

## ¿Rectificación Constitucional sobre la Justicia Indígena?

---

### **Bartolomé Clavero**

La Constitución del Ecuador establece en su artículo 171 lo siguiente: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”*. Cuestiones subsiguientes: ¿Es así el título de la justicia indígena de un valor *preconstitucional*? ¿Está la jurisdicción indígena sujeta *tan solamente* al control de constitucionalidad y no a otros escrutinios? ¿Los instrumentos internacionales *sólo* limitan o *también* habilitan?... Tras un primer desarrollo normativo de la Constitución más bien negativo, avanza ahora en el proceso legislativo un proyecto de planteamientos más positivos.

Ahora se está considerando por la Asamblea Legislativa del Ecuador un Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria, pero, tras la Constitución, ya ha habido leyes u otras medidas que tocan el asunto o que de diverso modo afectan a la jurisdicción indígena. Conviene considerarlo pues pueden marcar el panorama donde vendrá a situarse la Ley de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria o Ley del Estado sobre Justicia Indígena, condicionándola y desvirtuándola incluso. Pues de ello colateralmente se ocupa, podemos llamarla del segundo modo, Ley del Estado sobre Justicia Indígena, bien sabido en todo caso que estrictamente la ley estatal no pueda incidir en su ejercicio interno de tal justicia. Por esto constitucionalmente lo que se requiere, como ha podido verse en el artículo citado al inicio, es *“coordinación y cooperación”*, sólo esto. El problema ya va a proceder de que el desarrollo legislativo de la Constitución en materia judicial hasta el momento tiene creadas las condiciones de quebrantamiento de ese mandato constitucional de atenerse a la vertiente exterior de la justicia indígena. La incidencia de ley del Estado en justicia indígena ya es más que colateral. El Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria viene a encontrarse en un campo minado en el que puede convertirse en Ley del Estado sobre Justicia Indígena a efectos no sólo intrínsecos.

La ley más importante que se interpone entre Constitución de una parte y la que será Ley del Estado sobre Justicia Indígena es el Código Orgánico de la Función Judicial. Comienza por

establecer principios no muy halagüeños para la posición definitiva de la justicia indígena, una justicia de origen y título preconstitucional, lo primero que se ignora: *“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley”*; *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”*. La justicia indígena se sitúa bajo la Constitución y bajo la ley. El Código judicial viene de entrada a situarla junto a instancias inferiores o junto a formas voluntarias de jurisdicción. A continuación de referirse a ella, registra su reconocimiento de la justicia de paz y del arbitraje. Lo mismo que la jurisdicción indígena, *“los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”*; así también la justicia de paz: *“Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley”*. La justicia de paz puede ser justicia de comunidad igual que la justicia indígena, con lo que la segunda puede atraerse a la posición de inferioridad de la primera.

La Constitución hemos visto que sitúa de forma muy distinta la justicia indígena. Para ella es justicia *“con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”*, con título por parte *propio*, no dependiente de ley o ni siquiera en rigor, según su mismo reconocimiento, de la Constitución. Y es justicia con *“normas y procedimientos propios”* siempre que no resulten contrarios *“a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”*. El título resulta preconstitucional, anterior y superior a la Constitución misma, y el ejercicio ha de ser constitucional, conforme a Constitución y a instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre éstos figura la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para la que el título de la jurisdicción indígena es el derecho de libre determinación del correspondiente pueblo, lo cual refuerza la posición de la justicia indígena por encima de las leyes. Ulteriormente, en sede judicial, la Constitución sitúa a la justicia indígena también bajo *“la Constitución y las leyes”*, pero esto no puede cancelar todo lo precedente. Ni la Constitución ni los instrumentos internacionales de derechos humanos ofrecen base firme para hacer lo que ha hecho el Código judicial, una ley al cabo, al subordinar la jurisdicción indígena a las leyes del Estado.

En la asimilación de la justicia indígena a instancias inferiores o voluntarias, el Código judicial va más lejos. Proclama que la función de la justicia ante todo consiste en el *“servicio público”* de *“hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes”*, también las leyes, rematando: *“El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades”*, al igual que la justicia indígena. Tal es la asimilación que en el propio Código judicial ha de reiterarse que la justicia indígena no se subordina a la justicia de paz: *“La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena”*. Digo reiterar porque ya lo dispone así explícitamente la Constitución: *“En ningún caso (la justicia de paz) prevalecerá sobre la justicia indígena”*, pero hay en ella misma bastante más. ¿Por qué no dice el Código eso mismo con la

misma claridad respecto al conjunto de la justicia del Estado con salvedad tan sólo de la de orden constitucional? Esto es realmente lo que la Constitución está requiriendo, pero el Código evita especificarlo.

Tras esa ubicación poco constitucional, por no decir anticonstitucional, de la justicia indígena, el Código procede a la repetición prácticamente literal del artículo 171, el citado al principio. En este contexto ahora legal, pues no constitucional, sus principios se difuminan. El artículo constitucional se contrae por el Código al ejercicio de competencias, como si en el mismo no se implicase su posición por encima de la ley que está así en cambio arrogándose la autoridad sobre ella, sobre la justicia indígena. Con tal pie de entrada, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de derechos humanos se ponen en juego para limitar la justicia indígena, habiéndose evitado aplicarlos previamente en relación al título y a la posición. ¿No debía la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Constitución misma entrar en juego ante todo para potenciar la justicia indígena? ¿Cómo es que tan sólo se les utiliza para limitarla? En cuanto a derechos humanos, ¿no es la misma la limitación que afecta al Estado? ¿Por qué el énfasis de estos límites se pone en la justicia indígena para subordinársele como si los mismos no afectasen a todas las jurisdicciones, las del Estado inclusive? El Código judicial, de marzo de 2009, ha sacado partido de estas distorsiones. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de octubre del mismo año, ha abundado en la línea del énfasis en las limitaciones de la justicia indígena.

Aunque no lo haya hecho en el momento crucial de situar a la justicia indígena, el Código judicial ha de recoger lo establecido por la Constitución en lo referente a que el ejercicio de la misma sólo queda sujeto a control de constitucionalidad. De esta forma lo dispone: “*Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional*”. Bien está, pero ¿a qué viene el latinajo, ese de *non bis in idem*? El mismo significa que un caso penal no debe ser juzgado por dos veces. Pero no es a esto a lo que responde la falta de competencia de la justicia ordinaria del Estado sobre justicia indígena. El latinajo es aquí un sofisma para hacer desaparecer la razón constitucional del reconocimiento del *derecho propio* indígena como base para dicha exclusividad del control de constitucionalidad. Es también un sinsentido, pues la justicia indígena no es tan sólo penal, sino también civil, y en cuanto que jurisdicción civil tampoco está subordinada a la justicia ordinaria del Estado. La distorsión se comete en una parte del Código engañosamente identificada como *de principios de la justicia intercultural*. Hay otros que pierden bastante fuerza en este contexto de elusión de imperativos constitucionales; por ejemplo: “*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*”. ¿Quién determina que hay duda si la jurisdicción ordinaria del Estado muestra certeza sobre su competencia antes de que la justicia indígena haya actuado? Si lo ha hecho y se reafirma, la justicia del Estado debe declinar. La Constitución obliga y el Estado se lo ahorra.

El Código judicial establece que el Consejo de la Judicatura, el órgano de gobierno de la justicia, aunque carezca constitucionalmente de competencias sobre la jurisdicción indígena, ha de ocuparse de la *“promoción de la justicia intercultural”*, por lo que recibirá *“los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”*; en especial, *“capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”*. Es una forma de otorgarle unas competencias que la Constitución no permite. De hecho, por esta vía se están introduciendo *fiscalías indígenas* a espaldas de la justicia indígena; por mucho que se les capacite para que se manejen sobre el terreno, se está así invadiendo, con quebranto de la Constitución, un ámbito sobre el que no se tienen competencias. La *interculturalidad* sirve también para eludir o conculcar principios constitucionales y de derechos humanos en lo que interesa a la justicia indígena.

Es una situación adversa a la justicia indígena y contraria a la Constitución que se ha establecido sin la consulta a los pueblos indígenas que la misma Constitución y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requieren. Y es la situación en la que viene a plantearse el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria. De hecho, lleva bastante tiempo, desde febrero de 2010, presentado por iniciativa parlamentaria y además indígena, no gubernamental, en la Asamblea Legislativa. Se le ha estado reteniendo con el argumento de que se precisa previamente la Ley de Consulta pues debe someterse a la misma, esto que ha eludido el Código judicial. La Ley Orgánica de la Función Legislativa tampoco ha contemplado el requerimiento de la consulta. Como su regulación está deliberadamente demorándose y el argumento ha venido por consiguiente a convertirse en excusa, si no lo era desde un principio, el Proyecto finalmente, al año de presentarse, vino a tomarse en consideración. Ya ha sido positivamente dictaminado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. Es un texto más acorde con los lineamientos constitucionales cuya adopción supondría un verdadero giro en relación a la situación creada por el Código judicial, pero se plantea y desarrolla como si estuviéramos en el momento inmediato a la Constitución y el susodicho Código no se hubiera interpuesto.

El Dictamen de Comisión no afronta ni el estado normativo generado por el Código judicial ni el problema de que éste no se sometiese a consulta indígena afectando como neurálgicamente afecta a la justicia indígena. El Proyecto de Ley no contiene las disposiciones derogatorias que serían precisas para garantizar el fuera de juego de todo lo que hay en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional afectando a justicia indígena y de todo cuanto exista en el ordenamiento ecuatoriano al respecto, se contradiga o no con la nueva Ley, pues nada de lo existente ha pasado por la consulta indígena. Son fórmulas que asegurarían a la Ley de Justicia Indígena el carácter fundamental que merece y desde cuya perspectiva podría todavía revisarse el conjunto del Proyecto.

Me permito tan sólo un trío de sugerencias concretas, una referente a justicia constitucional, otra a competencias sustraídas a la justicia indígena y la tercera a régimen territorial. En primer lugar, como la Constitución no garantiza la plurinacionalidad del Tribunal Constitucional necesaria para legitimarle plenamente como instancia de control de la justicia indígena, la Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria debiera hacerlo. En segundo lugar, como el Proyecto sustrae competencias en el ámbito penal a la justicia indígena respecto a asuntos de mayor gravedad, aparte de aquilatarse el listado, ¿no debería confiarse dichos casos a una justicia también plurinacional y no a la ordinaria del Estado por muy intercultural que ésta se pretenda?

En fin, en tercer lugar, como la Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria se está anticipando al establecimiento de autonomía territorial indígena constitucionalmente previsto y como con la misma podría introducirse la capacidad normativa de los territorios indígenas a efectos tanto procedimentales como sustantivos de ejercicio de la justicia sin que las propias normas tuvieran por qué subordinarse a las leyes del Estado, sino tan sólo a Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, ¿no cabría que se abriese espacio a esta posibilidad de autonomía normativa por la misma Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria? El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, de octubre de 2010, no lo ha hecho. Un Proyecto de Ley Orgánica de Ejercicio y Aplicación de los Derechos Colectivos de las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, Pueblos Afroecuatoriano y Montubio, que fuera dictaminado hace ya más de un año por la Comisión Especializada Permanente de Derechos Colectivos, Comunitarios y la Interculturalidad, parece que se tenga engavetado.

Las tres sugerencias se encuentran vinculadas por supuesto. Si no hay autonomía normativa y no sólo jurisdiccional de los territorios indígenas; si no hay plurinacionalidad en las instancias que, por control de constitucionalidad o por sustracción de competencias, son competentes en casos indígenas, entonces lo que se abren son vías de intromisión que pueden minar el ejercicio de la justicia. El Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ya han establecido el escenario para que pueda producirse tal subversión de la Constitución del Estado y de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

No creo que las sugerencias puedan reducirse a ocurrencias personales. Tienen cabida en la Constitución del Ecuador y además resultan debidas a la luz de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En el proceso de análisis del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria por parte de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, hubo a mediados de junio de este año una sesión con instancias de las Naciones Unidas, en particular con la Oficina en el Ecuador del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y, por medio de videoconferencia, con el Relator de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Para ampliar la audiencia más allá incluso del personal parlamentario, la sesión se celebró en el Salón de Pleno de

la Asamblea Nacional. Como no hay visos de que se suscitasen cuestiones de plurinacionalidad de la justicia del Estado y de autonomía normativa de la justicia indígena por parte de las instancias internacionales de derechos humanos, como tampoco se planteó la adversidad del estado normativo postconstitucional ya creado y como la sensación que con todo cundió fue de que se consideraba suficiente el proyecto y se le respaldaba, cabe que se sienta perplejidad.

Las instancias de derechos humanos operan a veces como si bastase que las leyes parezcan reflejos de los respectivos instrumentos internacionales justificando así su trabajo. Comienzan comúnmente por ignorar el estado normativo que les va a conferir sentido y limitar o potenciar alcance a las leyes. Ni siquiera las oficinas locales de las agencias internacionales suelen mostrarse informadas de los acomodamientos o desacomodos en la práctica de las normas que interesan a derechos humanos. Instancias no locales, como la del mismo Relator Especial, están por lo general todavía más ajenas al conocimiento local necesario para evaluar novedades normativas, aparte de que no suelen mostrarse muy activas en la promoción del instrumento internacional más específico al efecto, no otro que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por supuesto. No es raro con todo ello que sus actuaciones resulten tan poco incisivas, prestándose a ser reducidas en casos como éste a una forma de legitimación.

El Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y de la Jurisdicción Ordinaria el respaldo lo merece. He querido contribuir al merecimiento planteando problemas y sugiriendo posibilidades. Apremiado desde el Ecuador, creo que, como simple observador externo actualmente, con mis afectuosos saludos y mejores deseos, esto es lo que me cabe.

- **Bartolomé Clavero** es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

**Fuente: Blog de Bartolomé Clavero [en línea]**  
<http://clavero.derechosindigenas.org/archives/10485>