

Vladimir Serrano Pérez

El derecho indígena

Introducción

La conmemoración de la llegada europea a América, acontecimiento célebre según unos y nefasto de acuerdo con otros, constituyó el escenario para el surgimiento de un movimiento de reivindicación cultural y autonómica por parte de los indígenas. La subordinación a la que éstos estuvieron sometidos en relación a sindicatos, asociaciones campesinas y partidos políticos de izquierda, terminó de manera abrupta. De ahora en adelante, entre los indígenas, no se habló más del proletariado y su revolución, sino de las nacionalidades y pueblos, los que tienen personalidad propia, y que por lo mismo exigirían a los Estados el reconocimiento de su autonomía, cuando no, los más extremistas han hablado de soberanía. Por tanto la participación social y política no se limitaría a la tercera vicepresidencia de una central sindical, sino al rápido ascenso en la dirección del Estado, que se pudo observar a partir de 1992, con el ingreso del partido Pachakutik al parlamento y a los gobiernos seccionales, con lo cual aparecía sin duda un esquema muy distinto de la política ecuatoriana, caracterizado por una gran complejidad muy difícil de descodificar para antropólogos, politólogos y mucho peor en el caso de abogados y juristas.

Por primera vez en la historia republicana del Ecuador los indígenas, como colectivo, alcanzaban poder político, y eso ciertamente en la república, puesto que en la colonia a pesar de la subordinación, el sistema permitía una mayor comunicación entre la república de blancos y la república de indios. Estos últimos mal que bien se encontraban garantizados por un cuerpo jurídico, las Leyes de Indias. En cambio la supuesta igualdad liberal de la república les retiró todas las garantías protectivas, dejando ciertas instituciones mínimas como el Defensor de Pobres a su favor. Solamente en los años 1937 y 1938, con la expedición de un paquete de leyes sociales, se iniciaría la convalidación de los derechos indígenas, siendo por tanto muy llamativos los grandes cambios que se han experimentado a partir del año 1998. Claro está que en el nuevo orden de consideración social y político para los indígenas en el propio Ecuador y en otros países latinoamericanos hay una fuerte influencia internacional, ya que algunos dirigentes mundiales por la conmemoración de los quinientos años, decidieron pedir perdón a los indígenas (el caso del Papa Juan Pablo II), otorgar el premio Nobel de la Paz a Rigoberta Menchú o como la OIT, reformular sus conceptos sobre pueblos indígenas y tribales, para asumirlos en calidad de autónomos, tal como lo señala el Convenio 169 (adoptado el 27 de junio de 1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales que en sus consideraciones preliminares dice: *...Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias institucio-*

nes y formas de vida y de su desarrollo económico y a fortalecer y mantener sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. Esta tendencia del mundo internacional obviamente iba a tener influencia en el devenir legislativo ecuatoriano y aparte de las sublevaciones y presiones sociales, que comentaremos a continuación, la Asamblea Constituyente de 1998 debió redactar y aprobar un capítulo entero en el título III de los derechos, garantías y deberes, con el número cinco denominado *De los derechos colectivos*, que en la sección primera se refiere a los pueblos indígenas y negros o afro ecuatorianos; sin embargo estas disposiciones constitucionales no representarían un serio problema al sistema jurídico vigente, puesto que bastaría una ley y sus reglamentos para proceder a su aplicación. Así lo que verdaderamente debe motivar estudios y sesuda reflexión es el inciso cuarto del artículo 191, correspondiente al título sexto de la función judicial y al capítulo primero de los principios generales, el mismo que dice: *...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.* Cabe la pregunta, ¿acaso la Constitución política establece con estas aseveraciones un pluralismo jurídico?, ya que hasta la Constitución de 1998, nuestro derecho ha sido básicamente positivo, la costumbre, podría ser aplicada, siempre y cuando la propia ley lo permitiera. Eso no significó que a lo largo de su historia las comunidades indígenas en la sierra y la amazonía no ejercieran sus propias normas, siendo muy bullados los casos de lo que se dio en llamar aplicación de la justicia por propia mano; por lo mismo de hecho existió un pluralismo jurídico, aunque el un sistema marginara al otro y en muchas ocasiones lo sancionara penalmente. Hoy la Constitución nos lanza un desafío que es preciso recogerlo para, en primer lugar, tratar de desentrañar el significado antropológico y jurídico de las normas de este derecho indígena en postulación; segundo, impulsar el más adecuado contenido de la ley que deberá hacer compatibles las funciones de justicia de las autoridades indígenas, con el sistema judicial; tercero y fundamentalmente, la salvaguardia de los derechos humanos, el mayor triunfo de la conciencia de alteridad universal.

Dentro de este panorama es necesario localizar con acierto histórico el proceso sociopolítico y cultural de los pueblos indígenas, con el objeto de esclarecer el origen de su derecho consuetudinario, recordando que éste es lo mismo que la costumbre en términos jurídicos, tal como lo recuerda el ilustre filósofo del derecho uruguayo Eduardo J.

Couture, pues costumbre viene del latín *consuetudo dinis*¹ que a su vez se deriva del verbo *consuesco -ere-* = acostumar. Siendo necesario desde ya descartar semejanzas de la costumbre jurídica indígena ecuatoriana, como se lo ha hecho en algunas publicaciones últimamente, con el derecho consuetudinario británico, cuyo origen es medieval y parte principalmente del pronunciamiento de los jueces, es decir de la jurisprudencia, tratándose por tanto de muy distintas manifestaciones culturales y jurídicas.

A pesar de que el estudio de la costumbre jurídica o derecho consuetudinario entraña dificultades de estudio típicas de las tradiciones populares (mitos, leyendas, folklore en general), en el caso ecuatoriano la ubicación de fuentes no es imposible, siempre y cuando prevalezca la objetividad y la coyuntura política o el partidismo, no ejerzan dudosas hermenéuticas sobre el pasado. Así por ejemplo si bien es cierto que permanecen algunas instituciones de la época de los señoríos y el incario (en el caso de la región andina), como la *minga* (trabajo a favor de la colectividad) o el *maki-ta mañachy* (ayuda mutua), prácticas sociales que sobre todo en el caso de las primeras devino en una obligación jurídica colonial, mantenida hasta hoy en las comunidades e incluso en la tradición urbana. Sin embargo la organización comunitaria actual indígena, sincretizada, claro está, proviene de la época colonial y la legislación indiana y muchas de las sanciones penales, como el uso del látigo, parecen originarse en la era hacendaria, conforme lo van descubriendo investigadores como Fernando García.² Por tanto si hipotéticamente es correcto hablar del derecho consuetudinario indígena, es porque son las circunstancias históricas y míticas de un pueblo las que lo posibilitan, y en el caso de los indígenas ecuatorianos, ellos han pasado de mandatos no escritos en la época de los señoríos y el incario, a un derecho positivo en el dominio hispano y de nuevo a normas no escritas en la república, vinculadas a la hacienda.

Sustentados en las reflexiones anteriores, emprendemos este estudio sobre el Derecho Indígena Ecuatoriano, con la intención de hacer modestos aportes en esta acalorada temática al momento tan confusa. Para ello es necesario profundizar sobre las relaciones de la antropología y el derecho, ubicando la génesis de este último en la cultura, revisar la historia del movimiento socio-cultural-indígena, tratar de ubicar instituciones jurídicas en los señoríos y el incario, analizar el derecho indiano; y encarar la aparente confrontación que existe entre derechos individuales y colectivos, para finalmente estudiar el proyecto de ley que cursa en el Congreso Nacional, con la denominación: *Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas*.

Cultura y Derecho

La antropología es una de las ciencias humanas que más requisitos cumple para constituirse en un conocimiento holístico. Ciertamente esto no la excluye de caer en reductivismo y por tanto resulta una aventura señalar que el derecho tal como lo conoció Roma, no haya sido un fenómeno universal, sino una particularidad del pueblo latino compartida con los griegos. Tal peligrosa aseveración podría recibir como réplica el hecho de que Babilonia por una parte y la India por otra, milenariamente antes que los romanos, contaban ya con los códigos de Hammurabi y Manú; sin embar-

go, la propuesta formulada puede argumentar que aquellos no han sido cuerpos legales propiamente dichos, sino mandatos de tipo religioso, carentes de la especificidad del derecho, que es el *sustratum juris*, es decir la esencia jurídica misma o fundamento de la ley que en apariencia no tiene que ver con lo sagrado sino con lo civil. Por lo mismo, aún insistiendo en la dificultad señalada, se podría decir que todo el derecho escrito aparece básicamente como un fenómeno de la cultura llamada occidental.

Una discusión aún más enconosa la mantendrá la sociología del derecho, en razón de que éste puede haber antecedido al Estado y por lo mismo existir sin él, aunque también la interrogante podría desembocar en inquirir si el Estado nació con los reyes o antes. El pueblo judío se constituye en una clara demostración que la administración de justicia fue ejercida por jueces antes de la existencia de los reyes y que por el contrario la propia esencia religiosa judía abominaba la institución real, creyendo que la manera más armónica de convivencia estaba en manos de los jueces. Según Pedro Kropotkin³ la palabra alemana *könig*, más tarde traducida como rey, habría sido utilizada para una naturaleza de juez; por lo tanto es probable que la concepción de que un hombre conociera y se pronunciara sobre las leyes fue bastante más universal, es decir arquetípica, de lo que se podría pensar, aunque las leyes mismas (ley viene de *lege* que significa leer), hayan caracterizado únicamente a los pueblos que formularon y dieron utilidad a los alfabetos, mientras que los ágrafos desarrollaron el derecho consuetudinario (que viene de *consuetudo, dinis*, que significa costumbre).

La hipótesis de que el derecho, especialmente el positivo, pueda constituir un producto de una cultura específica, le ubicaría en igual situación que la Filosofía, ya que reconociendo los singulares esfuerzos de muchos tratadistas, resulta muy difícil homologar el discurso filosófico al mítico. Puesto que el primero es producto de una mentalidad o conciencia caracterizada por la razón, esto es un pensamiento lineal de causas y conclusiones, que diferencia y reduce; mientras que el segundo se halla en el ámbito del pensamiento circular, que une y proporciona sentido, explicando la realidad a partir de hechos extraordinarios fuera del alcance humano. En este orden de cosas, es posible entender que los romanos evolucionaran, desde un derecho consuetudinario, el *mos maiorum* (la manera de proceder de los antepasados) fundamentado en el mandato de los dioses, a una ley escrita y producto de circunstancias de motivante actualidad. Ciertamente que la palabra *auctoritas* por ejemplo, tendrá una raíz que le emparenta con augurio y Augusto, título que le otorgaría el Senado a Octavio Julio César, luego de sus triunfos ante Marco Antonio y Cleopatra, lo que habla de un origen claramente mítico, para nuestro actual y racional concepto de autoridad.

Es interesante asimismo señalar que la ciudad romana surgida de las profundas transformaciones que se produjeron durante el siglo VI y la primera mitad del V a.c. estaba dividida religiosamente en dos mitades: una *urania* vuelta hacia el cielo y la otra *ctónica* con un santuario situado fuera del *pomerium*, en las primeras faldas del monte Aventino, con lo cual fue posible relacionar a plebeyos y patricios, pues el Capitolio, donde se elevaba el templo de Júpiter, era la colina patricia por excelencia. Entendiéndose en esto la presencia de una dualidad, de motivo semejante a la existen-

te en el Cuzco, que denominaba *hanan* la parte alta de la ciudad y *urin* la baja, identificándose con claridad el origen mítico de las instituciones, las que sin embargo se tomarán individuales, para finalmente derivar en el Estado, en el primero de los casos y en el grupo o colectivo, en el segundo.

Las anteriores disquisiciones nos sirven para encontrar raíces del derecho más allá de la significación de su propio mito, o acontecimientos que la historia ha verificado, esto es las revoluciones atenienses y romanas. Lo que quizás pueda facilitar un mayor entendimiento de la dimensionalidad jurídica en las culturas y, por tanto, acercarnos al derecho indígena que nos corresponde estudiar e interpretar, no desde una óptica etnocéntrica que sería característica del derecho como producto exclusivo de la cultura occidental, que ha sido la hipótesis trabajada a lo largo de estas líneas, sino basándonos en una comprensión del mismo, como un suceso universal, cuyo desenvolvimiento estaría condicionado a un tipo especial de conciencia humana, producto de un desarrollo biológico-cultural, tal como lo entendió uno de los más célebres autores que han incursionado en el estudio de la humanidad, Johann Jacob Bachoffen, quien formuló la existencia de un derecho femenino, previo al gobierno de los varones y que permitiría comprender el apareamiento de la ley escrita o quizás, más correctamente, los mandatos escritos, simultáneamente en pueblos como el romano, el hebreo y el griego, fruto de un nuevo orden mental cultural conocido como el patriarcado. Bachoffen fue un abogado e historiador del derecho, extrañamente más conocido por antropólogos y psicólogos que por juristas.⁴

De acuerdo con el autor al que seguimos, patriarcado y derecho positivo se encuentran inextricablemente unidos, pues el apareamiento de los jueces y posteriormente de los reyes generaría un nuevo orden, donde el mítico concepto de justicia hallaría notables variaciones. Europa fue invadida por pueblos de pastores hacia el año 1000 antes de Cristo, los que terminarían dando forma a la cultura greco-romana, por lo tanto al *nómos* y a la *lex*. Los arios fueron patriarcales, abrogaron a la diosa y establecieron sistemas basados en la supremacía de la ley sobre los lazos de familia y de sangre, tal como ocurre en el mito referente a la casa de Tebas, en su tercer ciclo en el cual Antígona la hija de Edipo, es condenada por Creonte su tío, debido a que dio piadosa sepultura al cadáver de su hermano en contra de la ley que expresamente lo prohibía. Igualmente en la Roma antigua acontecieron episodios alrededor de la llamada gens Horacia. La leyenda cuenta que hacia el siglo VIII a.c. en una de las típicas revueltas de los *curiáceos* que eran los campeones de Alba, un joven patricio denominado con el mismo nombre de su *gens*, mató a su hermana que habían traicionado la causa romana, pues Camila llora a su prometido que es uno de los *curiáceos*; el asesinato de un miembro de su propio grupo se considera como una traición contra el Estado. La situación jurídica es clara. Corresponde que su acto sea primero juzgado en el tribunal de la familia en que el padre es soberano. El anciano llora a su hija, pero se niega a condenar al único hijo que le queda pues siente el natural amor parental. Sin embargo absuelto por el tribunal familiar, Horacio debe contar también con la jurisdicción del rey que castiga los actos de alta traición; en este caso, el rey que es al mismo tiempo padre no puede dejar de aplicar la ley,

el castigo es: una tunda de palos y luego la decapitación con hacha. Cuando está a punto de aplicarse la tortura Horacio apela a sus conciudadanos en quienes reside la auténtica *maiestas* es decir la superioridad jurídica, y se salva.⁵

Este es un claro caso en que aún el propio padre se ve obligado a condenar a su hijo en razón del desacato a la ley y más bien el pueblo responde acudiendo al antiguo derecho consuetudinario, matriarcal que obligaba a la misericordia y reconocía los lazos de sangre.

Las características de los incas parecen ubicarlos también en el ámbito patriarcal, sobre todo con sus famosos mandatos *ama quilla*, *ama llulla* y *ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar), bastante cercanos al decálogo mosaico, con miras a establecer límites en sociedades asentadas en zonas selváticas, caracterizadas por la libre expresión de instintos y deseos. El Incario manejó una estupenda organización que le permitía controlar territorios extendidos en cuatro mil kilómetros de distancia, gracias a su rígida jerarquización y al desarraigo de los pueblos rebeldes. Ricardo D. Rabinovich⁶ encuentra la existencia de dos derechos en el Tahuantinsuyo, el primero que correspondería a los ayllus, cuya característica era ancestral y consuetudinaria, y el del Tahuantinsuyo, que poseía un proyecto unificador. Los ayllukuna tenían un sistema jurídico sin teleología deliberada, obviamente espontáneo. En toda la región andina los señoríos cohesionaban a los ayllus, mas no les arrebataban sus poderes como ocurrió finalmente con el Cápac-Apu-Inca, que se convertía en el sujeto de todos los derechos. Por lo mismo los ayllus corrían el riesgo de perder su libertad. Rabinovich cree que los incas concibieron un embrión de personería jurídica, esto no es característico del pensamiento mágico-mítico pues se trata de una abstracción, lo cual psico-antropológicamente no es dable, ya que la relación entre los seres humanos la entendían los pueblos de este estado de conciencia como directa entre personas tangibles, es decir un hombre y su jefe y nada semejante a la idea del Estado moderno. Razón por la cual, incluso en nuestros días, es difícil en el propio kichwa encontrar acepciones demasiado abstractas, salvo quizás el concepto de Pacha.

Salvando la última digresión, confirmamos que los incas vivieron una lucha entre el patriarcado existente en los ayllus y los señoríos con la idea unificadora y dictatorialista (haciendo las salvedades respectivas del concepto occidental) del Tahuantinsuyo. Es entendible entonces que una vez disuelto el Incario, con la invasión europea, los ayllus convertidos en comunidades, hayan regresado a su derecho consuetudinario, absorbiendo algunas instituciones incásicas como la de la *minga* y posteriormente muchas que provendrían del derecho indiano hispano. Cabe insistir en que aparentemente el derecho indígena en dos ocasiones regresa a la consuetudinaria, la primera con la conquista incásica y la segunda al producirse la independencia y al aparecer la república que en la forma y en el fondo, retiró toda protección jurídica a los indígenas, pasando a depender del régimen de la hacienda, hasta que en la actualidad la Constitución Política del Estado al establecer en los artículos 83 y 85 la existencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, abre un nuevo capítulo en la historia del derecho indígena.

El proceso de un movimiento social cultural

La comprensión del movimiento político-indígena pasa por un acercamiento estricto a la historia, que ha sido vivida en el caso ecuatoriano en los últimos cuatrocientos sesenta y nueve años. El ubicarla únicamente como previa a la llegada de los hispanos y el creer en un congelamiento de cuatro centurias, corre el riesgo de fraguar falsos mitos que lo único que harán es convertir al Ecuador en jirones, confrontados unos con otros, al mismo tiempo que se acentuará el racismo y el resentimiento. Por este motivo es tarea fundamental llenarse de elementos de juicio, que surjan de fuentes de valor histórico incuestionable. En este sentido parece necesario iniciar refiriéndose al estado de los pueblos indígenas en el área andina a fines del siglo XV.

Sin duda al emprender la comprensión de la cultura indígena, desde cánones europeos, el Incario constituía una unidad política cultural extraordinaria muy semejante al imperio romano. Precisamente en razón de traducir la realidad local a la comprensión europea, el inca Garcilazo de la Vega homologaría el Tahuantinsuyo a los comportamientos políticos y legales de los reinos europeos. De esta manera Atahualpa devenía en un bastardo, semejante al fundador de la casa de Trastámara en Castilla, Enrique II el de las Mercedes, o cualesquiera de los bastardos tan comunes en el siglo XV, que llegaron a reinar en Nápoles y otros pequeños Estados italianos. Empero, el propio odio reflejado por Garcilazo de la Vega, expresa la rivalidad de *panacas* que será desentrañada por los etno-historiadores como la dinámica relacional de los grupos familiares en la cultura cuzqueña. Entonces solamente en los últimos tiempos y con grandes esfuerzos se ha logrado descubrir, algo de una historia ofuscada por el partidismo o las antipatías de los cronistas de la conquista en relación al último de los incas.

Parece acertado señalar que los españoles obviamente no desmontaron la organización del imperio incásico, aunque la desarticularon a favor de sus particulares intereses explotativos. Razón por la cual la institución de los cacicazgos se mantuvo incólume (hasta que fue suprimida mediante decreto por Simón Bolívar) y pasaron a formar parte de la propia estructura colonial, siendo ésta la herencia incásica para la actual organización indígena, a la que se juntarían las novedades venidas de España con los cabildos, alcaldes de naturales y el llamado Protector de Indios. En este contexto habría que tratar de entender también las famosas sublevaciones indígenas que perturbaron la vida colonial y que estuvieron muy ligadas a la tributación, aunque la rivalidad expresa de *llactayos* (indígenas de antigua permanencia en el país) y *mitimaes* o *mitimas* (grupos de pobladores llegados desde el sur del Tahuantinsuyo), que haría su comprensión difícil hasta el siglo XVIII. Hay que recordar que en el caso ecuatoriano los cañaris en el sur y los cacicazgos aledaños a Quito, prestaron ayuda a los españoles en contra de la resistencia de Rumiñahui y que hubo caciques colaboracionistas que llegaron a recibir grandes honores de los hispanos, como encomiendas, obrajes y aún escudo de armas. Tal el caso del laticungueño Sancho Hacho de Velasco y el peruano Felipe Huakra Paucar, cuyas armas se las puede encontrar en el Diccionario Nobiliario Hispanoamericano de los García Caraffa.

La instauración de la república modificará de manera extrema la situación de los indígenas, que perderán la legislación que bien que mal aceptaba sus perfiles culturales y bajo la dominación de la hacienda (esto siempre en referencia a la región interandina y a los quijos de la Amazonía), cuyos inicios habría que ubicarlos en el siglo XVIII y con duda en ocasiones que fuera legítima sucesora de la encomienda, se iniciará un régimen de servidumbre, en el cual su calidad de ciudadanos de la república en la práctica no será reconocida. De todas formas más allá de las naturales críticas que ha suscitado la hacienda como unidad económica, social y cultural⁷ cumplió un papel conflictivo de contención a la propia cultura indígena, que continuaba su desarrollo pese a las adversas condiciones en las que se desenvolvía.

Las llamadas sublevaciones o levantamientos indígenas, que nacieron en los albores de la etapa colonial en sí, continuaran a lo largo de la república. En la gran mayoría de los casos han tenido motivaciones reivindicacionistas coyunturales, ya que por lo general obedecían a agobiantes cargas tributarias, en ocasiones podían alcanzar verdaderos caracteres políticos, aunque en territorio ecuatoriano no llegó a producirse una revolución como la de Túpac Amaru en Perú. El tratadista Segundo Moreno insiste que: *El elemento común en todos los movimientos es, por lo tanto, su aparición dentro de una estructura que responde a una situación colonial, en la que los estratos inferiores, ante la incapacidad de defender sus derechos por otras vías recurren a la violencia.*

*Aunque los participantes en los movimientos subversivos, a primera vista aparecen homogéneos y su situación análoga como pertenecientes a la capa inferior de la sociedad, es posible comprobar que provenían de distintos grupos étnicos con grado de vinculación a la estructura colonial diferente. Esta apreciación hace que las autoridades españolas distingan claramente entre sublevaciones organizadas por grupos indígenas y rebeliones con mayor o menor participación de elementos mestizos.*⁸ Entonces tempranamente hubo alianzas inter-étnicas, que permitirían entender a la actual Pachakutik, como brazo político de la CONAIE, la que sin duda a partir de 1990 mostró su fuerza movilizadora y proyecto autónomo.

La CONAIE nació en las vísperas de la celebración del quinto centenario. En el hecho habrán influido las varias reuniones internacionales de antropólogos, que haciendo eco a la contracultura, iniciaron la valoración de lo nativo en América. En 1968 el Congreso Internacional de Americanistas de Stuttgart, a propuesta de Robert Jaulin, expresó:

1. *Protestamos por el uso de la fuerza como instrumento de cambio cultural en los programas de desarrollo social y económico y en la alineación de las tierras indígenas.*
2. *Pedimos a los gobiernos responsables que adopten medidas efectivas para la protección de las poblaciones indígenas.*
3. *Exigimos que los gobiernos tomen serias medidas disciplinarias contra los organismos y personas responsables de actos que van en contra de la declaración internacional de los Derechos Humanos... ,⁹*

Fue luego de esta reunión que se popularizaría el término de etnocidio, de cuño del propio Jaulin, con el que se conoce actualmente todo acto que conduce a la degradación o

desaparición de la cultura indígena de cualquier región del mundo. Estas reuniones llegaron, entre otras cosas a censurar de manera acre lo que se conocía como el *indigenismo*, tendencia social orientada a integrar a las etnias americanas a los Estados occidentalizados dominantes. En Ecuador hay que recordar que en las décadas de los veinte y los treinta nacería la llamada novela indigenista ecuatoriana, con Jorge Icaza, Fernando Chávez y Angel Felicísimo Rojas, que hicieron *llorar al mundo*, conforme el decir de Juan Montalvo, al mismo tiempo que surgían los ensayos de interpretación de la realidad indígena entre los cuales cabe mencionar *El Indio Ecuatoriano* de Pío Jaramillo Alvarado. La revolución liberal no había tocado el problema indígena, como se expresaba Enrique Terán en su novela *El Cojo Navarrete*. Solamente el reconocimiento simbólico de un generalato, para Alejo Sáez (indígena de los páramos centrales de la provincia del Chimborazo), que le fue otorgado por Eloy Alfaro, recordaría a los liberales la existencia de ese grupo poblacional, que no tenía que ver con sus intereses comerciales.

Socialistas y comunistas, nacidos también en los años veinte y treinta, consideraron a los indios sus naturales aliados para el inicio de la protesta y la revolución social. Pero esto era cuestión de proletarios urbanos y los indios amaban demasiado su tierra y tendían al mutismo, pero no por eso se les dejó de integrar en sendas extensiones campesinas de las centrales sindicales, con lo cual dejaban de ser indios, es decir estar encuadrados culturalmente para pasar al genérico de oprimidos, no bien vistos por Carlos Marx, pues no los valoraba como vanguardia revolucionaria, papel que únicamente tenían los obreros. La Iglesia Católica protagonizó una reivindicación distinta, por una parte los salesianos y por otra el obispo Proaño, aceptaron al indio como tal, justipreciando su cultura, con lo cual dieron origen a la conformación de las organizaciones regionales étnicas y, en cierto modo a la CONAIE.

De esta manera el *indigenismo* que inspiró proyectos en Naciones Unidas, la Misión Andina u otras como el Instituto Indigenista Latinoamericano, cedería paso al *indianismo*, la rasante sociología a la personificante antropología, y así el Congreso de Ollantaytambo de 1983, proclamó:

*Reafirmamos el indianismo como la categoría central de nuestra ideología porque su filosofía vitalista propugna la autodeterminación, la autonomía y la autogestión socioeconómico-política de nuestros pueblos y porque es la única alternativa de vida para el mundo actual en total estado de crisis moral, económica, social y política.*¹⁰ El indianismo se conflictúa de esta manera, con los movimientos sociales clásicos de inspiración marxista que, al igual que los liberales, tienden a menospreciar lo cultural a favor de la uniformidad proletaria, lo cual en la propia Unión Soviética llevó a enfrentamientos de prolongación hasta nuestro tiempo.

Mientras el indigenismo concebía al indio como un pobre o marginado, objeto de redención, el indianismo ha proyectado (término que lo tomamos prestado de la psicología) sobre él la figura del *mesías*, llamado a salvar a las sociedades dominantes de su propia destrucción y en esto se constituye en heredero de las concepciones dieciochescas del buen salvaje. Siendo por tanto objeto de nuevos mitos que, sincretizados con los anteriores se hacen presentes en el movimiento indígena actual, con el principio de una nueva era (Pachakutik), en que brillará la justicia para los indígenas y

sucumbirán los opresores, todo lo cual estuvo en boca del brevemente intronizado triunviro Antonio Vargas el 21 de enero de 2000.

El indianismo cuenta y ha contado con partidarios interétnicos, como se dijo con anterioridad. Así, redundando en el tema, recordemos que un buen grupo blanco y mestizo apoyó a José Gabriel Córdorcanqui Túpac Amaru II, cuando intentó hacer un imperio independiente de España. Hoy de suyo el Pachakutik es un grupo de alianza entre los indígenas culturalistas y ex militantes de la izquierda marxista, los mismos que han fraguado importantes reformas legales, comenzando por la Ley de Desarrollo Agrario y llegando hasta el capítulo V de la Constitución Política vigente.

El Derecho en los Señoríos y en el Incario

Al abordar este tema volvemos a la controversia inicial sobre la naturaleza cultural del derecho y, por ende, la confrontación: derecho positivo- consuetudinario. Pues el primero ha relegado al segundo todo lo que no tiene que ver con lo claro, es decir escrito y por lo mismo en muchas ocasiones las costumbres y usos son denominados como folklóricos, sin que se los de el rango de jurídicos. Pudiendo de nuevo asaltar la idea de que el derecho es un producto típico occidental, que a su vez lastimará a antropólogos e indianistas y no sin razón; en todo caso la solución del problema estaría en investigaciones profundas sobre la costumbre jurídica amerindia, lo que hasta la presente fecha cuenta con pocos cultores.

Al tratar de considerar algunas ideas sobre el derecho en los Señoríos y el Incario, será bueno aceptar como válidos estos dos conceptos etnohistóricos como posibles delimitantes de una investigación. Está claro, además, que al menos en el primero de los casos la costumbre jurídica regularía relaciones interpersonales más que propiedad, jerarquía antes que normas públicas, puesto que la idea de propiedad privada en el sentido occidental no era concebible, aunque sí límites de acción sobre la tierra.

El principio de la reciprocidad prevaleció en las relaciones, el *maquita mañachy* o *randy randy* obligaba a unos con otros, sin que haya beneficio que quedara sin compensarse. Si alguien recibió la ayuda expresa para cosechar o construir debía devolverla. Hubo costumbres andinas al parecer comunes a lo largo de la cordillera, como la mencionada, que permitieron además la generación de una economía solidaria. El *Servinakuy*, conocido en castellano como el matrimonio a prueba, parece ser otra de estas instituciones antiguas, incluso anteriores al Incario, mediante la cual una pareja se une temporalmente, a fin de experimentar vida en común. Si se adaptan continuarán la relación, sino de lo contrario se separarán.

La cultura dominante occidental buscó extirpar las formas de casamiento indígena e imponer las del matrimonio cristiano sin lograrlo, pues aún en nuestros días, se la ejerce. Es interesante señalar que la palabra *Servinakuy* proviene de una contracción castellana: servi, es decir servicio y de un afijo kichwa *nakuy* que significa mancomunidad. Como señala Héctor Cornejo Chávez, el *Servinakuy* viene a ser así, literal pero eufemísticamente, una suerte de unión de mutuos servicios. Obviamente esta costumbre tan antigua no ha recibido ningún tratamiento legal.

Siguiendo a la etnohistoria, se entendería que los señores, una vez asimilados al Tahuantinsuyo, tenderían a reflejar su estructura. Hay que recordar, como se dijo antes, que el Tahuantinsuyo tuvo como origen la alianza de *ayllukuna* (plural de ayllu) de la zona del Cuzco y aledaños, al frente de las cuales se colocó el ayllu kichwa, los mismos que una vez que concluye el período Tiahuanaco-Wari, comienzan a desplegar una política de expansión y conquistas, emergiendo un sistema cada vez más complejo de intervención sobre los diversos sistemas productivos de la región a través de los rebaños de llamas utilizados como transporte carguero.¹¹

El Tahuantinsuyo fue un proyecto centralizante, que se hallaba inmerso en el principio de la obediencia bajo rígida jerarquización. La etapa mental mágico-mítica en que encontraron los españoles a los incas no permitía el apareamiento del derecho tal como lo podemos entender hoy. Como bien dice Rabinovich, no era posible la existencia de un derecho privado, puesto que no había acepción de libertad. Si bien todos estaban obligados a trabajar, ya fuera de modo indirecto, cuando cumplían con las mitas, mingas o asignación rotativa a las obras o servicios públicos, o indirecto, al ocuparse en las tareas indicadas a su ayllu por el gobierno central, no podían disponer del producto de su esfuerzo, que debía ser derivado al sistema estatal de almacenamiento y redistribución, previo reservar lo necesario para autoabastecerse. Dice Rabinovich: Como el origen jurídico de la obligación laboral no era un contrato, en vano buscaremos contraprestación alguna: el derecho del trabajador (y eso de derecho dicho en sentido amplio) se limitaba a permanecer como sujeto pasivo de la política de distribución de productos, y gozar de la protección que el gobierno brindaba, de modo inmediato o a través del curaca local. Nadie puede elegir su trabajo. Pero éste puede derivar de las características físicas de una persona, tal el caso de los *chaskikuna* o correos o de las *acllakuna*, conocidas como vírgenes del sol; de nuevo es entendible que la libertad no era parte de lo que el autor francés Jean Romey llamó el Imperio Socialista de los Incas.

El Inca constituía el sujeto por excelencia en una comunidad grupal y por tanto sus mandatos eran los equivalentes a una ley; el autor mencionado dice con razón que: Esta desigualdad de niveles jurídicos se desprendía de la diferencia ontológica que el Tahuantinsuyo oficialmente predicaba entre todos los hombres por un lado, y el rey por el otro. Éste, al cumplir con los estrictos rituales previos y concomitantes con el acceso al poder legítimo, veía transformada, por obra del Inti, su naturaleza en la de un dios. Ya no era humano, y entonces mal podría estar sometido al derecho de los hombres. Es más: él hacía el derecho.

El afán centralista de los incas muchas veces se vio enfrentado con las costumbres de los señoríos, así por ejemplo una de ellas en los Andes era la de guardar las momias de los muertos en las casas de los familiares. Guamán Poma de Ayala menciona una de las *Incapsimi* (mandatos del Inca, de la mejor manera que se lo puede traducir) que dice: mandamos que todos entierren a sus difuntos en sus bóvedas y pucullos y que no les entierren dentro de sus casas.¹² La disposición incásica fue la de construir tumbas, los restos arqueológicos demuestran la desobediencia a tal mandato.

Está claro que en la costumbre jurídica indígena actual prevalecen algunas de estas instituciones del Incario que,

como se dijo en títulos anteriores; los propios españoles las usaron en su favor. Por este motivo conviene recordar sus denominaciones que corresponden concretamente a funcionarios, o más bien dicho, delegados del Inca en el cumplimiento del ordenamiento imperial, éstos eran:

Inkaprantin	Representante del Inka
Inkapsimin Quipucuc	El contador de las palabras del Inka, perifrases por ley
Inka Watac Incap Siminmanta Watac Camayuc	Apresador, alguacil
Tucuricuc	Apresador
Michuc	Gobernador, el que todo lo ve
Tahuantinsuyo Camachiconchik	Juez
Taripac	Miembros del Consejo Real
Unanchac	Justiciero
Kawuario	Calculador
	Protector ¹³

Lo que podríamos llamar el derecho en el Incario se mantuvo en las mismas condiciones de la época monárquica en Roma, cuando el rey recibía de manera directa los mandatos de Júpiter, la abstracción se encontraba todavía en ciernes y la condición de ágrafos no dio lugar al apareamiento de la ley propiamente dicha, aunque se discute aún el profundo significado de los *quipus*.

El Derecho Indiano

En continuidad de nuestro plan de encontrar las fuentes de la Costumbre Jurídica Indígena (Derecho Indígena), es necesario que nos detengamos sobre el Derecho Indiano, es decir el conjunto de normas legales y disposiciones administrativas que en España se fraguaron para América, desde los comienzos del siglo XVI y hasta los primeros años del XIX, y el como se interiorizaron en la propia cultura india. Hecho que ocurrió ciertamente en el transcurso de tres siglos, pero que al mismo tiempo demostró indudable flexibilidad frente a las etnias nativas, aunque con aviesos fines de dominación.

Pérez Luño,¹⁴ señala con acierto que para España no era posible realizar la ocupación de América sin una base jurídica y doctrinal. Así se pretendió aplicar al caso las Partidas (monumental recopilación efectuada en época del rey castellano, Alfonso X el Sabio), porque:¹⁵ *España no halló un continente vacío. Por eso su actuación hubo de ser política, de relación con otros hombres agrupados en sociedad, así se tratara de tribus errantes....., o de imperios más desarrollados, como el azteca o el inca. Las siete partidas prevenían que en el supuesto de formarse o hallarse nuevas islas en el mar, cuya decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente* (Ley XIX, Título XXVIII, 3). En el caso de territorios poblados su señorío o dominio no podría lograrse por ocupación, sino por el consentimiento de sus habitantes, por matrimonio o herencia o por concesión del Papa o del Emperador (Ley IX, Título I, 2). Esto obligó a considerar la existencia de un status jurídico-político de los pueblos recién encontrados y por tanto suscitó reflexión y discusión en los centros universitarios. Juan López de Palacios Rubios, catedrático de Cánones en la Universidad de Salamanca, autor de *Tractatus Insularum Maris Oceani et de Indis Servitutum non Regendis*, y el dominico Fray Matías de Paz, catedrático de prima en la Universidad de Valladolid, autor del libro *De Dominio Regum Hispaniae Super Indos*, parten de la universalidad del Derecho Natura, fundamentado

en la esencia humana, para reconocer la libertad de los indios y, por tanto, para impugnar su condición de esclavos, aunque condicionan esa libertad a la incorporación de los nativos americanos a la religión cristiana tras ser invitados o requeridos hacerlo.

Estas doctrinas serían la base de un documento jurídico que se denominó el *Requerimiento*, el que pretendió legitimar la ocupación de las tierras americanas por los españoles, implementándose a partir de la Junta de Valladolid de 1513, y en cuya elaboración y redacción participó activamente Palacios Rubios. El *Requerimiento* tomaba como fuente al relato bíblico de la conquista por los israelitas de la tierra prometida. Josué *requirió* a los idólatras que habitaban Jericó para que entregaran la tierra que Dios había prometido al pueblo hebreo. De manera semejante, los españoles podían con justicia requerir a los indios la cesión de sus territorios, puesto que el Papa Alejandro VI, como representante de Dios en el mundo, había concedido aquellas regiones a la Corona de España en virtud de la Bula *Inter Caetera* del año 1493. La práctica del *Requerimiento* consistía en la lectura, ante un escribano y testigos, de un documento en el que se instaba a los indios a aceptar la soberanía de España y la religión cristiana. Si accedían al *Requerimiento* se les consideraba como súbditos libres de los reyes españoles y se respetaban sus bienes; si lo rechazaban quedaba expedito el recurso a la guerra para garantizar su sumisión, lo que lamentablemente no era nuevo en América pues, *mutati mutantis*, actitud semejante tenían incas y aztecas.

La institución del *Requerimiento*, siguiendo a Pérez Luño, no pudo dejar de causar extrañeza aún en los propios contemporáneos. Así, se esgrimieron diversos argumentos en su contra: que era una consagración fáctica de la desigualdad entre quienes lo imponían y sus acatantes; para éstos era una especie de contrato de adhesión obligatoria, que no admitía otra respuesta más que el sometimiento, implicando la contradicción de pretender anunciar el mensaje liberador evangélico mediante la imposición forzada de la fe cristiana. Partía de la falsa premisa de que los destinatarios podrían comprender plenamente su sentido y que su última finalidad más bien era una coartada para encubrir los abusos de los conquistadores que deliberadamente prescindían de intérpretes, o de cualquier procedimiento para volverlo inteligible y facilitar el sometimiento.

Bartolomé De Las Casas, obviamente, fue uno de los más firmes críticos de tal procedimiento, quien llegó a calificarlo de *injusto, impío, escandaloso, irracional y absurdo*, porque vacila sobre sí *cosa es de reír o de llorar*, ilustró su opinión en el testimonio del bachiller Anciso, Martín Fernández de Enciso, quien publicó en Sevilla en el año 1519 una *Suma de Geografía* en la que narra el suceso glosado por Las Casas, quien refiere que un cacique de la provincia de Cenu (actual Colombia) respondió al *Requerimiento* diciendo que el Papa, al conceder sus tierras al Rey de Castilla, debía estar fuera de sí, porque daba lo que no era suyo, y el Rey de Castilla estaría también loco cuando tal gracia recibió, *y mayor culpa en venir o enviar a usurpar los señorios ajenos, de los suyos tan distantes*.¹⁶

Así, bajo la premisa de la contradicción, nacerían las Leyes de Indias, que regirían a los territorios americanos durante tres siglos aproximadamente. Para el estudio de tales instituciones jurídicas es posible contar en la actualidad con

una publicación de Ediciones de Cultura Hispánica del año 1973, en la cual se encuentra la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias mandadas imprimir, y publicar por la Majestad Católica del Rey don Carlos II*, se trata entonces de una monumental recopilación en cuatro tomos efectuada hasta el año de 1680, pero de las que se pueden extraer importantísimos elementos de lo que en la actualidad constituye el derecho consuetudinario indígena, puesto que mientras las repúblicas abrogaron estas leyes, los indígenas en el término más estricto de la palabra, se *acostumbraron* a ellas, manteniéndolas como una de las bases de su vida, pues se incorporaron a su propia cultura.

Las Leyes de Indias consisten en mandatos, expresiones claras de intenciones político-administrativas con la finalidad de gobernar. No hay duda de su esencia protectora y tutelar, donde la dominación queda revestida de paternalismo, intentando separar lo que se denominaba la república de blancos de la de indios. Para lo cual establece la existencia de las reducciones, procurando que éstas fueran áreas *insulares*, de acuerdo a lo estipulado en el Tomo II, Libro Sexto, lo cual generó que en lo que más tarde sería América Latina aparecieran asentamientos poblacionales puramente indígenas y ciudades de blancos. Siendo así que en las relaciones geográficas, se dice lo siguiente: *y porque no era posible doctrinar a estos indios ni hacerlos vivir en policía sin sacarlos de sus escondrijos... se pasaron y sacaron en las reducciones a poblaciones y lugares públicos y se les abrieron las calles por cuadras, conforme a la traza de los lugares españoles, sacando las puertas de las calles...*

En estos pueblos que agora están reducidos... se les hicieron obras públicas y de policía como en los de españoles: cárceles, casas de cabildo y hospitales en que se curen, y porque... para deprender a ser cristianos, tienen primero de saber ser hombres y que se les introduzca el gobierno y modo de vivir político y razonable, y para que tuvieren gusto... les deje mandado... que en sus cabildos se sujetasen los indios y platicasen y tratasen lo que entendiesen era necesario para su gobierno, y que para la ejecución de el, eligiesen entre sí alcaldes y alguaciles... De esta forma terminaría abriéndose al contacto étnico, aunque no hay duda que las reducciones han constituido la piedra angular de las actuales poblaciones indígenas, vale decir, las comunas y en ocasiones, reservas étnicas.¹⁷

Dejemos hablar a un hispanófilo sobre el mérito de las reducciones: *permítasenos concluir que la reducción constituía la escuela primaria del indio, siempre que el doctrinero cumpliera con su deber. El apartamiento de todo peligro para la vida moral de aquel, si el claustro merecía respeto de la gente cuya acceso le daban las leyes. Constituía freno de los abusos contra la propiedad del indio, siempre que las autoridades tomarán a pechos preservarla y defenderla contra sus enemigos blancos o solapados. Por desgracia, la clausura no fue respetada de ordinario y las disposiciones de la Gran Colombia, la destruyeron a título de protección de la libertad e igualdad del indio. De esta manera se frustró el humanitario propósito de las Leyes que quisieron proteger a los naturales contra la desmoralizadora acción de elementos extraños a la República de los Indios*.¹⁸ Este criterio puede sonar muy conservador y, por lo mismo, es un reflejo de la tendencia de la Iglesia Católica a tutelar al indígena, sin ser considerado como sujeto de libertad y sí propenso a vi-

cios, que debían ser impedidos o reprimidos. Nos podríamos preguntar si no estará en esto el origen de los castigos corporales que hoy se ejercen en las comunidades o incluso los juegos que hubo en la hacienda y las amonestaciones de padrinos, que como en el caso de la comuna de Lumbisí (cuya historia trataremos más adelante), involucraban latigazos, en número solicitado por sus padres.

Las Leyes de Indias mantuvieron los cacicazgos, los que se constituyeron en elementos de vinculación entre las dos culturas. Los caciques conservaron sus privilegios, aunque fueron abolidas las costumbres de que la remuneración fuese en especies y, sobre todo, la entrega de las hijas de los indios a manera de tributo. Pero quizá una de las instituciones que más llama la atención es la de Protector de Indios, que tuvo como antecedentes la protectoría de obispos y fiscales, en los inicios de la dominación española en América. Aún en la propia Europa existió en la Roma antigua un defensor de la ciudad y en la Edad Media, los defensores de pobres. El primer gran Protector de Indios en América fue el propio Bartolomé De Las Casas, quien ya había ejercido de tal, sin necesidad de nombramiento. Sus funciones se hallan en el Libro Sexto, Título Sexto, la Ley Tercera que dice: *Mandamos, que en las ciudades donde hubiere audiencia, elija el virrey, o el presidente un letrado, y procurador, que sigan los pleitos, y causas de los indios, y los defiendan, a los cuales señalaran salario competente en penas de estrados o bienes de comunidad, o donde no hubiere especial consignación. Y ordenamos que en ningún caso puedan llevar derechos, sobre que los virreyes, y presidentes impongan penas graves a su arbitrio.*¹⁹

La controversia es grande sobre su eficacia, en función de los testimonios recogidos por autores como Diana Bonnett,²⁰ pues aparentemente los protectores partidarios delegaban su trabajo a escribientes que *Éste es el que hace las peticiones de los indios y no de balde con que vienen a tener dos protectores, que mas les sirve de gravamen y perjuicio que de utilidad.* De todas formas los protectores abordaron asuntos relativos al despojo de tierras, ventas y arriendos, conflictos por caminos, etc.; quizás uno de los casos interesantes es el de la Comuna de Lumbisí, tan antigua como la ciudad de Quito, la que logró, con apoyo de Protectores de Naturales, ganar un juicio a las monjas de la Concepción y conseguir para sí seiscientas hectáreas.

El caso Lumbisí

La comuna de Lumbisí fue constituida en el año 1534, con yanaconas de Diego de Tapia, los que comenzaron a habitar la vertiente oriental de la loma del mismo nombre, a tres leguas de la entonces ciudad de Quito; dependían del cacique de Cumbayá, llamado Collahuazo. Las primeras confrontaciones se inician en 1570 cuando don Francisco Coñamasa y el común de los indios de Lumbisí se oponen a la venta de su tierra. El cabildo de Quito había entregado en 1535 estos territorios al conquistador Diego de Tapia, a cuya suerte pasaron a los indios, aunque administradas directamente por el convento de San Francisco. Germán Alemán, nombrado por los franciscanos administrador, tomó la decisión de vender las tierras y las entregó a Diego de Torres a pesar de la oposición de los indígenas, quienes inmediatamente comenzaron a litigar por ellas.

Documentos posteriores señalan que en el anejo de Lumbisí se había formado una reducción con capilla, cofradía y demás requisitos necesarios, desde 1590. Continuando con la sucesión de acontecimientos en el año 1555 Lumbisí pasó a manos de Rodrigo de Paz Maldonado e Isabel de Aguilar, quienes la legaron a su hijo Alonso de Aguilar, el que a la sazón ejercía la rectoría de la Iglesia Catedral. A esta propiedad se sumarían los llamados préstamos de los indígenas quienes le solicitaban les adoctrinara.

En 1670 recrudece el litigio, según los documentos, ahora entre don Miguel Paullán y el común de los indios de Lumbisí, quienes confrontan a las monjas de la Limpia Concepción por la posesión de las tierras que ilícitamente habían llegado a manos de Aguilar. Las monjas las compraron a Aguilar en el año 1600, por la suma de diez mil patacones de plata corriente, al mismo tiempo se afirma que Diego de Tapia trajo a los abuelos y bisabuelos de los indígenas desde los pueblos de Chambo y Licto en Chimborazo y que a cambio de las tierras que habían dejado en esos lugares se les entregó algunas en Lumbisí.

En 1664 se dicta sentencia favorable a las monjas y se ordenó a los indígenas que si se quedaban dentro de las tierras de la hacienda gozando de la asignación que se les hiciera, tendrían la obligación de servir en ellas, comprometiéndose en cambio las monjas a pagar el tributo, darles una fanega de maíz, capisayo y pagar el diezmo por ellos. Si no aceptaban estas condiciones desalojarían inmediatamente el lugar y las monjas pagarían las mejoras. El total de tierras que Aguilar había vendido a las monjas alcanzaba una extensión de ciento veinte caballerías, que incluía todo el valle aledaño a la pequeña cordillera. Sesenta y siete años después, los indígenas continuaban en posesión de esos terrenos y en 1741 el administrador del convento solicitó a las autoridades se hiciera cumplir la sentencia, sin que se produzca acción judicial alguna.

En 1762 el Protector de Indios toma cartas en el asunto, pues debe atender la denuncia de que los habitantes de Lumbisí están obligados a prestar servicios en las haciendas de Itchimbía y Chilligallo, propiedad de las mismas religiosas de la Limpia Concepción. Se señala que estos servicios se deben cumplir por turnos de un mes cada uno y que aquello genera que quienes realizan estas tareas estén alejados de sus familias y no asuman las responsabilidades frente a sus sembríos, sin que, por otro lado, reciban más paga que aquella que se les daba en Lumbisí.

El Protector exigió que se procediese a un interrogatorio respecto al poblado de Lumbisí, a los antecedentes de los indígenas, las relaciones establecidas con el sacerdote Alonso de Aguilar y solicitando esclarecimiento sobre las relaciones de trabajo entre las monjas y los indígenas. Actuando de esta manera con gran eficiencia que ayudó al mantenimiento de los naturales en tierras de Lumbisí, aunque el administrador Bernardino Gacitua se las ingenió para no presentarse. Sin embargo los lumbiseños amagaron una sublevación, revolcándose en el suelo (ancestral costumbre andina para demostrar asiento en la tierra), al mismo tiempo que revolcaban a un diablillo de madera con sus cuernos y demás insignias que los escultores colocan a los ángeles caídos. Además sacaron de su capilla la imagen de la Virgen de la Concepción y echaron llaves a las puertas del edificio. La abadesa respondió con petición de auxilio a las autoridades, exigiendo ayuda para someter a los rebeldes.

Así continuó el conflicto y en el año 1800 se dictó sentencia favorable para las monjas, y otra vez se conminó a los indígenas a abandonar Lumbisí o a concertarse libremente al servicio del convento. Treinta y dos indígenas optaron por esta alternativa, sin embargo en el año 1802 los lumbiseños, con el apoyo del Protector de Indios, que nuevamente se muestra solícito y eficiente, apelan al rey de España, el que expide una cédula, que dice:

EL REY

Presidente regente y oidores de mi Real Audiencia de Quito.

En carta del 21 de abril de 1.803 dio cuenta el Fiscal de ella, acompañado testimonio de los Autos seguidos en la misma, entre el Monasterio de Religiosas de la Concepción de esta ciudad y los indios que habitan el terreno de Lumbisí que se declarase propia del Convento y despojase a los indios; exponiéndose que hallándose dicha población reducida en el propio terreno y término de Cumbayá de tiempo inmemorial y que con las calidades prevenidas en las Leyes; porque el Monasterio de las referidas Religiosas ha querido tenerla en continua agitación y movimiento a pretexto de llamarse duelo de aquellos sitios comprendidos en una de sus heredades.

Que jamás pudo manifestar su pretendido dominio con título legalizado según las formalidades dispuestas para esos reinos; con todo y no obstante que nada pudo importar para que se hiciese novedad en la población que el Monasterio hubiese hecho constar la permanencia de los terrenos a su favor atenta la Ley catorce, Título tercero, libro sexto que para las reducciones sean efectivas determinasen quiten las tierras necesarias a los españoles, con reserva de su justa recompensa en otra parte, sobre que insistió la Protectoría y esforzó el Fiscal, a pesar de fundamentos tan claros, consiguió el Monasterio triunfar de los miserables indios, verificado le negaseis la manutención en el terreno a menos que se sujetasen a las calidades que el Monasterio les impusiese sobre su servicio: Que esta Providencia suplicó el Agente Protector haciendo ver el agravio irrogado a los infelices indios en los que se hubiese descompuesto su población a menos que quedasen sujetos a servidumbre el Monasterio con perjuicio de su libertad recomendada por las Leyes como protegida del derecho natural: y que como sin embargo de tan fundados reclamos y sin Audiencia del Fiscal con esta nueva instancia se hubiese mandado llevar adelante lo determinado con el agregado de las costas a una gente tan indigesta y pobre, con lo que se ha resuelto la ruina de la población, o el detrimento de la libertad, todo con infracción de las Leyes exponiendo a estos Vasallos a que de no sujetarse a lo segundo, anden peregrinos y vagantes con trastorno de los intereses de la Religión, de los del Estado y la Justicia: pide al referido Fiscal el pronto y eficaz remedio porque claman aquellos naturales. -Visto en mi concejo de Indias, con lo expuesto por mi Fiscal: he resuelto volváis a examinar el asunto con la mayor circunspección; y si, los indios están perjudicados expuestos a algún deterioro contra sus privilegios y lo que mandan las Leyes y Reales Cédulas y verificándose el más leve, toméis la Providencia oportuna, oyendo de nuevo al Fiscal, que podría

haber interpuesto el recurso correspondiente con la formalidad debida, diciendo de nulidad de lo determinado sin Audiencia suya, y aún todavía pudo y debió usar e interponer los recursos extraordinarios que en el caso fueron competentes. Los que os participo para que como os lo mando tenga el puntual y debido cumplimiento esta es mi Real resolución en inteligencia de que por Cédula separada de esta fecha se participa a dicho Fiscal. -(f) Yo, el Rey.- Por mandato del Rey Nuestro Señor.- (f) Silvestre Collar.²¹

Sin duda en una historia fundamentada en generalidades, en que se inserto la *leyenda negra* sobre España y su presencia en América, el caso Lumbisí resulta una novedad particular, en que España actúa a favor de los indígenas y el protector de naturales resultó eficiente. Por supuesto, el arraigo terrígeno de los lumbiseños fue el factor primordial, para que al final, en 1824, dos años después de la independencia, el Consejo de Indias fallara a favor de esta pequeña comuna ubicada en los suburbios de Quito y dicha tierra sigue en manos de los descendientes de los yanacunas de Diego de Tapia hasta la presente fecha (aunque casi los pierden por obra de la cooperativa Jaime Roldós Aguilera en 1980). No es de extrañar entonces que el derecho indiano, por su reiterado ejercicio en la historia indígena, se haya convertido en uno de los fundamentos de la costumbre jurídica que ahora debe reconocer el derecho ecuatoriano, por lo prescrito en la Constitución Política vigente.

Conflicto entre derechos colectivos e individuales

El movimiento indígena, historiado en el título anterior, consiguió de la Asamblea Constituyente de 1998 la consagración de lo que se ha dado en llamar los Derechos Colectivos. En el capítulo V se establecen derechos en relación a las comunidades indígenas y afro ecuatorianas, el medio ambiente y los consumidores, trayendo con ello confusión jurídica según algunos comentaristas, al fusionar lo que serían propiamente derechos colectivos, donde sujeto y objeto del derecho son claros, con lo que se ha conocido con el nombre de derechos difusos, naturaleza y consumidores, en los cuales los derechos reconocibles son difíciles de identificar. Sobre todo la legitimación procesal podría ser objeto de controversia. Aparentemente los constituyentes no tuvieron claro este importante aspecto de la doctrina jurídica, aunque esto debe anotarse sin profundizar, pues el objeto de nuestro estudio son propiamente los derechos colectivos.

Desde el nacimiento contemporáneo de las constituciones políticas, esto es en Norteamérica y Francia, el derecho constitucional ha tenido una especificidad individualista. Los derechos humanos consagrados en una u otra de estas constituciones han privilegiado, y no sin razones históricas a la persona, su integridad, la libertad, la propiedad, la libre expresión etc.; por lo mismo repudiaron cualquier tipo de corporativismo o constrictión que anulara los derechos así considerados naturales. A esta expresión de los derechos humanos se le ha denominado de primera generación, esto es vinculado a las revoluciones de independencia de los Estados Unidos y francesa; huelga señalar que los estados hispanoamericanos nacieron bajo estas enseñanzas. Mientras que desde la segunda mitad del siglo XIX surgiría con fuerza el derecho llamado social, especialmente ligado a los sindica-

tos, defensores de la persona del trabajador, con lo cual se abriría una segunda generación de los derechos humanos, los cuales recibirían garantías de carácter internacional con la creación de la OIT como organismo de Naciones Unidas. Aún antes de esto en el caso ecuatoriano, el gobierno de Enríquez Gallo expediría un Código del Trabajo, una Ley de Cooperativas y la propia Ley de Comunas Campesinas. La Constitución de 1945 destacaría por su intención social y aparecería en Ecuador un nuevo concepto de Estado de Derecho, que rebasando la tradición individualista hablaría del Estado Social de Derecho. Aún más ciertos autores a partir de la década de los setenta mencionarían al Estado Social y Ecológico de Derecho.

En la década de los noventa las Constituciones Políticas Latinoamericanas, iniciarían una apertura hacia los derechos colectivos (casos colombiano y boliviano), *estableciendo* disposiciones de salvaguardia de la cultura indígena. La propia Constitución ecuatoriana de 1978 auspiciada por un fuerte espíritu comunitario se preocupaba también de la cultura indígena, *señalando* en el artículo 27 lo siguiente: *...en los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el Kichwa o la lengua de la cultura respectiva, y el castellano como lengua de relación intercultural*, lo que daría más tarde ocasión al establecimiento del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.

Con estos antecedentes cabe decir que la aceptación del derecho colectivo pasó por una comprensión de su existencia, lo cual no resultaba fácil debido a que el reconocerlo suponía el rompimiento de la unidad de los Estados nacionales; puesto que aún en nuestro tiempo en que el esclarecimiento es mayor, se prosigue identificando Derecho con Estado y aunque eso pueda pertenecer a la realidad política, no rige en la dinámica social y antropológica, donde el derecho prospera consuetudinariamente, teniendo como ejecutores a jueces. Esto le llevará a decir con razón a Bartolomé Clavero²² que: *el derecho de un pueblo que no forma Estado se sitúa, sin necesidad de constituirlo, a un nivel equivalente al estatal y no a otro por muy comunitario que también sea. Este específico derecho colectivo se predica del pueblo antes que del Estado, o sólo del pueblo incluso en principio pues, por serlo, es por lo que le corresponde al Estado, al pueblo que se ha autodeterminado en sentido de constituirse estatalmente. Es derecho de pueblo, derecho así común al Estado no indígena y a la comunidad indígena. Ésta puede precisar, en consideración a su cultura y a su territorio, en atención a sí misma, el mismo tipo y grado de condicionamientos, limitaciones y exclusiones de libertades que el Estado. Por ello es un problema constitucional el derecho indígena, por la misma razón que lo es el derecho estatal. Tampoco resulta reducible a extensión asociativa de derecho individual o a cobertura comunitaria de individuo competitiva con su derecho.* Por lo tanto sin duda los pueblos indígenas tienen un derecho que debía ser reconocido por las constituciones y de esa manera no convertirse en una competencia, sino integrarse al derecho nacional, bajo sus propias características, lo que se proyectaría hacia un pluralismo jurídico que a su vez se volvería base sustancial de la interculturalidad.

Sin duda a nivel internacional el mayor instrumento jurídico de respaldo con que cuentan los derechos colectivos

es el Convenio No 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 27 de junio de 1989 como reforma parcial del Convenio del mismo título de 1957. Lo que interesa de este instrumento (aunque todas sus cláusulas son fundamentales obviamente), en relación a nuestro estudio, serían los siguientes enunciados:

1. Las nacionalidades y pueblos indígenas son reconocidos como sujetos de derechos, con lo cual aparece un sustrato cultural, que amplifica los derechos humanos, en función de una nueva filosofía basada en el respeto a las formas de **Ser** humanas. Declaración que procede de un organismo internacional dedicado a la aplicación de los derechos humanos de segunda generación, esto es sociales, produciendo el apareamiento de la tercera generación, relacionados a lo étnico y natural. Con lo cual la persona a más del derecho a su libertad, estabilidad laboral, seguridad social, etc., agrega el de su cultura, razón por la cual algunos verían en esto la prolongación de derechos individuales y por lo mismo la inexistencia de conflictividad entre la primera y la tercera generación de derechos humanos.
2. La autoconciencia de identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos, a los cuales se apliquen las disposiciones del convenio. Se volvió de esta manera a una esencia individual, es decir la persona en uso de su libertad y discernimiento es la que proclama su propia cultura, sin que se le imponga como estereotipo, para su marginación de la sociedad dominante, como fue el brazalete con estrella de seis puntas que estaban obligados a portar los judíos bajo el régimen nazi. Esto significa que al constitucionalizarse e internarse en las legislaciones nacionales este convenio, las leyes deben considerar la expresa manifestación de la persona sobre su pertenencia a determinada cultura, pueblo o comunidad indígena. La palabra pueblo como es utilizada en el convenio, se la toma en sentido cultural y no político, estableciendo esta dicotomía que terminará fundando la pluralidad del derecho en las naciones multiétnicas.
3. Los gobiernos deben coordinar acciones, con la participación de los pueblos interesados con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto a su integridad. Para lo cual la legislación nacional consagrará los mismos derechos y oportunidades a estos colectivos que a otros sectores del país. El respeto a su identidad social y cultural, costumbres y tradiciones e instituciones. La efectiva ayuda para la superación de las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los propios indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional. La eliminación de cualquier forma de coerción que viole los derechos humanos y las libertades de estos pueblos. La adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente.
4. El artículo 8 señala que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse en debida consideración sus **Costumbres o su Derecho Consuetudinario**. Estos pueblos conservarán sus costumbres o instituciones propias siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos

internacionalmente reconocidos. Por ello es necesario establecer procedimientos que puedan surgir de la aplicación de este principio.

Esta última aseveración es de mayor importancia, puesto que en el caso ecuatoriano se recordaría escenas de lo que la televisión nacional presentó hacia el año de 1997, con el bullado caso de *Las Brujas de Calhuasí*, en el que se veía la aplicación de azotes y ortiga a dos mujeres blanco-mestizas en ropa interior, a vista y paciencia de las autoridades y el cura del lugar. Una auténtica aplicación de justicia por propias manos con clara violación del debido proceso y la integridad personal, esto cuando no simples linchamientos que en general se han ido identificando con las costumbres indígenas; estalló entonces como evidente un serio conflicto entre los derechos humanos y la administración de justicia indígena. Efectivamente los acontecimientos descritos llevarían a la necesidad de insistir en el tema que ya es constitucional, puesto que en definitiva el capítulo V de la Constitución relativo a los derechos colectivos mantiene los mismos principios que el Convenio 169 y, por lo tanto la incompatibilidad de la penalidad cruel con los propios derechos colectivos. Esto significa que en el caso de aplicarse tortura o castigos corporales a quienes se considere infractores del derecho consuetudinario indígena, se estaría violando el artículo 191 inciso tercero que señala:

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 y derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y las leyes...

A más de la referencia expresa a los derechos humanos individuales, este artículo reconoce claramente la existencia del pluralismo jurídico, aunque a condiciona a una ley que además debe volver compatible la justicia indígena con el sistema judicial nacional, en orden a lo que el Congreso de la República estaría obligado a su expedición. Lo cual hasta la presente fecha no ha ocurrido, con el grave riesgo de invalidar las intenciones constitucionales, aunque podría ser que el colectivo interesado presione a los organismos competentes para que aplique la Constitución más allá de la existencia o no de una ley.

El proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas

El proyecto de Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas cursa actualmente en el Congreso para su aprobación y es el único sometido a este trámite, a pesar de que varias instituciones de la sociedad civil han elaborado sendos modelos legislativos, discutidos en reuniones académicas. Su remisión al Presidente del Congreso data del 14 de noviembre de 2001 y ha sido originado en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE.

El proyecto está compuesto por setenta y ocho artículos, que intentan facilitar la aplicación del capítulo V de la Constitución del Estado, inspirándose también en el Convenio 169 de la OIT y, por lo mismo, su principal tratativa versa sobre nacionalidades y pueblos indígenas (artículos primero y segundo). Para la clasificación posterior que se hace de las nacionalidades (artículo seis), la consideración que

se ha tenido en cuanto es prácticamente el idioma; así se señala que existirían en el territorio ecuatoriano las siguientes: kichwa, shuar, chachi, achuar, awa, huarani, tzáchila, cofán, siona, secoya, epera, zápara y shiwiar, en las que su territorialidad podría ser un factor importante pero no determinante. Cabe señalar entonces que la ley, dando triunfo a los lingüistas en la antropología, cimienta la nacionalidad en el idioma, evitando con ello los peligrosos y antiguos conceptos de raza.

En cambio el artículo séptimo señala que en la nacionalidad kichwa se reconocen los siguientes pueblos: saraguros, cañaris, puruhá, warankas, tomabelas, chibueleos, kispinchas, salasacas, panzaleos, kitu, karas, kayampis, otavalos, cotacachi, karankis, natabuelas, kichwas de la Amazonía y manta-huancavilcas, la que obviamente tiene mayor número de miembros y particularidades históricas que la diferencian grandemente del resto de nacionalidades y en la que, es más que en ninguna otra dudó otorgar al idioma una cualidad superior de elemento aglutinante, puesto que estos grupos han sido objeto, cuando no víctimas, de cambios acelerados en aproximadamente quinientos veinte o treinta años. Algunos fueron traídos como mitimaes y los otros sometidos en su condición de llactayos, en la gran mayoría de ellos el kichwa no fue su idioma de origen. Al describir el caso de la comuna de Lumbsí en capítulos anteriores, se mencionó que quienes la componían eran yanacunas de Diego de Tapia y si vamos a sus apellidos como Usiña, Visculla, Quishpe, Cuña, Picho, son obviamente kichwas y por tanto de procedencia cajamarquina; en cambio Chillán, Remache, Pillajo, Andrango seguramente son pre-incásicos, es decir llactayos. A lo que se agrega el hecho histórico de que éstos fueron aliados de los españoles hasta el siglo XVIII en que se iniciara una reconciliación con los mitimaes; se puede concluir con facilidad que ésta es una generalización en cuanto a nacionalidad, no superable por el concepto de pueblos. Hubiese convenido, al menos, que el proyecto de ley comprendiera una definición sobre cada una de estas clasificaciones histórico-antropológicas.

El artículo 8 señala que en el caso de aparecer un grupo indígena que se considere nacionalidad, una vez que sea reconocida por las otras, se registre en el CODEMPE e inmediatamente gozará de los derechos otorgados por la ley. El capítulo 9, en cambio, otorga libertad de asociación y organización a las nacionalidades y pueblos indígenas, quienes se registrarán bajo sus propios estatutos. En el capítulo II se habla de la generación de la autoridad de las nacionalidades y pueblos, que una vez constituida bajo el derecho consuetudinario de cada cual, entrará a ejercer facultades en lo que tiene que ver con el uso y usufructo de las servidumbres; a regular la participación colectiva del manejo y explotación; a elaborar con la participación de sus miembros programas y proyectos de desarrollo; a administrar los recursos naturales y por lo tanto el aprovechamiento de las aguas; a autorizar la transferencia del uso y usufructo de propiedad individual de lotes de terreno que se encuentren en territorios comunitarios o de posesión ancestral, a resolver los conflictos que se presenten sobre linderos, posesión, servidumbres, sucesión, donación y otras que se susciten en materia de propiedad individual; para ello deberá consignar sus resoluciones por escrito y mandarlas simplemente a inscribir con el registrador de la propiedad del cantón.

En estas disposiciones aparecería la *autonomía*, de tal suerte que la defensa de la propiedad comunitaria evoca a la Constitución de 1978, que en su artículo 46 establecía cuatro sectores de economía incluida la comunitaria, que para Bartolomé Clavero,²³ significaba ya un principio de defensa de los intereses indígenas. Sin embargo la intención de este artículo rebasa el concepto de propiedad, obviamente, para establecer el de territorialidad que, aunque redunde decirlo es autonómico. La autoridad indígena se convierte en juez y asume funciones únicas, que en el derecho nacional son diversificadas, pertenecen a distintas funciones del Estado. El término autoridad, quizás cayendo en exceso de suspicacia, recuerda a la Autoridad Palestina.

Una vez que la república suprimió los cacicazgos, las autoridades indígenas se constituyeron únicamente por vía de elección, en lo que se refiere a la región interandina. Se volvieron de mucha importancia los Cabildos con lo cual ciertamente que desapareció la estructura tribal, que en cambio prevalecería en los flancos cordilleranos de occidente y oriente de los Andes y en la propia Amazonía. Así pues, el paso a formas de generación electiva de autoridad en estos últimos grupos es más tardía, lo que producirá comportamientos distintos en las organizaciones de integración como la CONFENAIE o la CONAIE. Esta última ha incurrido en notables contradicciones frente a la opinión pública ecuatoriana, de acuerdo a la forma de comprender occidental. Mientras Antonio Vargas ha demostrado una gran ambición de poder, motivada en parte por su vocación de yachak, imbuido de fuerte mesianismo, el nuevo dirigente Nicolás Iza, andino, parecería estar poseído de una asentada conciencia mental (término con que algunos autores se refieren a la forma psíquica de ser occidental) que lo ubica más cerca de la manera nacional de hacer política.

El mantenimiento de una única autoridad para resolver los diversos y complejos asuntos que surgirían en la aplicación de los derechos colectivos y la ley, podrían estancar las intenciones de mejorar la administración pública y de justicia entre los indígenas; en cambio el aceptar la diversificación podrá traer consigo una burocracia indeseable, que como tal obstaculice la justicia y aumente la corrupción. Lamentablemente en la actualidad algunos miembros de cabildos indígenas ceden a presiones políticas en función de sus propios intereses y otros ejercen fuerza contra indígenas no miembros de su comunidad, si por desgracia incurrieron en delito en su zona. Tal el caso de un distinguido dirigente y religioso indígena de Chimborazo, quien atropelló a una anciana en condiciones de absoluto accidente, en una zona contigua a la carretera Panamericana. Fue sometido a malos tratos físicos durante la noche junto con su esposa y sobrinos y obligado a negociar su libertad en cuatro mil dólares, los mismos que mediante regateo quedaron en dos. Si bien es cierto que estudiosos del Derecho Consuetudinario Indígena²⁴ señalan que, lo que en la legislación nacional occidental es considerado delito que se castiga con privación de libertad, entre los indígenas es susceptible de arreglo económico, parecería que en este caso el cabildo se manejaba ya corruptamente, siendo ese el riesgo, como se señalaba con anterioridad, de una sola autoridad para la aplicación de la ley, pues como bien dicen los ingleses *el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente*.

En el capítulo III de las Asociaciones Voluntarias, artículos que van del 13 al 16, se regula la constitución de asociaciones voluntarias, que nace de la libre decisión de los indígenas, esto es distinta de la pertenencia forzada a una organización, que se adquiriría por declararse miembro de determinada nacionalidad o pueblo. Se asimilarían a las fundaciones y corporaciones establecidas en el Código Civil y, por lo mismo, deberán seguir el trámite normal de constitución de estas ante las respectivas autoridades nacionales, momento entonces en que la ley prevee de manera no conflictiva el entrecruzamiento de los dos derechos. Lo cual no ocurre en el inciso segundo del artículo 15 al supeditar a todas estas asociaciones a la autoridad de la nacionalidad o pueblo que le corresponda, surgiendo asperezas entonces entre los derechos humanos de tercera generación (colectivos) y los de primera y segunda generación (individuales y sociales), pues si bien se reconoce el derecho de libre asociación se lo conculca al ubicarlas jerárquicamente bajo una sola autoridad, incurriendo en el riesgo de que el ejercicio de los derechos colectivos sean tachados de totalitarios.

A continuación el título III versa sobre los derechos, competencias y facultades, ratificando su origen constitucional y en los tratados o convenios internacionales que haya suscrito el Estado ecuatoriano. Las leyes, reglamentos u ordenanzas y demás normas jurídicas no podrán desconocer los derechos colectivos pero sí ampliarlos y mejorarlos, abriendo quizás con esto algunas posibilidades de restricciones posteriores a los mismos paradójicamente. A continuación el capítulo I, entre los artículos 19 y 23, trata del territorio, propiedad, recursos naturales y biodiversidad. En el inciso segundo del artículo 20 define como territorios de posesión ancestral aquellos que están en poder de las nacionalidades y pueblos indígenas, que en la actualidad comprenderían antiguas propiedades comunitarias, en su gran mayoría legalizadas por la Ley de Comunas, especialmente en los denominados pueblos pertenecientes a la nacionalidad Kichwa (sierra), así como los shuar de altura, o en general los pueblos ubicados en los flancos cordilleranos, no en aquellos de asentamiento selvático, concretamente los amazónicos que poseen reservas propiamente dichas, es decir no únicamente tierras de cultivo sino bosques y recursos renovables.

Las políticas neoliberales ejercidas durante la década de los noventa del siglo pasado, así como la migración campocidad e incluso la internacional, han generado abandono de tierras, divisiones y ventas que en algunos lugares la comuna es más bien una jurisdicción moral y civil, antes que una organización económica comunitaria; por lo cual los propios indígenas se preguntan si en el ejercicio de esta nueva ley será posible reconstituir las tierras en común, tal como se desprende del artículo segundo que dice: *Se considerará despojo toda usurpación, transferencia de la propiedad o posesión de la tierra obtenida con engaño y lesión enorme o sin autorización de la autoridad indígena cuando esta autorización sea necesaria según el derecho propio o consuetudinario o esta ley.*

En el caso de existir conflictos, serán resueltos por la autoridad indígena, si las partes fueran indígenas y por los jueces nacionales si una de ellas no es indígena.

El artículo 23 permite la constitución de lugares sagrados o rituales, que tendrán prácticamente la categoría de reservas y por lo mismo se limita su uso y la autoridad indí-

gena deberá ser consultada sobre aquellos sitios, cuando se intente intervenirlos por ciudadanos no indígenas del país.

El capítulo II del título mencionado versa sobre la consulta, que constituye así mismo uno de los elementos jurídicos fundamentales del Convenio 169 y la Constitución Política y se convierte en esencia de democracia participativa que no pertenece únicamente a los derechos colectivos, sino a los difusos, como son los de medio ambiente y el consumidor. Por tanto desde el artículo 24 hasta el 27 se establece los mecanismos para la realización de la consulta y evitar que ésta sea fraudulenta o manipulada. A continuación el capítulo III señala las reglas de participación en los beneficios por el aprovechamiento de los recursos naturales de propiedad comunitaria o de posesión ancestral de las nacionalidades o pueblos indígenas y de las áreas de influencia directa de éstos. Regulándose el que en los instrumentos en que se aprueben la ejecución de un proyecto se hará constar al representante de la institución del Estado o de la empresa privada responsable de los beneficios; el acompañamiento del contrato en el que conste la participación en las utilidades generadas por las obras y proyectos y las garantías suficientes; la entrega a la autoridad indígena legalmente constituida; el hecho de que si no ocurriera lo previsto con anterioridad, las nacionalidades indígenas harán efectivas las garantías. Adicionalmente podrán también deducir acción de Amparo.

Indudablemente este capítulo establece garantías fundamentales de claro origen civilista; sin embargo como que falta una disposición en la que se contemple la distribución de utilidades en los miembros de la nacionalidad o pueblo, o los fines concretos que se asignaría a este dinero. El capítulo IV señala la reparación e indemnizaciones a que tendrían derecho las nacionalidades y pueblos indígenas en el caso de generarse daños en su territorio, lo cual debe establecerse en los documentos de compromiso con empresas o el Estado. Si es que el causante del daño no procede a la reparación o indemnización respectiva, se vuelve a invocar el derecho nacional al establecer la jurisdicción civil correspondiente en juicio oral (claro está en la medida en que esto sea realidad en el propio sistema judicial).

El artículo 37 establece una controversia de base al señalar que el demandante podrá elegir libremente entre presentar la demanda en Ecuador o en el extranjero. En el caso de hacerlo en el exterior, fenecerá definitivamente la competencia nacional, así como la jurisdicción de los jueces ecuatorianos sobre la causa. Muy probablemente los legisladores discutirán a fondo sobre la constitucionalidad de este artículo, que si bien puede invocar antecedentes, como el juicio contra la Texaco y otros que se ventilan en tribunales norteamericanos, la controversia jurisdiccional aún es muy fuerte y no logra esclarecer el rumbo que podrían tomar las intenciones de internacionalizar causas que ordinariamente se han de tratar en un país, sin que exista previamente el convenio respectivo.

En el capítulo V se manda entre los artículos 39 y 41 que las nacionalidades y pueblos indígenas participen con voz y voto, a través de representantes suyos, en todas las instituciones del Estado de carácter colegiado así como las regionales, provinciales, cantonales y que tengan la responsabilidad de estudiar y fijar políticas en las actividades que éste haya asumido por disposición de la Constitución o de la

Ley, como recursos naturales, diversidad biológica, en general manejo de la ecología, espectro electromagnético, fuerza eléctrica, etc. Además de integrar todas las delegaciones oficiales internacionales en representación del Estado. Ciertamente que desde la década de los setenta se ha buscado la representación de colectivos en los organismos públicos, más aún la Constitución colombiana al inicio de la década de los noventa otorgó la participación indígena en el Senado y la Cámara de Representantes. Sin duda el principio de este mandato es por demás justo, pero también corre el riesgo de burocratizar y generar constantes concupiscencias político-administrativas en directivos no siempre vinculados a la base de sus representadas. Un caso triste de esto lo constituye el Seguro Social, cuyo directorio lo componían trabajadores y afiliados, que no respondieron a sus obligaciones, usufructuando de privilegios, mientras la institución caminaba hacia la ruina. Razón por la cual vía reglamento, o quizás la misma ley debería establecer límites a la reelección para estas representaciones.

El capítulo VI se encarga de la participación y desarrollo, lo que significa que las obras de infraestructura y los servicios, en los territorios y comunidades, nacerán de las organizaciones indígenas, aunque su financiamiento correrá a cargo del Estado, es decir gobierno central y locales, para lo cual los indígenas serán igualmente consultados. En lo que se refiere a la administración de reservas ecológicas estarán a cargo de las propias nacionalidades o pueblos. En el capítulo VII se les entrega la facultad de administrar servicios públicos como agua potable y alcantarillado, mediante la constitución de empresas comunitarias o de autogestión, así como juntas administradoras, el establecimiento de tasas y contribuciones, consignando la prohibición de que los gobiernos locales puedan imponer tasas o contribuciones de servicios si efectivamente no los prestan.

El capítulo VIII se refiere a la cultura, educación, lengua, ciencia y tecnología y reafirma las actividades que actualmente cumple la dirección bilingüe intercultural, convirtiéndole en sistema de educación intercultural bilingüe, la que actualmente es y seguirá siendo financiada por el Estado, bajo las mismas prerrogativas que cualquier otra institución educativa nacional. El artículo 55 señala la obligatoriedad del CONESUP, las universidades y el Ministerio de Educación de adoptar las medidas más aconsejables para que los niños y jóvenes no indígenas asuman la interculturalidad, lo que significa que debería ampliarse el conocimiento de los idiomas indígenas en la población ecuatoriana. En el artículo 56 se establece el derecho a usar preferentemente por parte de los indígenas su idioma materno, o alternativamente el castellano, sin perjuicio de las garantías establecidas en la Constitución Política de la República para asegurar el debido proceso, expresar opiniones o pensamientos, oralmente o por escrito, para presentar sus quejas o peticiones a las autoridades públicas, así como para recibir respuestas en el mismo idioma.

Se crea un sistema nacional de conservación y desarrollo de los conocimientos y prácticas tradicionales de las nacionalidades y pueblos indígenas, el cual será regulado por una ley especial. Se encontrará bajo el control de un director nacional, al cual se le atribuyen facultades para autorizar el acceso a la diversidad biológica, los conocimientos ancestrales colectivos, para lo cual elaborará y actualizará un

registro con la cooperación de las nacionalidades y pueblos indígenas. Estas disposiciones tienen relación directa con convenios y tratados internacionales sobre biodiversidad y patrimonio cultural.

El capítulo IX se refiere al sistema financiero entre los artículos 61 y 69, valorándose las mingas y contribuciones o cuotas de los miembros, especialmente las primeras que deben ser contabilizadas como parte del financiamiento de las obras. Constituyen parte también de los fondos de los pueblos y nacionalidades indígenas las tasas o contribuciones que fijen o se recauden por obras o servicios y las contribuciones de mejoras. El impuesto predial de la propiedad privada individual que se encuentre en su territorio, el cual se entiende que ya no será cobrado ni utilizado por los municipios, lo que seguramente será objeto de mucha controversia, aunque abona a favor del desarrollo local. También se consideran recursos los procedentes de explotación directa por medio de las empresas comunitarias o los fondos provenientes de la concesión de recursos naturales renovables, o los producidos por la concesión del uso del conocimiento ancestral colectivo.

El artículo 69 esclarece algo sobre el control de los recursos cuando dice: *serán manejados con presupuestos anuales, en cuya elaboración y aprobación participará la asamblea compuesta por quienes han actuado en la planificación y programación de obras de desarrollo y servicios públicos.*

El título IV habla del control y rendición de cuentas, señalándose en el artículo 70 que las nacionalidades o pueblos deben constituir, con los miembros más calificados por su honestidad, un órgano de control y rendición de cuentas, ante el cual comparecerán todas las personas que desempeñen cargos de gobierno o administración, estableciendo para éstos la obligación de presentar anualmente un informe; y en el caso de manejar fondos públicos el informe contendrá el origen de dichos fondos. Corresponde a la asamblea luego de conocido el informe remitir su resolución a la Contraloría General del Estado en caso de que encontrare irregularidades en el manejo de los fondos públicos. Se entiende que las contribuciones, tasas y la propia recaudación del impuesto predial, entrarían en esta consideración de fondos públicos y por lo mismo su inversión estaría sometida a la Contraloría General del Estado, aunque en general no queda claro en la propia ley las acciones que se emprenderían por delitos económicos, los que se sobreentendería, una vez cometidos, que las personas se hallarían sujetas al Código Penal, aunque probablemente aquí nos encontraríamos con entrecruzamiento conflictivo de los dos derechos.

El título V crea un fondo de desarrollo indígena, en rasgos muy generales, remitiendo a un estatuto su funcionamiento. En cambio el título VI, entra al difícil tema de la administración de justicia indígena, señalando simplemente que: *las autoridades de las nacionalidades y pueblos indígenas ejercerán las funciones de justicia que les reconoce el Artículo 191 de la Constitución Política de la República con arreglo a su derecho propio o consuetudinario y a la ley de la materia, la falta de esta ley no será óbice para el ejercicio de esta facultad constitucionalmente reconocida.* De esta manera intenta viabilizar la facultad jurisdiccional reconocida por la Constitución y congelada por la misma. En el título VII de las disposiciones generales se pretende

reforzar lo dicho anteriormente, estableciendo varias reglas por las cuales la autoridad indígena podrá hacer cumplir sus resoluciones. Para lo cual pedirá la colaboración de autoridades judiciales, policiales y administrativas del Estado que sean competentes a fin de que se de cumplimiento y ejecución a sus decisiones. En el caso de no prestar la colaboración debida incurrirán en responsabilidad de los prejuicios ocasionados por la omisión, remitiéndose al delito tipificado en el artículo 277, numeral cuarto del Código Penal.

El artículo 77 señala que siempre que se trate de establecer la compatibilidad del derecho indígena con los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en Ecuador, se buscará dejar a salvo la dignidad de la persona y se estará a la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, con lo cual se pretende integrar los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

Al igual que en Colombia, el Tribunal Constitucional se convierte en el organismo de apelación en materia de derecho indígena, para lo cual debe designar una sala de conjueces con especialistas en este derecho (que son muy pocos en la actualidad), colegio electoral integrado con un representante de cada una de las nacionalidades indígenas y cuando deba resolver conflictos de esta naturaleza, incorporará a uno de los conjueces a la comisión y dos al pleno en que se vaya a resolver el caso, previa excusa del o de los dos magistrados principales, designados por sorteo.

La fórmula parece un tanto enrevesada, aunque algo semejante habría que ensayar para permitir el cumplimiento de la ley en el caso de ser aprobada.

En conclusión hay que señalar que este proyecto de ley constituye un gran esfuerzo para permitir el ejercicio de los derechos colectivos, establecidos en la Constitución vigente. En justicia debería ser prontamente tratado por el Congreso Nacional, aunque debidamente reflexionado y afinado, con el propósito de garantizar su constitucionalidad, es decir la compatibilidad de las tres generaciones de derechos humanos, que incluye el respeto a la vida, dignidad de las personas y al mismo tiempo su propósito central de proteger a las culturas nativas y favorecer su expansión. Una vez aprobada la ley se entraría de lleno en Ecuador en el pluralismo jurídico.

Hacia el pluralismo jurídico

Una de las mayores novedades, como lo hemos visto a lo largo del presente estudio, que aportó la Constitución de 1998, ha sido la de revelar por una parte y establecer por otra un pluralismo jurídico. El paso del indigenismo al indianismo, la constitución de la CONAIE, ya no como un sindicato más sino como una organización que hablaba de nacionalidades y pueblos, es decir de instancias colectivas, con culturas distintas al conglomerado nacional, por fuerza descubrieron la existencia de un régimen jurídico o una costumbre, sumamente vital en los indígenas que demandaba de un marco jurídico para expresarse. El convenio 169 de la OIT primero, la Constitución de 1998 luego y finalmente el proyecto de ley anteriormente glosado, obligan a enfrentar con severidad y acierto semejante desafío que seguramente trastoca el derecho ecuatoriano enrevesado de por sí, por la constante frecuencia de dictaduras que alteraron el Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, la orientación positiva y románico-francesa de nuestro régimen jurídico era indudable. Por lo mismo tener que enfrentar hoy a un derecho no escrito consuetudinario, obligará aún a revisar los pénsums de las universidades en la carrera de Derecho. Muchos albergan la preocupación de que las normas que se dicten para regular los derechos colectivos alteren de paso la esencia del derecho consuetudinario indígena, pero la autora Lorena Ossio²⁴ sostiene y no sin razón, que no debe considerarse que la presencia de normas escritas invalida hablar de derecho consuetudinario, pues en el caso boliviano hay comunidades que tienen normas escritas y no por eso dejan de tener costumbre jurídica. Que es además inevitable que en la modernidad esto ocurra, aunque no significa que necesariamente a la costumbre escrita la transformemos en ley. Mas si tomamos en cuenta que las resoluciones de las autoridades indígenas, ya sea en ejercicio del derecho consuetudinario o de la mediación que proviene de derecho positivo, tendrán que asentarse mediante escritura.

Ciertamente que han sido los antropólogos antes que los abogados, quienes han descubierto para la sociedad nacional y la academia a la justicia indígena, y algunos la han encontrado hasta ejemplificadora y una alternativa a la corrupción del sistema judicial; así Fernando García en *Formas Indígenas de Administrar Justicia*²⁵, inserta la opinión de un comunero entrevistado que dijo:

la sanción no es tanto castigar sino más bien corregir, sanción es la del sistema jurídico estatal que cobra multas, coge el dinero y ya, ellos son los que han creado esta palabra, la sanción para ellos no es más que si una persona comete un delito, recibe la sanción de quince días de cárcel, una multa y fuera, por eso nosotros no sancionamos, corregimos como podríamos decir, si un árbol está creciendo tor-

cido, lo enderezamos, para que siga recto; es decir, que la gente no vuelva a robar, y se dedique a trabajar para vivir en armonía, de esto, como resultado en esta comunidad ya no hay robos, nadie coge nada de nadie, antes se robaba de todo en la comunidad, el ganado nos robaban por eso digo no es una sanción, lo nuestro más bien es una ley correctiva, es una ley de educación, más bien.

La justicia indígena aparece como rápida, eficiente y moralizadora, pero indudablemente cruel en muchas ocasiones, puesto que la ortiga, el agua y el látigo, son sus instrumentos, cuando no penas aún más duras. Entre las dos visiones la realidad constitucional determina actualmente la llegada a un término medio, en que la eficiencia y la celeridad se mezclen con el respeto a los derechos humanos de primera generación, el control debido del sistema, la vigencia de instancias de apelación y por lo tanto la interrelación adecuada, entre el individuo, su colectivo y la sociedad nacional.

Sin duda no se podrá soslayar la expedición de la ley que establece el artículo 191, inciso cuarto y entonces habrá que enfrentar la diversificación de la autoridad indígena, creando jueces específicos, los que se remitirán en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales, o convertir a los mismos jueces ordinarios y al sistema judicial con sus instancias normales en conocedores de las causas indígenas. Para todo esto existe la gran demanda de conocer el derecho indígena, lo cual pasa por la historia y la antropología, el derecho indiano y aún la recopilación de la costumbre actual, que no por escribirse como se dijo anteriormente, obra en contra de lo consuetudinario. La tarea es ingente y no debería ser objeto de la demagogia política sino por el contrario enfrentarla con seriedad a sabiendas de que puede ser el núcleo de nuestra integridad nacional.

Notas

1. Couture, Eduardo.J. *Vocabulario Jurídico*, págs. 187-188, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
2. García, Fernando, *Formas indígenas de administrar justicia*, Flacso, Ecuador, 2002.
3. Kropotkin, Pedro, *La Ayuda Mutua*, pág. 32, Bogotá, 1989.
4. Bachofen J. J, *Mitología arcaica y Derecho Materno*, Ediciones Antrophos, Barcelona, 1991.
5. Rabinovich, Ricardo, *El Publicismo como característica del derecho del Tahuantinsuyo*; Stavenhagen, Rodolfo, Iturralde, Diego, *Entre la ley y la costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, pág. 9 en adelante, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.
6. Grimal, Pierre, *Los extravíos de la libertad*, págs. 28-29, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
7. Ramón, Galo, *Cayambe 500 años de resistencia*, Capp, Quito, 1987
8. Moreno, Yáñez, Segundo, *Sublevaciones Indígenas en la Audiencia de Quito*, págs. 360-361, Edición Eduq, Quito, 1978.
9. Alcina, Franch, José, *Indianismo e Indigenismo en América*, págs. 11-13, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
10. Idem, pág. 14.
11. Rabinovich, Ricardo, *El Publicismo como característica del Tahuantinsuyo*; : Stavenhagen, Rodolfo, Iturralde, Diego, *Entre la Ley y la Costumbre*, pág. 9 en adelante, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.
12. Poma de Ayala, Guamán, *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, pág. 162, Editorial Siglo XXI, México, 1983.

Notas

13. Idem, págs. 160-317-319-335.
14. Pérez Luño, Antonio E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo, Los Clásicos Españoles de la Filosofía del Derecho*, págs. 18-20, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
15. Idem, pág. 19.
16. Idem, pág. 21.
17. Idem, pág. 22.
18. Bonnet, Diana, *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito, Siglos XVII y XVIII*, pág. 17, Ediciones Flacso-Abyayala, Quito, 1992.
19. Tobar Donoso, Julio, *Las instituciones del período hispánico especialmente en la Presidencia de Quito*, pág. 262, Editorial Ecuatoriana, sin referencia año de publicación.
20. Idem, pág. 271.
21. *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias mandadas a imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Carlos II*, pág. 217, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1973.
22. Bonnet, Diana, *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito siglos XVII y XVIII*, pág. 17, Editorial Flacso-Abyayala, Quito, 1992.
23. La información consignada sobre el caso de Lumbisí ha sido extraída del Estudio *Lumbisí Tierra y Comunidad*, contratado por Cedeco en 1990, con la autora Jimena Costales, quien a su vez extrajo su información del Archivo Nacional de Historia: ANH/Q. Autoseguidos por el común de indios del pueblo de Lumbisí con el administrador del monasterio de la Concepción, 1762.XII-I. Caja No 80. 1762-1763; ANH. Lumbisí. Indígenas. XVI-VI 1762. Caja No 79. 1762; Cabildo de la Comuna de Lumbisí; Cedeco: *Historia de la Comunidad de Lumbisí*. Taller de la Memoria Comunal. Inédito, 1990.
24. Clavero, Bartolomé, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América Latina*, pág. 120, Editorial Siglo XXI, México, 1994.
25. Idem, pág. 182.
26. Ossio, Lorena, *El sistema jurídico constitucional y el Derecho Consuetudinario Indígena*, Anuario de Derecho Constitucional, Ciedla, Buenos Aires, 1999.
27. García, Fernando, *Formas indígenas de administrar justicia*, pág. 41, Flacso, Ecuador, 2002.