algunas comunidades presentan reglamentos internos y se remiten al ordenamiento jurídico así como a las autoridades parroquiales, cantonales, provinciales o nacionales, dependiendo de la gravedad del caso. Otro aspecto vital es el hecho de la incorporación en el manejo comunitario de conflictos de figuras como la mediación comunitaria o la conciliación comunitaria, pues un aspecto del derecho indígena es el devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones y si es posible la reconciliación; no es, por tanto, una justicia eminentemente castigadora o exegética, pues se considera la situación tanto del agresor como de la víctima así como la costumbre, la norma judicial oficial o la decisión inmediata de la totalidad de la comunidad antes de encontrar una solución a los conflictos o problemas que enfrentan los comuneros.

La ley que deberá ser orgánica considerará la realidad sociológica, pues no existe un sistema jurídico indígena único, sino que hay múltiples subsistemas que se adaptan a los diferentes espacios y tiempos, de acuerdo a la realidad antropológica de cada pueblo o nacionalidad indígena, que generalmente es dinámica.

Se considera, entonces, necesario e importante el desarrollo de un estudio del derecho indígena a la luz de dos aspectos cruciales: 1) la reconstrucción de la costumbre histórica, pues se ha observado la presencia de diversas fuentes creadoras tales como las prácticas ancestrales bien determinadas, la influencia de los pueblos dominadores como es el caso del

---

<sup>2</sup> Para analizar todos estos aspectos consultar la obra ¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?, coordinado por Edgar Ardila, Corporación Región, Medellín, 2006.

Derecho Indiano, la interculturalidad jurídica o influencia de otros pueblos o nacionalidades indígenas e inclusive la invención o redefinición de las costumbres<sup>3</sup>, y 2) el abordamiento del ordenamiento consuetudinario desde la lógica indígena, pues parecería que la imposición del monismo jurídico ha hecho que la justicia indígena se configure o escriba al ritmo de instituciones, principios y normas ajenas a su realidad, así Kamachik se traduce como ley o norma, cuando en realidad implica la idea de fuerza, alma, ánimo en acción permanente ejercida por una autoridad que conecta las normas naturales con la conducta de los comuneros.

Este estudio será trascendental para que en el Ecuador se incorporen los peritajes antropológicos como instrumentos de referencia para el juzgamiento y entendimiento de ciertas conductas indígenas y no indígenas en un mundo intercultural e inter-jurídico.

Finalmente, creo que la realidad del Derecho Internacional Privado nos puede servir de ejemplo para que el pluralismo jurídico sea una realidad forense y no un mero discurso, así se hace necesario la creación de una especie de puntos o elementos de conexión que nos ayuden a ver cuál es el ordenamiento o sistema jurídico que deberá aplicarse en un caso determinado, es decir, se hace imprescindible la presencia de conceptos que no proporcionen soluciones para los conflictos entre particulares, sino que tienen como exclusivo objeto o finalidad el de zanjar o solucionar los conflictos de normas, leyes o sistemas, conflictos que existen cuando dos o más ordenamientos -una sola de las cuales debe ser aplicada- tienen relación con una determinada situación jurídica. Se trata de una tarea innovadora para el derecho andino, por ello anhelo profundamente que no se omita más el llenar este vacío existente.

Estos puntos de conexión podrían referirse a las autoridades comunitarias, a los procedimientos propios, al sentido de conflictos internos, al uso y entendimiento del derecho consuetudinario y a los mínimos constitucionales que deben respetarse.

Un tema paralelo es el de la justicia de paz, pues al venir a reemplazar a los tenientes políticos deberán mantener las relaciones que presentan con las comunidades indígenas, ya sea como jueces de paz indígenas o como terceros que deben manejar conflictos comunitarios. Creemos que es de vital importancia el no retardar más la aprobación de la Ley orgánica de Justicia de Paz o la Ley Orgánica de la Función Judicial, pues actualmente no existen los nexos entre los dos sistemas de justicia en las parroquias rurales, ya que el Teniente político ya no tiene la competencia que antes poseía, dejando de este modo, sin el derecho constitucional de acceso a la justicia a muchos ciudadanos que viven en las zonas rurales<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> En este tema coincidimos con el brillante trabajo realizado por los profesores Gina Chávez y Fernando García denominado "El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana, FLACSO-Petroecuador, 1ª. edición, Quito, 2004, páginas 210 y 211.

<sup>4</sup> Actualmente se encuentra en primer debate un proyecto de Ley Orgánica de Justicia de Paz, lamentablemente se ignora por completo la naturaleza de la figura como mecanismo de justicia comunitaria y como nexo o bisagra entre la justicia local o comunitaria y la justicia formal, ya que se pretende que los jueces de paz sean abogados. Una forma más de imposición y desconocimiento.

Sobre el segundo aspecto, partimos de un hecho cierto, ya que ni las autoridades estatales conocen lo que significa la justicia o derecho indígena, pues jamás han recibido formación o capacitación al respecto, como tampoco hablan ninguna lengua indígena; así mismo los indígenas no conocen la legislación nacional, ya sea porque no hay difusión en su propia lengua, ya sea porque no existen normas traducidas, ya sea por su divorcio con su realidad. Además hemos advertido que no todos los comuneros conocen de la Administración de justicia indígena, pues muchas veces el tema se ha transformado en discurso etnocéntrico, otras en una herramienta de poder y otras en una realidad histórica y cultural que se ha mantenido ante la ausencia del Estado para brindar soluciones oportunas con autoridades e instituciones que conozcan su realidad y no la aplicación normativa exacta.

Al respecto, en el proyecto se han desarrollado dos actividades que consideramos trascendentales, a saber: a) Talleres de discusión y formación intercultural e interlegal entre las autoridades indígenas y funcionarios judiciales, fiscales, autoridades como la Defensoría del Pueblo, comisarios nacionales y municipales, etc. y, b) Visitas de intercambio entre funcionarios judiciales y autoridades indígenas.

Mediante la primera actividad se ha logrado empezar a trabajar el reconocimiento de la existencia de la diversidad jurídica y luego la necesidad de construir consensos de cooperación interinstitucional para un manejo adecuado de los conflictos así como la uniformidad de tener mínimos de coordinación en base a conceptos como los derechos humanos, el derecho formal y los diversos usos y costumbres.

Gracias a la segunda actividad las partes han empezado a comprender lo que significa manejar los conflictos y administrar justicia desde cada perspectiva o posición y ha dado lugar a un proceso de observación de la satisfacción de los usuarios.

Se advierte que la Escuela judicial del Consejo Nacional de la Judicatura debería iniciar procesos de formación tanto a jueces como fiscales para la comprensión de la justicia indígena, de allí se podría construir un pluralismo normativo en la realidad cotidiana. De este modo, se podría aplicar en la realidad forense el Convenio 169 de la OIT que la gran mayoría de jueces no lo hacen.

Además, creemos que es hora que instituciones como el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia manifiesten su criterio sobre esta realidad, pues en algún momento deberán analizar casos que guarden relación con decisiones comunitarias indígenas. Por ello, considero que deberían incorporarse a dichas instituciones asesores y peritos o estudiar la posibilidad de tener un jurista indígena en cada una de ellas.

El camino para construir la reforma ha empezado, pero no podrá concluirse con eficiencia si no existen cambios drásticos e inmediatos en el aparato legal y judicial del país así como en la cultura y conciencia jurídica, entre ellos: 1) Que se respete el derecho humano de la independencia del juez o independencia orgánico-funcional, 2) que se entienda lo que realmente significa Estado de Derecho, concepto ausente hoy en día, 3) que los órganos de control legal, constitucional y electoral no respondan a intereses de partidos políticos o grupos de poder, 4) que se respeten las normas e instrumentos internacionales ratificados por el país, 5) procesos constitucionales de codificación o depuración de normas.

