



DERECHO INDÍGENA



ECOCIENCIA

Fundación Ecuatoriana
de Estudios Ecológicos

ECOLEX
CORPORACIÓN DE GESTIÓN Y DERECHO AMBIENTAL

DEZA
DDG
DSC
SDC
COSUDE



Danilo García C.

Gonzalo Varillas C.

DERECHO INDÍGENA



Derecho Indígena

© Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX

Todos los derechos reservados.

Av. Gaspar de Villarroel E4-50 y Av. Amazonas. Piso 2.

Quito, Ecuador.

Teléfonos: (593-2) 225 1446, 277 0451

Fax: (593-2) 245 4087

Correo electrónico: ecolex@ecolex-ec.org

Página web: www.ecolex-ec.org

Quito – Ecuador

Noviembre, 2007

Elaboración

DANILO GARCÍA CÁCERES

GONZALO VARILLAS CUETO

ESTEBAN FALCONÍ

Revisión

SARASWATI RODRÍGUEZ

Traducción

Alejandro Lema

“Derecho Indígena” ha sido elaborado en el marco del proyecto Capacitación y Coordinación para la Incidencia Política en Conservación y Manejo de la Biodiversidad en Riobamba”, ejecutado por la Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX como parte del Programa BioAndes que en Ecuador coordina la Fundación EcoCiencia.

Se puede reproducir este material siempre y cuando se cite la fuente:

García, Danilo; Varillas, Gonzalo y Falconí, Esteban. Derecho Indígena, ECOLEX, Programa BioAndes. Quito, Ecuador, 2007.

Esta publicación ha sido financiada con el auspicio de la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación COSUDE.





DERECHO INDÍGENA

Contenido

Presentación.	4
Aspectos generales: definiciones y principios.	5
Derecho Indígena	6
La realidad del derecho indígena en Ecuador.	7
La educación intercultural como derecho indígena.	10
Pluralismo jurídico y derecho indígena.	12
Conclusiones.	14
Bibliografía.	16

Presentación.

Durante los últimos años, varios países de Latino América han dado pasos importantes para reconocer la diversidad de normas y principios que se establecen en distintos pueblos y culturas que forman cada país. Este logro es el resultado de gran-

des luchas de los pueblos, y dichas normas han sido incorporadas por los Estados a través de sus respectivas Constituciones Políticas.



Cuando hablamos de normas y leyes, hablamos de formas de regulación de los pueblos para garantizar la convivencia y mantener la armonía entre sí, con los pueblos vecinos y

con la naturaleza. Cada pueblo, ha definido sus formas de comportamiento con sus propias costumbres y reglas sociales, siendo éste también el caso de los pueblos indígenas.

La presente cartilla trata de brindar elementos de análisis para entender la realidad jurídica del país, las normas y libertades que se han establecido en la Constitución en términos de Derecho Indígena, y analizar los principios del Derecho Indígena frente al Derecho Formal.

También es importante conocer que existen tratados internacionales (leyes para varios países) que protegen los derechos de los pueblos indígenas. Algunos de estos tratados son: el Convenio de Diversidad





Biológica, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Aspectos generales: Definiciones y principios.

En la práctica social y cultural se puede ver que los modelos sociales vigentes se basaron en una falsa uniformidad étnica (sólo existe una etnia), aunque la realidad deja ver que existen muchas más.

Como los pueblos indígenas basan su organización social y cultural en la práctica, (por ejemplo su lenguaje oral), el Derecho Indígena también refleja esta característica al basar sus regulaciones en la costumbre.

Lamentablemente, esta característica ha sido ignorada por el modelo de Estado al que nos han acostumbrado, el mismo que impone la uniformidad en cuanto a elementos culturales, y no toma en cuenta las normas tradicionales.

Por ejemplo:

Una familia vive bajo las normas y principios que los jefes de hogar (madre y padre) han establecido. Ellos serían el Estado.

Cuando un hijo/a se casa y trae a vivir con la familia a la esposa/o, ellos deben adaptarse a las normas y principios de la familia del esposo/a.

A su vez, la familia incluirá algunas de las costumbres de la persona nueva a fin de guardar la armonía familiar.

Derecho Indígena.

La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE, considera al Derecho Indígena como “el derecho vivo, que sin ser escrito, se evidencia a través de diferentes normas que regulan los diversos aspectos del convivir comunitario”¹.

Otra definición de Derecho Indígena es la siguiente:
Derecho indígena es el “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado”.

También hay que recordar que el Derecho Indígena es consuetudinario. Es decir, se basa en la costumbre en vez de algo escrito.

Los principios en los cuales se fundamenta el Derecho Indígena se basan en la relación armónica de los miembros de una comunidad. Estos principios son:

Ama Quilla = no ser ocioso
Ama Llulla = no mentir
Ama Shua = no robar

Además de estos principios en los que se basa el derecho indígena, existen valores que sostienen esta forma de derecho como son: la solidaridad, reciprocidad y colectividad.

Complementariamente, la aplicación del Derecho Indígena tiene su fundamento en la no violación de tres límites mínimos jurídicos como son:

¹ CONAIE: Organo de difusión de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. Septiembre 1992. Número 2 pág. 6



- El respeto a la vida.
- El respeto a la no esclavitud.
- El respeto a la armonía de la comunidad.

Así, ningún proceso indígena (ni mucho menos su sanción), será válido si contraviene los principios citados.

La realidad del derecho indígena en Ecuador.

A pesar del supuesto de que en la República del Ecuador existe una población indígena de 5.400.000 habitantes (43% de la población)², la misma que se autodefine como nacionalidades de raíces ancestrales, no todas ellas responden al mismo patrón cultural.

Habitan el territorio del Ecuador diferentes pueblos indígenas como son: Shuar, Achuar, Huorani, Siona, Secoya, Cofán, Záparo, Chachi, Tsáchila, Epera, Awá y Kichwas. Estos últimos están conformados por los pueblos Saraguro, Cañar, Purhuá,

Waranka, Panzaleo, Salasaca, Quito, Cayambi, Caranqui, Natabuela, Otavalo, Quichuas de la Amazonía, Manta y Huancavilca.³



Las dinámicas de la sociedad han permitido que el Estado reconozca otras formas de derecho

² Según estimaciones realizadas por la CONAIE, 2005

³ Consultoría particular de Nina Pacari, Ecuador, enero 2004



para que exista un verdadero pluralismo jurídico con la presencia palpable del derecho indígena.

Desde la creación del Estado ecuatoriano, la legislación sobre pueblos indígenas ha pasado de la ausencia total de 1830, hasta el reconocimiento de sus derechos específicos en 1998. Más aún, nuestra nueva Constitución aprobada el 28 de septiembre de 2008 incorpora nuevas e interesantes disposiciones. Algunos ejemplos son:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...

Art. 2.- ... El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural.



Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren



en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente, participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.



8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Sin embargo, el Estado no siempre aplica los derechos de los pueblos indígenas, por lo que hay que luchar por su respeto y garantía, para lo que existen mecanismos previstos en la ley.

El hecho de que el Estado garantice a los pueblos Indígenas la conservación y desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social, constituye uno de los principios de



la interculturalidad. Para eso, los valores, conocimientos, sabiduría de pueblos originarios no solamente deben ser recuperados, sino que deben ser ofrecidos como un aporte a la sociedad en su conjunto para que las políticas públicas asuman un rol democrático, justo y plural.

Este es sin duda uno de los principales adelantos en la legislación, ya que hace alusión a la importancia que tienen los elementos culturales de todos los pueblos que forman el Ecuador.

Por ejemplo:

Los dirigentes de la comuna, el cabildo que es elegido por los y las habitantes de la comuna son generalmente líderes reconocidos por sus cualidades y su desempeño en las tareas agrícolas, pecuarias o su educación. Cada uno/a de ellos se encarga de cumplir y hacer cumplir las normas dentro de su comunidad. Ellos son los encargados de llamar a la solución de conflictos y a consulta en caso de necesitarse tomar decisiones.

La educación intercultural como derecho indígena.

En la actualidad, el Estado Ecuatoriano ha reconocido como uno de sus deberes primordiales, la defensa del patrimonio natural y cultural del país. Este deber primordial del Estado se complementa con el mandato constitucional que indica que la cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad.

De la misma manera, actualmente el Estado reconoce como su deber inexcusable la educación, y se compromete a impulsar la interculturalidad, la solidaridad y la paz. Así podemos observar



como el sistema nacional de educación deberá incluir programas de enseñanza conformes a la diversidad del país.

La educación intercultural es un sistema de educación que invita a la valoración y recuperación

de las culturas y lenguas de las diversas nacionalidades y pueblos indígenas. En nuestro caso, incluye la afirmación y práctica del estudiante en su propia cosmovisión, en su cultura, en su medio social y científico, así como la apropiación selectiva y crítica de elementos culturales de las otras sociedades por parte de los indígenas; también se facilita la apropiación de los elementos culturales indígenas por parte de otros sectores de la sociedad nacional en forma consciente y crítica. Este proceso además se ve fortalecido por la incorporación del kichwa como lengua materna.

(Quishpe, en la web:

<http://icci.nativeweb.org/boletin/31/quishpe.html>)

Tomado de Proyecto Páramo, EcoCiencia.

Estos reconocimientos son importantísimos en la reivindicación jurídica para los pueblos indígenas frente a la sistemática imposición de un modelo de nación monocultural llena de principios y formas de organización social y métodos de resolución de conflictos muy distintos a los heredados ancestralmente por cada uno de estos pueblos.



Pluralismo jurídico y Derecho Indígena.

A nivel internacional existen organizaciones que promueven el pluralismo jurídico, lo que significa, reconocer diferencias entre



los pueblos y admitir sus formas de justicia, como principio de legitimación del Derecho Indígena. El mismo que consta en el artículo 57.10 de la actual Constitución Política ecuatoriana y recoge el mandato de los artículos 12 y 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que señala 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 contrarios a la Constitución y las leyes.

Esto quiere decir que el Estado reconoce las funciones de justicia ejercidas por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo sus propias normas, pero con la limitación que se expresa en el mismo texto constitucional y que señala que será la Ley la que hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.



Por ejemplo:

Nuestro cabildo es el encargado de cumplir y hacer cumplir nuestras normas de convivencia en la comunidad. Entonces, si tenemos algún problema, es el cabildo quien deberá intervenir para solucionarlo.

En caso de maltrato a niños en una familia, el cabildo interviene haciendo una advertencia a los padres. Les explican cómo deben ser tratados los niños/as de no hacer caso, los miembros del cabildo pueden sancionar o castigar a los padres. Para esto, se junta a la comunidad entera y se decide el castigo. (Entrevista al presidente de Chimborazo)

Como vemos, las autoridades de los pueblos indígenas ejercen 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.

Sin embargo, es necesaria una Ley para hacer firme el principio





constitucional del pluralismo jurídico, que implica la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio, tan dinámicos como la sociedad en que se desarrollan y que están presentes en las costumbres y en las normas de control social de los distintos pueblos.

Conclusiones.



En el Ecuador, deben reinar los principios de tolerancia y respeto, ya que permiten reconocer las diferencias culturales, étnicas y sociales de los distintos pueblos. Así, se logrará fortalecer la unidad en la diversidad al reconocer el derecho individual y colectivo de las personas.



Es importante tomar en cuenta que los valores de cada comunidad son independientes, y cada una mantiene costumbres que no deben ser pasadas por alto. Salvo el caso que se encuentren contrarias a la Constitución Política.

En cualquier comunidad en la que se altere el orden social, lo primordial es restablecer la armonía con la finalidad de que no queden problemas que puedan ser causa de nuevos conflictos.

Para una adecuada administración de justicia, en primer lugar



hay que enfocarse en los derechos que involucrado tiene, ya sean derechos constitucionales o derechos consagrados en los tratados internacionales.



Finalmente, es necesario que se tome en cuenta que cada persona es independiente y cada acto es diferente, por lo que las penas que se impongan deben depender de cada caso.

Bibliografía.

- Constitución Política del Ecuador 2008.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- CÁRCOBA, Carlos. Política y derecho en tiempos de reconversión. Crítica Jurídica N° 15 UNA, México, 1995
- CELEMI Jenny Andrea. Problemas de Interpretación Constitucional. Tesis de Magíster, Bogotá, 1999
- CHÁVEZ Gina, GARCÍA Fernando. El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía Jurídica indígena y afroecuatoriana. FLACSO Sede Ecuador. Quito, 2004
- ILAQUICHE, Raúl. Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena. Instituto para el Desarrollo Social y de las Investigaciones Científicas INDESIC. Quito, 2004.
- QUISHPE Cristóbal. *Educación intercultural bilingüe*. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 3, No. 31, octubre del 2001. *En la web:*
<http://icci.nativeweb.org/boletin/31/quishpe.html>
- TIBÁN Lourdes, ILAQUICHE Raúl, Manual de Administración de justicia Indígena en el Ecuador, FUDEKI, 2004
- SÁNCHEZ Esther, “Peritazgo Antropológico, una forma de Conocimiento”
- SÁNCHEZ Esther, Derechos Propios. Ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia, aula virtual.
- LLASAG FERNÁNDEZ Raúl, Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar.
- PACARI Nina, Avances de la Legislación Ecuatoriana sobre Tierra y Territorio de los Pueblos Indígenas, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 2003
- Instituto Interamericano de derechos Humanos, IIDH. Los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus derechos en América Latina. 2006
- WOLMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, Eds ILSA, Colombia, 2003.